

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190069-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 4. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Eheschutz (Wiederherstellung)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 13. Dezember 2019 (EE190050-E)**

Erwägungen:

1.1 Am 30. Juli 2019 erging das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil bezüglich des Getrenntlebens der Parteien und der damit einhergehenden Nebenfolgen (Urk. 5/3/20).

1.2 Mit Schreiben vom 23. August 2018 ersuchte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) um Anordnung weiterer Eheschutzmassnahmen (Urk. 5/1). Hierauf nahm die Vorinstanz mit dem Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) telefonischen Kontakt auf und lud die Parteien schliesslich mit Verfügung vom 16. September 2019 zur Verhandlung auf den 1. Oktober 2019 vor (Prot. I S. 3 f.; Urk. 5/4). Anlässlich der Verhandlung vom 1. Oktober 2019 erschien lediglich die Gesuchstellerin; der Gesuchsgegner nahm an der Verhandlung nicht teil (Prot. I S. 6). Gleichentags entschied die Vorinstanz mit unbegründetem Urteil wie folgt (Urk. 5/7 S. 2 f.):

1. Dem Gesuchsgegner wird ein Rayonverbot auferlegt. Es wird ihm verboten, die Liegenschaft C.____-strasse ..., ... D.____, zu betreten und sich ihr näher als 100m zu nähern.
2. Dem Gesuchsgegner wird verboten, mit der Gesuchstellerin oder deren Sohn E.____, geb. tt.mm.2008, in irgendeiner Weise (persönlich, telefonisch, schriftlich, SMS, Mail, etc.) Kontakt aufzunehmen oder durch Drittpersonen aufnehmen zu lassen.

Davon ausgenommen sind Kontakte via Anwälte oder Behörden.
3. Dem Gesuchsgegner wird verboten, sich der Gesuchstellerin oder deren Sohn E.____, geb. tt.mm.2008, näher als 10m zu nähern.
4. Der Gesuchsgegner wird für den Fall eines Verstosses gegen die Anordnungen gemäss Ziffer 1, 2 und 3 hiervor auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) hingewiesen, wonach mit einer Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Anordnung nicht Folge leistet.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 900.-; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 255.- Kosten Dolmetscher

Fr. 1'155.- Total.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Entscheids, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

6. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 20.– zu bezahlen.
8. (Schriftliche Mitteilung.)
9. (Rechtsmittelbelehrung: Verlangen einer Begründung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.3 Mit Eingabe vom 16. Oktober 2019 (Datum Poststempel: 17. Oktober 2019) ersuchte der Gesuchsgegner um Wiederherstellung des verpassten Verhandlungstermins (Urk. 5/9; Urk. 5/10/1-7). Hierauf setzte die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 21. Oktober 2019 Frist zur Stellungnahme an, welche mit Eingabe vom 25. November 2019 innert erstreckter Frist einging (Urk. 5/11; Urk. 5/18; Urk. 5/19/1-4). Diese Stellungnahme wurde dem Gesuchsgegner mit Schreiben vom 26. November 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 5/20). In der Folge entschied die Vorinstanz mit Verfügung vom 13. Dezember 2019 Folgendes (Urk. 5/21 S. 7 = Urk. 2 S. 7):

1. Das Wiederherstellungsgesuch des Gesuchsgegners wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.4 Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 29. Dezember 2019 (überbracht am 30. Dezember 2019) innert Frist Berufung mit dem sinngemässen Antrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 13. Dezember 2019 und Wiederherstellung der Tagfahrt (Urk. 1 S. 1 f.).

2.1 Die Vorinstanz erachtete das Wiederherstellungsgesuch als verspätet, da sie davon ausging, der Gesuchsgegner habe bereits am 4. Oktober 2019 – und nicht erst mit Zustellung des Urteils am 9. Oktober 2019 – vom verpassten Termin Kenntnis erhalten. Sie hielt fest, die Frist zur Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs beginne bei Kenntnis des verpassten Termins, nicht erst ab Erhalt des Urteils zu laufen. Entsprechend sei auf das Gesuch nicht einzutreten (Urk. 2 S. 3 f.). Sodann erachtete sie das Wiederherstellungsgesuch als unbegründet, selbst wenn von dessen Rechtzeitigkeit auszugehen wäre: Sie habe den Gesuchsgegner vor Versand der Vorladung drei Mal telefonisch kontaktiert und ihn darüber informiert, dass ein neuerliches Eheschutzbegehren seitens der Gesuchstellerin eingegangen sei und die Parteien vorgeladen würden. Auf entsprechende Nachfrage habe der Gesuchsgegner ausrichten lassen, vorübergehend bei der Familie F._____ an der G._____ -strasse ... in D._____ zu wohnen. Seine Post werde jedoch umgeleitet; er erhalte die Post, welche an die Adresse an der C._____ -strasse ... in D._____ geschickt werde. Gestützt auf diese Information sei die Vorladung am Montag, den 16. September 2019, an seine ehemalige Adresse verschickt worden. Indes habe der Gesuchsgegner die Sendung nicht abgeholt; dies obschon er mit einer entsprechenden Zustellung aufgrund der vorgängigen Telefonate mit dem Gericht habe rechnen müssen. Entsprechend hätte er dafür besorgt sein müssen, dass eine Zustellung an die von ihm angegebene Adresse funktioniere. Damit könnten die Umstände, wonach die Post nicht umgeleitet worden sei und der Gesuchsgegner die Abholungseinladung nicht erhalten habe, nicht zu seinen Gunsten ausgelegt werden. Schliesslich habe der Gesuchsgegner das Gericht anlässlich des Telefongesprächs vom 13. September 2019 weder über die bevorstehende Ferienabwesenheit informiert noch mitgeteilt, dass die Postumleitung nur noch bis zum 25. September 2019 bestehe. Entsprechend habe kein Anlass bestanden, nach Rücksendung der ersten Vorladung durch die Post weitere Abklärungen bezüglich der Zustellung an den Gesuchsgegner zu tätigen. Die Vorladung habe mit dem ersten Zustellversuch im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am 25. September 2019 als zugestellt gegolten. Entsprechend sei der Gesuchsgegner rechtzeitig und rechtsgültig zur Verhandlung vom 1. Oktober 2019 vorgeladen worden. Daran ändere auch nichts, dass

die Vorladung nach Rücksendung durch die Post noch an F1._____ sowie an den Gesuchsgegner per A-Post versandt worden sei. Damit gelinge es dem Gesuchsgegner nicht, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Säumnis an der Verhandlung kein oder nur ein leichtes Verschulden treffe. Es wäre ihm schliesslich ohne Weiteres möglich gewesen, vor der Verhandlung um Verschiebung zu ersuchen. Das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 2 S. 5 ff.).

2.2 Der Gesuchsgegner beanstandet die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Vorladung mehrfach und zeitgerecht zugestellt worden sei: Die Gesuchstellerin habe ihm die Nachricht betreffend Vorladung am selben Tag gesendet, an dem er nach Japan gereist sei. Die Vorladung sei am Tag der Verhandlung eingegangen. Aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation habe er bis dato keine offizielle Anschrift, sondern lasse sich die Post via Umleitung bei Freunden zustellen. Er beherrsche auch die deutsche Sprache nicht ausreichend, so dass er – um ein Dokument zu übersetzen – auf Hilfe anderer angewiesen sei, welche jedoch nicht immer verfügbar seien. Entsprechend sei er gezwungen, auf technische Hilfsmittel zurückzugreifen. Diese würden indes keine korrekte und zuverlässige Übersetzung des Geschriebenen von komplexen Dokumenten gewährleisten. Er sei finanziell auch nicht in der Lage, einen Rechtsbeistand beizuziehen. Schliesslich nutze die Gesuchstellerin die Tatsache aus, dass er die Gesetzgebung in diesem Land nicht gut kenne. Von der Möglichkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes habe er keine Kenntnis gehabt (Urk. 1 S. 1 f.).

3.1 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Berufungsverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung oder gar Wiederholung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern es geht darin um die Überprüfung des von der Vorinstanz getroffenen Entscheids aufgrund von erhobenen Beanstandungen. Die Berufungsschrift muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz konkret und im Einzelnen auseinandersetzen; pauschale

Verweisungen auf bei der Vorinstanz eingereichte Rechtsschriften oder eine blosse neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das Obergericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 311 N 36).

3.2 Des Weiteren ist zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 10 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.). Das Bundesgericht hat für Berufungsverfahren, die der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehalten, dass einzig die Novenregelung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3.3.1 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist einzig das mit Verfügung vom 13. Dezember 2019 von der Vorinstanz beurteilte Wiederherstellungsgesuch, nicht indes ihr Urteil vom 1. Oktober 2019. Entsprechend ist auf die Ausführungen des Gesuchsgegners, wonach er verschiedentlich Opfer von Fälschungen von Dokumenten durch die Gesuchstellerin geworden sei, ebenso wenig einzugehen wie auf die weiteren, an die Gesuchstellerin gerichteten Vorwürfe bezüglich Betreibungen, Betrügereien und Schulden gegenüber Dritten und des schikanösen Verhaltens ihm gegenüber. Ebenso wenig ist darauf einzugehen, ob

die Gesuchstellerin um den Wohnort des Gesuchsgegners schleicht und sie es ist, die ihn belästigt. All dies ist nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens. Somit ist nachfolgend auf die Parteivorbringen nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist. Ohnehin handelt es sich dabei mehrheitlich um neue Tatsachenbehauptungen, welche der Gesuchsgegner erstmals im Berufungsverfahren vorbringt. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, wäre es ihm durchaus möglich gewesen, diese Behauptungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorzutragen (vgl. E. 3.2 hiervor und E. 3.3.2 nachstehend). Entsprechend sind diese unzulässig und demzufolge unbeachtlich. Dies hat ebenso für die weiteren, vom Gesuchsgegner erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachten Behauptungen zu gelten, wonach die Gesuchstellerin ihm die Vorladung erst an seinem Abreisetag geschickt habe, er der deutschen Sprache nicht mächtig sei und sich – im Gegensatz zur Gesuchstellerin – um Integration und Arbeit bemühe.

3.3.2 Im Weiteren vermag die Berufungsbegründung den gesetzlichen Vorgaben nicht zu genügen (vgl. E. 3.1 hiervor): Weist der angefochtene Entscheid – wie vorliegend – mehr als eine Begründung bzw. eine Haupt- und Eventualbegründung auf, muss sich der Berufungskläger mit allen Begründungen auseinandersetzen. Ansonsten bleibt eine (oder mehrere) Begründungen der Vorinstanz stehen, was zum Nichteintreten bzw. zur Abweisung der Berufung führt (BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 16; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36; *OGer LB140047-O vom 5.02.2015, E. III.1a, S. 5*; für das bundesgerichtliche Verfahren: BGE 142 III 364 E. 2.4 = Pra 106 [2017] Nr. 73 E. 2.4; BGE 133 IV 119 E. 6.3 = Pra 96 [2007] Nr. 129 E. 6.3). Demnach hätte sich der Gesuchsgegner insbesondere auch mit der Erwägung der Vorinstanz auseinandersetzen müssen, wonach er die Frist zur Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs verpasst habe. Dies tat er indes nicht. Damit fehlt es der Berufung nach dem Gesagten an einer den gesetzlichen Vorgaben genügenden Begründung (vgl. E. 3.1). Demnach bleibt es beim Nichteintretensentscheid der Vorinstanz.

Schliesslich kritisiert der Gesuchsgegner auch die Feststellung der Vorinstanz nicht, wonach die Zustellfiktion vorliegend bereits beim ersten Zustellversuch greife, da er aufgrund der vorgängig mit dem Gericht geführten Telefonate Kenntnis vom pendenten Verfahren gehabt und damit mit einer gerichtlichen Zustellung habe rechnen müssen. Mit dieser Erwägung setzt sich der Gesuchsgegner gar nicht erst auseinander; insbesondere bringt er auch nicht vor, die mit Drittpersonen geführten Telefongespräche hätten ohne sein Wissen stattgefunden bzw. er habe von deren Inhalt keine Kenntnis gehabt. Mit der Vorinstanz ist demnach festzuhalten, dass der Gesuchsgegner durch die telefonische Kontaktaufnahme seitens des Gerichts Kenntnis vom vorliegenden Verfahren hatte und demnach mit einer entsprechenden Zustellung einer gerichtlichen Sendung rechnen musste (Urk. 2 S. 5 mit Verweis auf *OGer RE160011-O vom 10.11.2016, E. II/2.2, S. 19*).

Ungeachtet all dessen – und selbst wenn die neuen Vorbringen bezüglich mangelnder Deutschkenntnisse zu berücksichtigen wären – bliebe es beim vorinstanzlichen Entscheid: So bestritt der Gesuchsgegner berufsungsweise nicht, am 18. September 2019 von der Gesuchstellerin eine Whatsapp-Nachricht erhalten zu haben, welche ein Foto der Vorladung enthielt (vgl. Urk. 19/1-2). Vielmehr meint er, aufgrund seines darauffolgenden Ferienaufenthaltes und seiner mangelnden Sprachkenntnisse nichts für den Umstand zu können, dass er weder die Vorladung in eine ihm verständliche Sprache übersetzen liess noch ein Verschiebungsgesuch bei der Vorinstanz stellte. Dem kann indes nicht gefolgt werden: Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Empfänger einer gerichtlichen Sendung darum besorgt zu sein, den Inhalt der Verfügung und deren Begründung zu erfahren, sobald er vom Bestand einer ihn betreffenden Entscheidung Kenntnis erhält (BGer 6B_773/2017 vom 21. Februar 2018, E. 2.3.2 mit Verweis auf BGE 139 IV 228 E. 1.3; BGE 134 V 306 E. 4.2; BGE 102 Ib 91 E. 3). Damit wäre es seine Pflicht gewesen, die entsprechenden Schritte einzuleiten, um die Vorladung zu verstehen. Inwiefern es ihm nicht möglich gewesen sein soll, besagte Nachricht an Bekannte oder Freunde zum Übersetzen weiterzuleiten bzw. das Gericht um Auskunft zu bitten oder dieses über seine Abwesenheit entsprechend zu informieren und ein Verschiebungsgesuch zu stellen, ist nicht nachvollziehbar. Allein der Um-

stand, dass er am selben Tag abgereist ist, ändert daran nichts: Ungeachtet eines Auslandsaufenthalts hätte dies auf einfache Weise auf elektronischem bzw. telefonischen Weg erfolgen können.

3.4 Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung vom 13. Dezember 2019 ist zu bestätigen.

4.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 GebV OG und § 6 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen. Die Gerichtsgebühr ist ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Offenbleiben kann, ob der Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen wollte, da dieses ohnehin zufolge Aussichtslosigkeit (Art. 117 lit. b ZPO) abzuweisen wäre (vgl. vorangehende Ausführungen).

4.3 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Der Gesuchsgegner hat keinen entsprechenden Antrag gestellt (Urk. 1). Ohnehin wäre ihm zufolge seines Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 13. Dezember 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 4. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
am