

C1 13 209  
C2 13 39

**URTEIL VOM 11. SEPTEMBER 2013**

**Kantonsgericht Wallis  
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Hermann Murmann, Einzelrichter; Dr. Rochus Jossen, Gerichtsschreiber

**in Sachen**

X\_\_\_\_\_, Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_

**gegen**

Y\_\_\_\_\_, Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt B\_\_\_\_\_

(vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren)

Berufung gegen den Entscheid des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 20. August 2013

### **eingesehen**

das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen von Y\_\_\_\_\_ im Scheidungsverfahren zwischen Y\_\_\_\_\_ und X\_\_\_\_\_ vom 25. Juli 2013 vor dem Bezirksgericht C\_\_\_\_\_;

die Vorladung des Bezirksgerichts vom 26. Juli 2013, wonach die Parteien zur Verhandlung am 12. August 2013, 9.00 Uhr, vor Bezirksgericht vorgeladen worden sind und welcher das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen für den Gesuchsgegner beilag;

das Protokoll der Sitzung vom 12. August 2013, wonach der Gesuchsgegner bei der Sitzung nicht anwesend war;

den Entscheid des Bezirksgerichts vom 20. August 2013, mit welchem dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen weitestgehend entsprochen wurde und festgehalten wurde, dass der Gesuchsgegner der Verhandlung vom 12. August 2013 unentschuldigt ferngeblieben sei;

die von X\_\_\_\_\_ erhobene Berufung vom 29. August 2013, mit welcher dieser u.a. geltend machte, er habe das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nie erhalten und auch keine Kenntnis von einer diesbezüglichen Gerichtssitzung gehabt und deshalb seinen Standpunkt nicht darlegen können;

das vom Berufungskläger samt seiner Berufung eingereichte Gesuch um vollständige unentgeltliche Rechtspflege;

die Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post (Ausdruck vom 12. August 2013), wonach die Vorladung am 26. Juli 2013 zwar versendet, aber nicht abgeholt wurde sowie die am 21. August 2013 (Datum des Posteingangs) zurückgesandte Originalvorladung vom 26. Juli 2013 samt beigelegtem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen;

das Schreiben der Berufungsbeklagten vom 10. September 2013;

die übrigen Akten;

### **erwägend**

dass der erstinstanzliche Entscheid über vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich innert zehn Tagen mittels Berufung bei einem Einzelrichter des Kantonsgerichts angefochten werden kann (Art. 308 Abs. 1 lit. b, Art. 248 lit. d und Art. 276 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 271 lit. a i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. b und 2 lit. c EGZPO);

dass der Berufungskläger gegen das Urteil vom 20. August 2013 am 29. August 2013 schriftlich und begründet, mithin frist- und formgerecht, Berufung eingereicht hat und die weiteren Eintretensvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, so dass auf die Berufung einzutreten ist;

dass der Berufungskläger vorbringt, im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Bezirksgericht nicht angehört worden zu sein, da er das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nie erhalten habe und auch keine Kenntnis von einer diesbezüglichen Gerichtssitzung gehabt habe;

dass der Berufungskläger damit eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend macht, welcher den Parteien insbesondere garantiert, sich vor Erlass eines Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 138 III 255 E. 2.2, 135 II 286 E. 5.1, je mit Hinweisen);

dass das Bezirksgericht nach Eingang des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen die Parteien mit Verfügung vom 26. Juli 2013 zur Verhandlung am 12. August 2013 vorgeladen hat und es dieser Vorladung das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen für den Berufungskläger beilegte, und derart dem Gesuchsgegner und Berufungskläger ermöglichen wollte, seinen Standpunkt im vorsorglichen Massnahmeverfahren zur Geltung zu bringen;

dass die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung erfolgt (Art. 138 Abs. 1 ZPO);

dass eine fehlerhafte Zustellung grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfaltet (Bundesgerichtsurteil 4A\_367/2007 vom 30. November 2007 E. 3.2 mit Hinweisen; Frei, Berner Kommentar, N. 2 zu Art. 138 ZPO);

dass das Bezirksgericht die Vorladung am 26. Juli 2013 mittels eingeschriebener Postsendung an „Herr X \_\_\_\_\_, c/o D \_\_\_\_\_“ versandte;

dass die Sendungsverfolgung der Schweizerischen Post aufzeigt, dass die Vorladung an den Berufungskläger zwar versendet, aber von diesem nicht abgeholt wurde, was dem Bezirksgericht zum Entscheidzeitpunkt bewusst gewesen sein musste, da sich in den Akten des Bezirksgerichts ein „Track & Trace“-Ausdruck vom 12. August 2013 befindet;

dass überdies aktenkundig ist, dass die Vorladung vom 26. Juli 2013 samt beigelegtem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen von der Post am 21. August 2013 (Datum des Posteingangs) an das Bezirksgericht mit dem Vermerk „Nicht abgeholt“ zurückgesandt worden ist, womit feststeht, dass der Berufungskläger die eingeschriebene versandte Vorladung nicht erhalten hat und sich im Verfahren vor Bezirksgericht nicht äussern konnte;

dass eine durch eingeschriebene Postsendung versandte, nicht abgeholte Vorladung des Gerichts am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt gilt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; sog. Zustell- oder Zustellungsfiktion);

dass nach der Rechtsprechung erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis entsteht, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen;

dass diese prozessuale Pflicht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses entsteht und insoweit gilt, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 138 III 225 E. 3.1, 130 III 396 E. 1.2.3, je mit Hinweisen);

dass Adressänderungen während eines laufenden Verfahrens dem Gericht mitzuteilen sind, andernfalls die Zustellung an die letzte bekannte Adresse als gültig erfolgt gilt (BGE 97 III 7 E. 1; Bundesgerichtsurteil 7B.164/2005 vom 28. September 2005);

dass vorliegend die Scheidungsklage mit gleichem Datum wie das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen hinterlegt worden ist (vgl. S. 26), d.h. beide Rechtsschriften am 26. Juli 2013 beim Bezirksgericht eingingen (vgl. S. 1 f.), womit der Berufungskläger mit der Zustellung des noch gleichentags versandten Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen bzw. einer Vorladung für eine diesbezügliche Sitzung nicht rechnen musste und die Zustellung nicht nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO fingiert werden kann;

dass sich das Zustelldomizil bei natürlichen Parteien, die nicht anwaltlich vertreten sind und in der Schweiz domiziliert sind, zudem an deren Wohnsitz befindet (Frei, a.a.O., N. 2 zu Art. 140 ZPO mit Hinweis);

dass der Berufungskläger unverzüglich nach seinem Wegzug aus der ehelichen Wohnung am 5. Juli 2013 bei der Post einen Nachsendeauftrag in Form eines Eilauftrags ab dem 6. Juli 2013 eingereicht hatte und darin der Post ausdrücklich erlaubte, Dritten, die bereits im Besitz der alten Adresse waren, die neue Postadresse zur Verfügung zu stellen;

dass die Berufungsbeklagte in ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen festgehalten hat, dass beide Parteien aus der bisherigen Mietwohnung ausgezogen seien und der Gesuchsgegner nunmehr in Susten eine Wohnung miete (TB 5 und 6), womit das Gericht ohne Weiteres in der Lage war, dem Berufungskläger die Vorladung mittels eingeschriebener Postsendung an seinen Wohnsitz zuzustellen;

dass damit eine rechtsgültige Zustellung nicht an die Adresse des Arbeitgebers des Berufungsklägers erfolgen konnte und es zudem das Gericht zu verantworten hat, wenn die Vorladung aufgrund der bekannten Bauferien nicht abgeholt wurde;

dass der Berufungskläger der Sitzung vom 12. August 2013 nicht unentschuldigt ferngeblieben ist, wie dies das Bezirksgericht in seiner Entscheidung festgehalten hat;

dass bei fehlender Vorladung zur Verhandlung im vorsorglichen Massnahmeverfahren und fehlender Zustellung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen und infolge dessen fehlender Möglichkeit, zu diesem Stellung zu nehmen, dem Gesuchsgegner das rechtliche Gehör verweigert wurde und dieser Mangel dermassen schwerwiegend ist, dass eine Heilung vor der Rechtsmittelinstanz ausgeschlossen erscheint (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.3, 135 I 279 E. 2.6.1);

dass der Entscheid daher unabhängig von der materiellen Begründetheit der Berufung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht zurückzuweisen ist;

dass das Bezirksgericht dem Berufungskläger vor Erlass seines Entscheids das rechtliche Gehör einzuräumen haben wird;

dass auf die Erhebung einer Gerichtsgebühr ausnahmsweise zu verzichten ist (Art. 116 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 14 Abs. 2 GTar);

dass der anwaltlich vertretene Berufungskläger, der eine Parteientschädigung beantragt hat, Anspruch auf eine solche hat (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO);

dass das Anwaltshonorar für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht unter Berücksichtigung eines Reduktions-Koeffizienten von 60 % im Prinzip minimal Fr. 440.-- und maximal Fr. 4'400.-- beträgt (Art. 34 Abs. 1 und 2, Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar) und sich für das vorliegende Verfahren, das Dossier war nicht umfangreich, die sich stellenden Rechtsfragen leicht und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin konnte sich auf eine knappe Berufungserklärung beschränken, eine Entschädigung von Fr. 700.-- (inkl. Auslagen), zu zahlen durch den Kanton Wallis, rechtfertigt;

dass das Gesuch um vollständige unentgeltliche Rechtspflege bei diesem Verfahrensausgang als gegenstandslos abgeschrieben werden kann;

### **erkennt**

1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Entscheid des Bezirksgerichts C\_\_\_\_\_ vom 20. August 2013 wird aufgehoben.
2. Die Sache geht zurück an das Bezirksgericht, das das vorsorgliche Massnahmeverfahren durchzuführen und dem Berufungskläger die Möglichkeit einzuräumen hat, sich vor Erlass des Entscheids zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zu äussern.
3. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (C2 13 39) wird als gegenstandslos abgeschrieben.
4. Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.

5. Der Staat Wallis bezahlt X\_\_\_\_\_ eine Parteientschädigung von Fr. 700.--.

Sitten, 11. September 2013