

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120074-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
M. Reuss Valentini

Beschluss vom 19. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 21. August 2012 (EE120134)**

Erwägungen:

I.

1. a) Mit Eingabe vom 26. Juli 2012 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Betreffend den Wohnort respektive die Zustelladresse des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) machte die Gesuchstellerin folgende Angaben: "ev. Arbeitgeber C._____, ... [Adresse] (Mitarbeiter-Nr. : ...) ...-Abteilung". Angefügt war eine Natelnummer (Urk. 1 S. 1). Zudem erklärte die Gesuchstellerin, sie wisse nicht, wo ihr Mann sei, und sie könne (ihn) nicht mehr kontaktieren (Urk. 1 S. 2). Nachdem der Vorderrichter sich vergeblich bei der Einwohnerkontrolle nach der aktuellen Wohnadresse des Gesuchsgegners erkundigt und erfolglos im Online-Telefonbuch search.ch nach ihm gesucht hatte (vgl. Urk. 4 und 5), wurde der Gesuchsgegner durch Ausschreibung im Amtsblatt am tt.mm.2012 zur Hauptverhandlung vom 16. August 2012 vorgeladen (Urk. 7). Zu dieser Verhandlung erschien der Gesuchsgegner nicht (Prot. I S. 3).

b) In der Folge fällte der Erstrichter am 21. August 2012 gestützt auf die Eingaben, Belege und Vorbringen der Gesuchstellerin (vgl. Art. 147 Abs. 1 ZPO, Art. 219 i.V.m. Art. 234 Abs. 1 ZPO) sowie in Anwendung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (Art. 272 ZPO; Urk. 28 S. 4) ein zunächst unbegründetes Säumnisurteil betreffend die Regelung des Getrenntlebens der Parteien (Urk. 17). Dabei wurde der Gesuchsgegner namentlich verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 900.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend per Dezember 2011 (Urk. 17 S. 2, Dispositivziffer 3). Dieses Urteil wurde dem Gesuchsgegner wiederum durch Publikation im Amtsblatt am tt.mm.2012 eröffnet (Urk. 28 S. 16; Urk. 19). Gemäss Eingabe vom 6. September 2012 liess die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin in der Folge fristgerecht (Urk. 18) um Nachlieferung einer schriftlichen Urteilsbegründung ersu-

chen (Urk. 20), welche sie am 29. Oktober 2012 empfangen konnte (Urk. 23). Dem Gesuchsgegner wurde das Urteil vom 21. August 2012 durch Publikation im Amtsblatt am tt.mm.2012 erneut mitgeteilt, mit dem Hinweis, dass der begründete Entscheid bei der Amtsstelle eingesehen und bezogen werden könne (Urk. 24).

2. a) Mit Rechtsschrift vom 7. November 2012 liess die Gesuchstellerin gegen das Urteil vom 21. August 2012 rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen erheben (Urk. 27 S. 2):

"1. Es sei Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. August 2012 abzuändern und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende monatliche, im Voraus zahlbare und ab Verfall zu 5 % verzinsliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- ab Dezember 2011 bis Juli 2012 Fr. 1'620.–
- ab August 2012 Fr. 2'480.–

Eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende monatliche, im Voraus zahlbare und ab Verfall zu 5 % verzinsliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- ab Dezember 2011 bis Juli 2012 Fr. 1'620.–
- ab August 2012 Fr. 1'955.–

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zulasten des Beklagten."

In prozessualer Hinsicht liess die Gesuchstellerin sodann um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren von einstweilen Fr. 3'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung im Berufungsverfahren ersuchen (Urk. 27 S. 2 f.).

b) Weil das angefochtene Urteil, wie sogleich darzutun sein wird, von Amtes wegen für nichtig zu erklären und das Berufungsverfahren daher als gegenstandslos abzuschreiben sein wird, erübrigt sich die Einholung einer Berufungsantwort. Im Übrigen wäre es auch nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die von der Vorinstanz versäumten Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Gesuchsgegners - zwecks Einholung einer Berufungsantwort - nachzuholen.

II.

1. a) Gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO ist eine öffentliche Bekanntmachung im kantonalen Amtsblatt nur zulässig, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann. Die Nachforschungen obliegen zunächst der klagenden Partei (anstatt vieler: BSK ZPO-Bornatico, Art. 141 N 2 mit Hinweisen). Die klagende Partei, welche den Aufenthaltsort der beklagten Partei nicht kennt, hat, bevor eine öffentliche Bekanntmachung in Frage kommt, insbesondere nachzuweisen, dass sie alle nach den Umständen des Einzelfalls gebotenen (zweckmässigen) Nachforschungen erfolglos betrieben hat. Diese Nachforschungen können etwa bei den nächsten Angehörigen, bürgerlichen (z.B. Einwohnerkontrolle) oder militärischen Kontrollstellen, dem zuletzt zuständigen Postamt, der Polizei oder auch beim Arbeitgeber erfolgen (ZPO Kommentar, Gehri/Kramer, Zürich 2010, Art. 141 N 3 mit weiteren Hinweisen).

b) Die Gesuchstellerin brachte einzig die Adresse des Arbeitgebers des Gesuchsgegners (C._____ AG, ... [Adresse]) bei, wobei sie anlässlich der Hauptverhandlung vom 16. August 2012 deponierte, die letzte Arbeitsstelle des Gesuchsgegners sei jene als ... bei dieser Firma gewesen. Sie wisse nicht, ob er zum jetzigen Zeitpunkt immer noch dort arbeite. Er sei am 14. November 2011 ausgezogen. Sie habe ihn ein-, zweimal auf der Strasse mit einer anderen Frau zusammen gesehen. Sie wisse aber nicht, wer diese Frau sei und ob er mit ihr zusammen lebe. Sie wisse nicht, wo der Gesuchsgegner sei (bzw. wo er wohne) und was er mache. Sie bekomme immer noch seine Post (Urk. 1; Prot. I S. 3, 6; Urk. 14 S. 4). Ausserdem liess sie im Vorfeld der Verhandlung zunächst eine Lohnabrechnung des Gesuchsgegners per 30. Juni 2012 (Urk. 2/1) und sodann weitere Lohnabrechnungen betreffend Dezember 2011, Januar 2012, März bis Juni 2012 einreichen (Urk. 11/3). Im Rahmen der Verhandlung liess sie zudem im Zusammenhang mit der Bedarfsermittlung ausführen, sie gehe davon aus, dass der Gesuchsgegner bei einem Kollegen oder einer Freundin lebe (Urk. 14 S. 6). Nachforschungen im familiären und/oder freundschaftlichen bzw. kollegialen Umfeld tätigte die Gesuchstellerin, obschon zumutbar, keine. Ebenso wenig fragte sie

beim ihr offenbar bekannten letzten Arbeitgeber des Gesuchsgegners nach dessen Anstellung bzw. Aufenthaltsort nach. Damit wurden seitens der Gesuchstellerin keine hinreichenden zumutbaren Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Gesuchsgegners vorgenommen.

c) Aber auch seitens der Vorinstanz sind keine genügenden Nachforschungen erkennbar, obwohl das Gericht in Zweifelsfällen von Amtes wegen selbst Nachforschungen anzustellen hat (Lukas Huber, DIKE-Komm. ZPO, Art. 141 N 11). Die (einmalige) Nachfrage bei der Einwohnerkontrolle vom 27. Juli 2012 (Urk. 4) und die Konsultation des online Telefonbuches search.ch (Urk. 5) reichen selbstredend nicht aus. Dies hat umso mehr zu gelten, als der Gesuchsgegner offenbar bis zuletzt angestellt war (vgl. Urk. 2/1) und der Arbeitgeber mit Sicherheit Angaben zum Aufenthaltsort machen kann. Auch eine Zustellung an den Arbeitsort wäre denkbar gewesen. Auf dem vorinstanzlichen Protokolldeckel fungierte im Übrigen die Adresse der Firma C._____ als Zustelladresse des Gesuchsgegners. Auch auf der Eingabe der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin vom 6. August 2012 ist die erwähnte Zustelladresse aufgeführt (Urk. 9). Eine (vergebliche) Zustellung dorthin erfolgte jedoch nie. Ob eine Kontaktaufnahme mit der Natelnummer (Urk. 1) versucht wurde, ist nicht bekannt.

d) In diesem Licht erweist sich die vom Vorderrichter veranlasste öffentliche Vorladung im Amtsblatt mangels hinreichender Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Gesuchsgegners als nicht zulässig.

2. a) Fehlen die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung im Sinne von Art. 141 ZPO, hat die öffentliche Vorladung keine Wirkung (BSK ZPO-Bornatico, Art. 141 N 11). Ein Entscheid ohne (gültige) Vorladung der Parteien ist unwirksam (BSK ZPO-Bornatico, Art. 138 N 26 mit Hinweis auf BGE 116 III 85 E. 2). Namentlich handelt es sich bei einer solchen Gehörsverletzung um einen besonders schweren Verstoss gegen die Parteirechte, welcher Nichtigkeit zur Folge hat und nicht - wie andere Verletzungen des rechtlichen Gehörs - geheilt werden kann (vgl. insbes. BGE 129 I 361 E. 2.1. und 2.2). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 122 I 97 E. 3a; BGE 115 Ia 1 mit Hinweisen; BGE 129 I 361). Das

Urteil des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 21. August 2012 ist daher für nichtig zu erklären und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Vorderrichter wird die Hauptverhandlung unter korrekter Vorladung des Gesuchsgegners erneut durchführen müssen.

b) Damit ist das vorliegende Berufungsverfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

III.

1. Im Berufungsverfahren sind keine Kosten zu erheben, weil die Nichtigkeit von der Vorinstanz zu vertreten ist (Art. 107 Abs. 2 ZPO), da sie weder die Gesuchstellerin zu weiteren zumutbaren Nachforschungen anhielt noch sich selbst in geeigneter Weise um eine Zustellmöglichkeit bemühte. Da keine Kosten aufzuerlegen sind, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

2. In Bezug auf die Entschädigungsregelung ist festzuhalten, dass die Ausrichtung einer Parteientschädigung zulasten des Kantons bei Verfahrensfehlern, die dem Gericht anzulasten sind, einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfte (KUKO ZPO-Schmid, Art. 107 N 15). Eine solche gesetzliche Grundlage ist nicht ersichtlich. Wenn der *Gesuchsteller* den Verfahrensfehler gerügt hätte, wäre allenfalls zu prüfen gewesen, ob er aus der Gerichtskasse - und nicht von der Gegenpartei - entschädigt werden müsste. Im vorliegenden Fall führt jedoch die *Gesuchstellerin* Berufung gegen ein erkennbar nichtiges Urteil, um höhere Unterhaltsbeiträge zu erstreiten. Zudem übernahm sie in der Berufungsschrift den unzutreffenden Hinweis "unbekannter Wohnsitz" (Urk. 27 S. 1), nachdem sie noch im erstinstanzlichen Verfahren korrekt die Zustelladresse "c/o C._____, ... [Adresse]" angegeben hatte (Urk. 9 S. 1). Bei dieser Ausgangslage rechtfertigt es sich nicht, aus der Gerichtskasse eine Entschädigung zuzusprechen. Dementsprechend ist auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abzuweisen. Schliesslich ist

auch der Antrag abzuweisen, den Gesuchsgegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, weil er bislang gar nie rechtswirksam in ein Eheschutzverfahren einbezogen wurde.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin, den Gesuchsgegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.
3. Das Urteil des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 21. August 2012 wird für nichtig erklärt und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos erledigt abgeschlossen.
5. Es werden keine Kosten erhoben.
6. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, sowie – unter Beilage der Akten – an den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.
8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
se