

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160008-O/U

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

Beschluss vom 2. Mai 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. Dezember 2015
(EE150173-L)**

Erwägungen:

1.1 Am 12. Juni 2015 reichte die Gesuchstellerin und (im vorliegenden Verfahren) Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) vor Vorinstanz ein Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen ein (Urk. 1-3/2-13). Nach Durchführung des Verfahrens entschied die Vorinstanz am 17. Dezember 2015 zunächst in unbegründeter, hernach auf Verlangen beider Parteien in begründeter Form wie folgt (Urk. 29; Urk. 30; Urk. 31; Urk. 34 S. 31 ff.):

Es wird verfügt:

1. Vom Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses wird Vormerk genommen.
2. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin lic. iur. X1.____ bzw. bis Oktober 2015 Rechtsanwältin MLaw X2.____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
4. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchstellerin wird das Getrenntleben bewilligt und es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 9. August 2015 getrennt leben.
2. Die elterliche Sorge über den Sohn C.____, geboren am tt.mm.2012, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Dem Gesuchsgegner wird vorläufig kein persönlicher Verkehr zum Sohn zugestanden.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung des Sohnes C.____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'640.-, zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen.

Diese Unterhaltsbeträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab dem Monat, in welchem der Sohn faktisch unter der Obhut der Mutter lebt.

5. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen wird abgewiesen.
6. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin, es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin Fr. 4'300.– zu bezahlen, wird nicht eingetreten.
7. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin, sie sei gerichtlich zu ermächtigen, die Auszahlung der bei der Credit Suisse liegenden Mietkaution (lautend auf beide Parteien) zu verlangen, wird nicht eingetreten.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'600.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 300.– Dolmetscherkosten

Fr. 3'900.– Total

9. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteienschädigung in der Höhe von **Fr. 5'665.–** zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer).
11. Die Parteienschädigung gemäss Dispo-Ziffer 10 dieses Entscheides wird Rechtsanwältin lic. iur. X1.____ entrichtet, wobei die Entschädigung in der Höhe von Fr. 5'665.– (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) nach Eintritt der Rechtskraft aus der Gerichtskasse erfolgt.

Der Anspruch der Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsgegner geht im Umfang von Fr. 5'665.– (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) auf die Gerichtskasse über.
12. (Schriftliche Mitteilung).
13. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO und sofortige Vollstreckbarkeit gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. a ZPO).

1.2 Beide Parteien erhoben gegen dieses Urteil Berufung. In der Folge wurden zwei Verfahren angelegt; das Verfahren betreffend die Berufung der Gesuchstellerin wird unter der Nummer LE160007-O geführt.

1.3 Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) richtete seine Berufungsschrift vom 22. Februar 2016 gleichentags einzig per Fax an die Vorinstanz. Nach entsprechender Weiterleitung ging dieser bei der angerufenen Kammer am 24. Februar 2016 ein (Urk. 36A). Zwar vermerkte der Gesuchs-

gegner auf seiner Eingabe "vorab per Fax" (Urk. 36A); eine Berufungsschrift in Papierform ging in der Folge nicht ein.

2.1 Das Gericht prüft nach Eingang einer Klage bzw. eines Rechtsmittels von Amtes wegen, ob die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO).

2.2 Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 17. Dezember 2015 wurden dem Gesuchsgegner am 10. Februar 2016 zugestellt (Urk. 35/2). Die 10-tägige Berufungsfrist gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO lief demzufolge am Montag, den 22. Februar 2016, ab.

2.3 Nach Art. 311 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Dabei hat die Eingabe in Papierform oder elektronisch zu erfolgen (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich letzterem sind die Modalitäten in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV, SR 272.1) geregelt. Die Kommunikation via Fax ist nicht zur gesetzlich geregelten elektronischen Übermittlung zu zählen, da diese Technologie die technischen Anforderungen von Art. 130 Abs. 2 ZPO sowie der VeÜ-ZSSV in keiner Weise erfüllt. Sodann fehlt es einer Fax-Eingabe nach der allgemein vertretenen Auffassung am Erfordernis der Originalunterschrift (KUKO ZPO-Weber, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 130-132 N 4; A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 130 N 4 und 7 und Art. 132 N 3; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 311 N 32). Entsprechend ist die am 22. Februar 2016 aufgegebene Berufung via Telefax unzulässig.

2.4.1 Eine Berufung in Papierform ist – wie erwähnt – bis dato nicht bei der angerufenen Kammer eingegangen. Damit stellt sich die Frage, ob im Sinne von Art. 132 ZPO Nachfrist zur Behebung des Mangels anzusetzen ist. Nach Art. 132 ZPO sind Mängel wie fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Gleiches gilt für unleserliche, ungebührliche, unverständliche oder weitschweifige Eingaben. Eine ähnliche Bestimmung

enthält Art. 42 Abs. 5 und 6 BGG: "Fehlen die Unterschrift der Partei oder ihrer Vertretung, deren Vollmacht oder die vorgeschriebenen Beilagen oder ist die Vertretung nicht zugelassen, so wird eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels angesetzt; unleserliche, ungebührliche, unverständliche, übermässig weitschweifige oder nicht in einer Amtssprache verfasste Rechtsschriften können in gleicher Weise zur Änderung zurückgewiesen werden."

2.4.2 Die in Art. 42 BGG statuierte Pflicht, zur Mängelbehebung Frist anzusetzen, besteht nach Auffassung des Bundesgerichts jedoch bei Faxeingaben nicht. Das Bundesgericht lehnt eine Heilung durch Nachreichen einer Rechtschrift mit Originalunterschrift ab, weil die Partei, die zur Übermittlung einen Fernkopierer benützt, von vornherein wisse bzw. wissen müsse, dass sie damit gegen das Unterschriftserfordernis verstosse. Eine Nachfristansetzung komme somit nicht in Betracht (BGer 1B_537/2011 vom 16. November 2011, Erw. 3; BGer 2C_610/2010 vom 21. Januar 2011, Erw. 2.4, mit Hinweisen; BGE 121 II 252, Erw. 4; BSK BGG-Merz, Art. 42 N 35). Diese – vereinzelt als zu streng kritisierte (BSK BGG-Merz, Art. 42 N 35, Kramer/Kubat Erk in: DIKE-Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 130 N 2) – bundesgerichtliche Rechtsprechung findet auch im Rahmen von Art. 132 ZPO Anwendung (KUKO ZPO-Weber, a.a.O., Art. 130-132 N 4 und N 18b). Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit keine Nachfrist im Sinne von Art. 132 ZPO anzusetzen. Damit ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3. Entsprechend erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4.1 Der Gesuchsgegner verlangt, dass sämtliche schriftlichen Mitteilungen in Zukunft an die Schweizer Botschaft in Jordanien zu schicken seien (Urk. 36A).

4.2 Der Gesuchsgegner war vor Vorinstanz zunächst durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ vertreten worden (Urk. 7; Urk. 8). Nachdem sich herausgestellt hatte, dass sich der Gesuchsgegner per 22. August 2010 bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Zürich nach Amman/Jordanien abgemeldet hatte, wurde Rechts-

anwalt lic. iur. Y._____ mit vorinstanzlicher Verfügung vom 9. September 2015 als dessen Zustellungsempfänger im Rubrum aufgenommen (Urk. 16/2; Urk. 17 S. 17). In der Folge teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ der Vorinstanz mit Schreiben vom 17. September 2016 die Beendigung des Vertretungsverhältnisses sowie der Gültigkeit als Zustellungsadresse mit (Urk. 18). Mit Verfügung vom 30. September 2016 entschied die Vorinstanz, dass Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als Zustellungsempfänger für den Gesuchsgegner im Rubrum belassen werde (Urk. 19 S. 19).

4.3 Fällt nachträglich das schweizerische Zustellungsdomizil weg, weil z.B. der bevollmächtigte schweizerische Anwalt sein Mandat niedergelegt hat, so braucht es keine weitere gerichtliche Aufforderung zur Bezeichnung eines schweizerischen Zustellungsdomizils; die ausländische Partei hat von sich aus das Nötige vorzukehren und riskiert bei Unterlassung die Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung (A. Staehelin in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 140 N 4; L. Huber in: DIKE-Komm. ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 140 N 10). Hierauf wurde der Gesuchsgegner bereits mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 30. September 2015 ausdrücklich hingewiesen; es wurde ihm mitgeteilt, dass es an ihm gelegen sei, dem Gericht ohne dessen Aufforderung umgehend ein neues Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen (Urk. 19 S. 4 f.). Nach dem vorangehend Ausgeführten hätte die Vorinstanz ohne weitere Aufforderung ihrerseits Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als Zustellungsempfänger des Gesuchsgegners entlassen sollen/können; ein Zwang, Zustellungsempfänger zu sein, existiert in der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht. Nachdem der Gesuchsgegner – wie ausgeführt – auf seine Pflicht zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz bereits hingewiesen worden ist und er erneut um eine andere Zustellung als an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ersucht, sich diese jedoch nicht in der Schweiz befindet (so liegt die vom Gesuchsgegner als Zustellungsempfänger bezeichnete Schweizer Botschaft in Jordanien), ist Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als Zustellungsempfänger des Gesuchsgegners zu entlassen und dementsprechend aus dem Rubrum zu entfernen. Dem Gesuchsgegner ist der vorliegende Beschluss mittels amtlicher Publikation zur Kenntnis zu bringen.

5.1 Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG, § 8 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2 Der Gesuchstellerin ist mangels erheblicher Umtriebe im (vorliegenden) Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird als Zustellungsempfänger des Gesuchsgegners entlassen und aus dem Rubrum gestrichen.
2. Auf die Berufung des Gesuchsgegners wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage einer Kopie der Urk. 36A, Urk. 37A und Urk. 38A/1-10, an den Gesuchsgegner mittels Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich, an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, ... [Adresse] zur Kenntnisnahme, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
7. 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 Be-

schwerde 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, 2. Mai 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc