

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 12. April 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder
MLaw X2. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. Januar 2016 (EE150186-L)

Erwägungen:

1.1 Am 24. Juni 2015 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) vor Vorinstanz ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines ausländischen Scheidungsverfahrens, Auskunftserteilung nach Art. 170 ZGB, Inventaraufnahme gemäss Art. 195a ZGB und um Anordnung der Gütertrennung ein (Urk. 1). Des Weiteren ersuchte die Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 8'000.– sowie um Tragung des Gerichtskostenvorschusses durch den Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner, Urk. 1 S. 3). In der Folge setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 29. Juni 2015 Frist an, um zu diesen Begehren Stellung zu nehmen (Urk. 5). Diese Verfügung konnte dem Gesuchsgegner trotz dreimaligem Versuch nicht zugestellt werden; die Sendungen wurden jeweils mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Urk. 4). Schliesslich wurden die Parteien mit Verfügung vom 28. August 2015 zur Hauptverhandlung auf den 6. Oktober 2015 vorgeladen (Urk. 6). Auch diese Sendung konnte dem Gesuchsgegner trotz zweimaligem Versuch nicht zugestellt werden (Urk. 4). In der Folge wurde die Vorladung am Freitag, den 4. September 2015, im Amtsblatt des Kantons Zürich (Nr. ..., Meldungsnummer ...) publiziert (Urk. 7). Zur Verhandlung erschien schliesslich die Gesuchstellerin in Begleitung ihrer Rechtsvertreterin, nicht aber der Gesuchsgegner (Prot. I S. 6). Am 25. Januar 2016 entschied die Vorinstanz in unbegründeter Form wie folgt (Urk. 12 S. 4 ff.):

Es wird verfügt:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. (Schriftliche Mitteilung).
3. Eine Begründung dieses Entscheides kann innert 10 Tagen ab dessen Zustellung schriftlich beim Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, Wengistrasse 30, Postfach, 8036 Zürich, verlangt werden. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf Anfechtung des Entscheides (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so beginnt die Frist zur Einrei-

chung eines Rechtsmittels ab Zustellung des begründeten Entscheides zu laufen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von € 2'000.--, zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Januar 2015.
 2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von € 6'000.-- zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Januar 2015.
 3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin über folgendes Auskunft zu erteilen:
 - über das Mietkautionskonto der Wohnung an der ...-Gasse ..., ... Zürich, unter Vorlage des entsprechenden Kontoauszuges per 31.12.2014;
 - den aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell F12, Berlinetta, mit dem Nummernschild ..., unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage C._____ AG, ... [Adresse]
 - den aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell F40, unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage C._____ AG, ... [Adresse];
 - weitere auf seinen Namen eingelöste Fahrzeuge;
- Bezüglich der Kapitalgesellschaft D._____ AG:
- Anzahl Aktien, die er von der D._____ AG und weiteren Beteiligungen der D._____ AG besitzt;
 - seinen Lohn, unter Vorlage des Lohnausweises 2014, der Lohnabrechnungen Januar bis September 2015 sowie seine private Steuererklärung;
 - das ausbezahlte oder tesaurierte Verwaltungsrats- oder andere Beratungshonorar, unter Vorlage des Lohnausweises 2014, der Lohnabrechnungen Januar bis September 2015 sowie der privaten Steuererklärung;
 - seine ausbezahlten oder tesaurierten Dividenden;
 - allfälliger Kontokorrent in der D._____ AG zu seinen Gunsten;
 - sein Privatanteil am Geschäftsfahrzeug;
 - sein Privatanteil an den Telefonkosten;
 - sein Privatanteil an der Verpflegung, Repräsentationsspesen und Reisespesen;
 - Vermögensertrag der D._____ AG;
 - die Jahresabschlüsse der D._____ AG der Jahre 2013 und 2014 und der Kontoblätter der vorgenannten Positionen;

- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos, IBAN ... bei der UBS AG, unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN ... bei der LGT Bank Switzerland Ltd., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN ... bei der Banque Internationale à Luxembourg SA., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN ... bei der Banque Internationale à Luxembourg SA., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;

Der Gesuchsgegner hat diese Auskünfte innerhalb von **20 Tagen** ab Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit dieses Entscheides zu erteilen, unter der Androhung von Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, bei der Inventaraufnahme mit der Gesuchstellerin gemäss Art. 195a ZGB mitzuwirken unter Androhung von Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.
5. Es wird die Gütertrennung per Rechtskraft dieses Entscheids angeordnet.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

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

Fr. 225.-- Dolmetscherkosten

Fr. 3'825.-- Total

Verzichten die Parteien auf eine Begründung des Entscheids, wird die Entscheidgebühr auf zwei Drittel ermässigt.

7. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von **Fr. 6'150.--** zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer).
9. (Schriftliche Mitteilung)
10. Eine Begründung dieses Entscheides kann innert 10 Tagen ab dessen Zustellung schriftlich beim Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, Wengistrasse 30, Postfach, 8036 Zürich, verlangt werden. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf Anfechtung des Entscheides (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so beginnt die Frist zur Einreichung eines Rechtsmittels ab Zustellung des begründeten Entscheides zu laufen. **Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

Dieser Entscheid konnte dem Gesuchsgegner trotz zweimaligem Versuch wiederum nicht zugestellt werden – die Sendung wurde erneut mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Urk. 4).

1.2 Mit Schreiben vom 24. März 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 29. März 2016) erhob der Gesuchsgegner Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 13 S. 2):

- "1. Es seien das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2016 aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, das Urteil und die Verfügung vom 25. Januar 2016 zu begründen und Frist zur Anfechtung des Urteils bzw. der Verfügung anzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Sodann stellte er folgende prozessualen Anträge (Urk. 13 S. 2):

- "4. Es seien die Akten des Verfahrens EE150186-L/U vor dem Bezirksgericht Zürich beizuziehen.
 5. Der Berufung sei mit Blick auf die in Rz. 1-8 des Urteils vom 25. Januar 2016 angeordneten vorsorglichen Massnahmen aufschiebende Wirkung zu erteilen."
- 2.** Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen.

3.1 Der Gesuchsgegner führt aus, dass er erst am 14. März 2016 durch die Gegenanwältin Kenntnis vom angefochtenen Urteil und von der Verfügung der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 erlangt habe, weshalb die Frist zum Erheben der Berufung gewahrt sei. Auf eine Entscheidebegründung könne sodann verzichtet werden, da das Urteil und die Verfügung der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 mangels gehöriger Vorladung zur mündlichen Verhandlung ungültig seien (Urk. 13 S. 3). Gegen einen ungültigen Säumnisentscheid wegen nicht gehöriger Vorladung sei das einschlägige Hauptrechtsmittel zu ergreifen (Urk. 13 S. 4 mit Verweis auf BSK ZPO-Willisegger, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 234 N 30).

3.2 Verfügung und Urteil der Vorinstanz ergingen am 25. Januar 2016 und wurden am 4. Februar 2016 versandt (Urk. 4). Offenbleiben kann, ob die Berufung

rechtzeitig erfolgt ist, da ohnehin nicht darauf einzutreten ist. So stellt ein unbegründetes Urteil – entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners – kein taugliches Anfechtungsobjekt dar (vgl. Art. 239 Abs. 2 ZPO). Daran ändert auch nichts, wenn der Gesuchsgegner – wie von ihm geltend gemacht – möglicherweise nicht rechtsgültig über das pendente Verfahren in Kenntnis gesetzt worden sein sollte, weil ihm die Vorladung nicht gesetzeskonform zugestellt worden und damit das vorinstanzliche Urteil zu Unrecht als Säumnisurteil ergangen ist. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners kann auch unter dieser Annahme nicht auf eine Begründung verzichtet werden; es ist zunächst beim erstinstanzlichen Gericht um Begründung des Urteils zu ersuchen. Dies gilt auch dann, wenn der Berufungskläger auf die Begründung des vorinstanzlichen Urteils verzichtet, denn ein nicht begründeter Entscheid kann von der oberen Instanz nicht beurteilt werden. Erst nach Zustellung des schriftlich begründeten Urteils beginnt die Rechtsmittelfrist zum Erheben einer Berufung zu laufen. Der Gesuchsgegner ist darauf hinzuweisen, dass er die Berufung nach Erhalt des begründeten Urteils innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist von 10 Tagen (Art. 311 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO) erneut einzureichen hat. Sollte die Vorinstanz zum Schluss gelangen, dass das Gesuch um Begründung verspätet gestellt worden ist, hätte sie dies in einem begründeten, prozessleitenden Entscheid festzustellen, in welchem sie sich dann mit der Zustellung und allenfalls angenommenen Zustellungsfiktion auseinanderzusetzen hätte. Gegen diesen Entscheid stünde in der Folge die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO offen (BSK ZPO-Steck, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 239 N 25; D. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 239 N 30 ff.; Killias in: BK ZPO, Bd. II, Bern 2012; Art. 239 N 17 ff.). Erst zu diesem Zeitpunkt hätte schliesslich die angerufene Kammer darüber zu entscheiden, ob die Vorinstanz den Gesuchsgegner über das von der Gesuchstellerin eingeleitete Verfahren korrekt in Kenntnis gesetzt und die Vorladung rechtsgültig vorgenommen hat und ob sie demgemäss von einer Zustellungsfiktion bezüglich Endentscheid ausgehen durfte.

Da der Gesuchsgegner mit Erheben der Berufung gleichzeitig bei der Vorinstanz ein Begehren um Begründung gestellt hat (Urk. 13 S. 3), erübrigt es sich,

die vorliegende Berufung als ein solches Begehren entgegenzunehmen. Auf die Berufung ist mangels Anfechtungsobjekt nicht einzutreten.

3.3 Mit dem vorliegenden Entscheid ist auch das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und entsprechend abzuschreiben.

3.4 Auf die Frage des Zeitpunkts der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids ist trotz Nichteintretens der Vollständigkeit und Klärung halber kurz einzugehen: Wie die Kammer bereits in einem publizierten Entscheid betreffend Rechtsöffnung festgehalten hat, ist analog der Regelung von Art. 112 Abs. 2 BGG auch einem unter der ZPO ergangenen beschwerdefähigen Entscheid die Vollstreckung zu versagen, solange nicht entweder die zehntägige Begründungsfrist (Art. 239 Abs. 2 ZPO) unbenützt abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheids eröffnet worden ist (ZR 111 [2012] Nr. 70 E. 3.9.). Diese Rechtsprechung hat die beschliessende Kammer auch für Berufungen gegen Eheschutzentscheide übernommen: "[...] Wie der Beschwerde kommt auch der Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen von Gesetzes wegen keine Suspensivwirkung zu (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz kann jedoch die Vollstreckbarkeit gemäss Art. 315 Abs. 5 ZPO aufschieben, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ein Antrag betreffend aufschiebende Wirkung kann frühestens nach Zustellung der schriftlichen Begründung gestellt werden. Würde man somit auch Massnahmeentscheiden, die ohne schriftliche Begründung eröffnet wurden, die sofortige Vollstreckbarkeit zusprechen, könnte die (erstinstanzlich) obsiegende Partei die Massnahme bereits während der Frist zur Stellung eines Antrags auf schriftliche Begründung und der Ausfertigung derselben vollstrecken lassen – noch bevor die unterliegende Partei überhaupt die Möglichkeit hatte, bei der zweiten Instanz den Aufschub der Vollstreckbarkeit zu beantragen. Die Verteidigungsmöglichkeiten des Massnahmegneiners würden dadurch eingeschränkt, ohne dass es dafür einen Grund gäbe. [...]" (vgl. Urteil und Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2012, Geschäfts-Nr. RV120010-O; bestätigt mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Juli 2014, Geschäfts Nr. LE140036-O).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass vorsorgliche Massnahmen – wozu nach konstanter bundesgerichtlicher und weiterhin auch obergerichtlicher Rechtsprechung auch Eheschutzmassnahmen zu zählen sind –, welche in unbegründeter Form eröffnet wurden, erst mit unbenütztem Ablauf der 10-tägigen Begründungsfrist oder aber – im Fall, dass eine Begründung verlangt wird – mit Eröffnung des begründeten Entscheids vollstreckbar sind.

4.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Diese Kosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– 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 je eines Doppels von Urk. 13, Urk. 16 und Urk. 17/2-6, 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 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, 12. April 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
se