

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160029-O/U

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

## **Beschluss vom 21. Juni 2016**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Bülach vom 18. März 2016 (EE140083-C)**

## **Erwägungen:**

**1.1** Die Parteien befinden sich seit dem 18. Juni 2014 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Nach Durchführung des Verfahrens entschied die Vorinstanz mit Urteil vom 18. März 2016 wie folgt (Urk. 85 S. 40 ff.):

1. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 4. Mai 2015 über das Getrenntleben, die elterliche Sorge, Obhut und den persönlichen Verkehr des Beklagten mit dem Sohn C.\_\_\_\_\_ wird vorgemerkt und bezüglich der Kinderbelange genehmigt. Sie lautet wie folgt:

### **1. Aufnahme des Getrenntlebens**

Die Parteien stellen fest, dass sie seit dem 3. Mai 2014 getrennt leben.

### **2. Elterliche Sorge, Obhut und persönlicher Verkehr**

#### a) Elterliche Sorge

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm. 2013.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel des Kindes der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und dem Kind hat.

#### b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für den Sohn C.\_\_\_\_\_ der Mutter zuzuteilen.

#### c) Persönlicher Verkehr

Die Parteien sind sich bewusst, dass der Kontakt vom Vater zum Sohn C.\_\_\_\_\_ zunächst wieder aufgebaut werden muss. Sie vereinbaren, dass der persönliche Verkehr zunächst während zwei Monaten (vom ersten Treffen an) am ersten und dritten Sonntag im Monat im begleiteten Besuchstreff in ... stattfindet, erstmals sobald das Kind dort durch das Gericht im Namen der Eltern angemeldet werden konnte und ein Platz frei ist.

Anschliessend soll mit Hilfe einer Besuchsbeistandschaft folgendes Besuchsrecht eingerichtet werden:

Der Beklagte ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für den Sohn C.\_\_\_\_\_ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem zweiten und vierten Sonntag jeden Monats von 09.00 Uhr bis 17.00 Uhr sowie an jedem ersten Samstag eines jeden Monats von 09.00 Uhr bis 17.00 Uhr.
- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
- in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Beklagten in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Klägerin.

Den Eltern steht es frei eine weitergehende Betreuungsregelung zu vereinbaren.

### **3. Besuchsbeistandschaft**

Die Parteien beantragen gemeinsam die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB, welche insbesondere die konkrete Ausgestaltung des Besuchsrecht des Beklagten nach einer zweimonatigen Phase des Begleiteten Besuchsrechts gemäss Ziffer 1 dieser Vereinbarung bestimmen soll.

Dem Beistand wird die Ermächtigung erteilt, das Besuchsrecht für maximal zwei Monate als begleitetes Besuchsrecht auszugestalten. Dem Beistand wird die Kompetenz erteilt, die für eine kindgerechte Durchführung des Besuchsrechts notwendigen Modalitäten für die Eltern verbindlich festzulegen.

2. Die Obhut für den Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm 2013, wird der Klägerin zugeteilt.
3. Die mit Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 8. Juli 2015 für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm 2013, errichtete Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB wird beibehalten.
4. Der Beklagte wird verpflichtet sich, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, jeweils am Ersten eines Monats im Voraus zu bezahlen, zahlbar rückwirkend ab 1. Mai 2014 bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung des Kindes, auch über die Volljährigkeit hinaus, zahlbar an die Klägerin, solange das Kind in deren Haushalt lebt, keine selbständigen Ansprüche gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Beklagten stellt und keine andere Zahlstelle bezeichnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet sich, der Klägerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:  
  
Fr. 2'137.– rückwirkend für März 2015,

Fr. 5'932.– vom 1. April 2015 bis zum 31. Mai 2015,  
Fr. 5'533.– vom 1. Juni 2015 bis zum 30. September 2015,  
Fr. 5'554.– vom 1. Oktober 2015 bis zum 31. Januar 2016,  
Fr. 5'282.– vom 1. Februar 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens,  
zahlbar jeweils am Ersten jedes Monats im Voraus.

6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Hälfte aller von der Firma E. \_\_\_\_\_ erhaltenen variablen Löhne zu bezahlen, rückwirkend ab 15. April 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.
7. Des Weiteren ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die zur Prüfung ihres Anspruchs auf variablen Lohn erforderlichen Belege jeweils unaufgefordert und umgehend zukommen zu lassen.
8. Es wird festgestellt, dass die Unterhaltsschuld des Beklagten gemäss Dispositivziffer 4 und 5 für die Zeit von 1. Mai 2014 bis 31. Dezember 2015 bereits vollständig durch Verrechnung getilgt ist. Des Weiteren ist festzuhalten, dass die Kinderunterhaltsschuld des Beklagten für Januar 2016 im Umfang von Fr. 1'675.– ebenfalls bereits durch Verrechnung getilgt ist.
9. Das Begehren der Klägerin auf Zuteilung der ehelichen Wohnung an der ... [Adresse] zur alleinigen Benutzung bis und mit 31. Oktober 2014 sowie auf Überführung der Mietkaution, des Mobiliars und des Inventars an die Wohnung an der ... [Adresse] und auf Herausgabe der sich im Besitz des Beklagten befindenden Wohnungsschlüssel wird als gegenstandslos erledigt abgeschlossen.
10. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 17. September 2014 angeordnet.
11. Das Begehren der Klägerin, es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab 1. März 2015 auf seine Kosten den bislang von der Klägerin verwendeten VW Passat unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, wird abgewiesen.
12. Das Begehren der Klägerin, es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab 1. März 2015 auf seine Kosten den bislang von der Klägerin verwendeten Computer unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, wird abgewiesen.
13. Das Begehren der Klägerin, es sei dem Beklagten als Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ GmbH zu untersagen, das bestehende Arbeitsverhältnis mit ihr zu kündigen, wird als gegenstandslos erledigt abgeschlossen.
14. Das Begehren der Klägerin, es sei der Beklagte, als Mitkreditnehmer des Rahmenkredites bei der Credit Suisse AG gemäss Rahmenkreditvertrag vom 15. Juli 2011, anzuweisen, die laufenden Kreditzinsen pünktlich zu begleichen, wird abgewiesen.

15. Das Begehren der Klägerin, es sei der Beklagte zu verpflichten, sämtliche offenen und bis und mit 3. Mai 2014 geschuldeten Gemeinde-, Staats- und Bundessteuern direkt zu begleichen, wird abgewiesen.
16. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  

Fr.	6'000.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	<u>975.–</u>	Dolmetscherkosten
Fr.	<u>6'975.–</u>	Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
17. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu zwei Dritteln und dem Beklagten zu einem Drittel auferlegt.
18. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'200.– zu bezahlen.
19. (Schriftliche Mitteilung).
20. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

**1.2** Hiergegen erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) mit Schreiben vom 25. April 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 26. April 2016) Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 84 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und es sei der Berufungskläger und Beklagte zu verpflichten, der Berufungsbeklagten und Klägerin an den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes monatliche Beträge von CHF 1'000.00 zu bezahlen, monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Mai 2014, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- oder Ausbildungszulagen;
2. Es sei Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und es sei der Berufungskläger und Beklagte zu verpflichten, der Berufungsbeklagten und Klägerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab April 2015 von maximal CHF 2'801.90 zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten jeden Monats.
3. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die Berechnung des Unterhaltsbeitrages für die Berufungsbeklagte und Klägerin zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Es sei Dispositiv-Ziffer 8 des angefochtenen Entscheides dahingehend zu ergänzen, dass die Unterhaltsschuld des Berufungsklägers/Beklagten gemäss Dispositiv-Ziffer 4 und 5 auch für die Monate Januar 2016 bis auf weiteres vollständig durch Verrechnung getilgt ist;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten und Klägerin."

**1.3** Mit Präsidialverfügung vom 10. Mai 2016 wurden der Beklagte und Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ aufgefordert, innert einer Nachfrist von 10 Tagen eine das Eheschutzverfahren betreffende Originalvollmacht einzureichen, unter der Androhung, dass bei Säumnis die Eingabe vom 25. April 2016 als nicht erfolgt gelte. Gleichzeitig wurde dem Beklagten eine Frist von 10 Tagen zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 4'000.– angesetzt (Urk. 86 S. 2). Diese Verfügung wurde sowohl dem Beklagten persönlich als auch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ zugestellt (Urk. 86).

**1.4** Innert Frist wurde der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– geleistet (Urk. 87); die geforderte Vollmacht ging indes nicht ein.

**2.1** Die Vertreterin hat sich gemäss Art. 68 Abs. 3 ZPO durch eine Vollmacht auszuweisen. Diese muss grundsätzlich nicht schriftlich erfolgen, sondern kann auch mündlich zu Protokoll gegeben werden, indes kann das Gericht im Zweifelsfall die Edition des Originals verlangen (E. Staehelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 68 N 28).

**2.2** An die Spezifizierung einer Prozessvollmacht werden wegen ihrer Tragweite strenge Anforderungen gestellt; sie muss eine Vollmacht sein, die über den Willen des Auftraggebers, sich in einem bestimmten Prozessverfahren vertreten zu lassen, keinen Zweifel lässt (BSK OR-IWeber, Art. 396 N 14 f.; BK-Gautschi, Art. 396 OR N 51a mit Verweis auf ZR 63 [1964] Nr. 119, wonach bezüglich Frage der Anfechtung eines während des Scheidungsverfahrens geborenen Kindes die Schlussfolgerung von der Vollmacht für das Scheidungsverfahren auf eine solche für die Anfechtung der Vaterschaft abgelehnt wurde). Wie bereits mit Verfügung vom 10. Mai 2016 festgehalten, befindet sich bei den vorinstanzlichen Akten für Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ lediglich eine Vollmacht

betreffend Ehescheidung, nicht aber eine solche betreffend das vorliegende Eheschutzverfahren. Nach dem Gesagten kann aus dem Auftragsverhältnis und der Vollmacht für die Ehescheidung nicht auf eine solche für das Eheschutzverfahren geschlossen werden. Damit genügt die bei den vorinstanzlichen Akten liegende Vollmacht betreffend Ehescheidung den Anforderungen an die hier nötige Vollmacht nicht. So hat auch das Bundesgericht hinsichtlich Einholen einer Vollmacht in seinem Entscheid vom 27. März 2014 Folgendes ausgeführt (BGer 9C\_793/2013 E. 1.2): "Nach der Rechtsprechung zu Art. 40 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 5 BGG kann der Instruktionsrichter bei älteren oder unbestimmt formulierten Vertretungsvollmachten jederzeit die Nachreichung einer aktualisierten oder verfahrensspezifischen Vollmacht verlangen, ohne dass darin überspitzter Formalismus zu erblicken wäre (Urteile 9F\_7/2013 vom 27. November 2013 E. 3.2.2 und 9C\_417/2008 vom 26. September 2008)". Weiter hält das Bundesgericht in seinem Urteil vom 17. Dezember 2009 fest, dass in derartigen Fällen unbeachtlich bleibe, ob vorinstanzlich eine Vollmacht eingereicht worden sei oder nicht (BGer 9C\_977/2009). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 1. Oktober 2014 bestätigt (BGer 1F\_35/2014). Da mit Blick auf den jeweiligen Wortlaut von Art. 42 Abs. 5 BGG und Art. 132 Abs. 1 ZPO von Bestimmungen mit gleichbedeutendem Inhalt auszugehen ist, hat vorgenannte Rechtsprechung auch für Art. 132 Abs. 1 ZPO Gültigkeit. Damit aber ist es letztlich unerheblich, ob vor Vorinstanz überhaupt eine Vollmacht vorgelegen hat oder nicht; es fehlt an einer gültigen Vollmacht.

**2.3** Nachdem der mit derselben Verfügung vom 10. Mai 2016 geforderte Kostenvorschuss eingegangen ist, stellt sich die Frage einer nachträglichen Genehmigung der Berufungsschrift. Die in der Lehre vertretene Meinung, wonach der Mangel der fehlenden Vollmacht auch implizit (durch Bezahlen des Prozesskostenvorschusses) geheilt werden kann, überzeugt trotz des Hinweises auf einen unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts nicht (E. Staehelin/Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 68 N 28 mit Hinweis auf BGer 4P.184/2003 vom 2. Februar 2004, E. 2.1). So ist zu beachten, dass sich dieser Entscheid damals auf kantonales Prozessrecht bezog, während heute Art. 132 Abs. 1 ZPO massgebend ist, welche Bestimmung vorschreibt, dass

der betreffenden Partei unter Androhung der Säumnisfolgen eine Frist zum Nachreichen einer gültigen Vollmacht anzusetzen sei. Überdies erging der genannte Entscheid lediglich im Rahmen einer Willkürprüfung, wobei keineswegs gesagt wurde, dass die damals noch auf kantonalem Prozessrecht basierende Annahme zutreffend sei (so auch *OGer ZH NP120004 vom 04.09.2012, S. 4-5, E.II.2*). Schliesslich wurde vorliegend – in Abweichung zum Sachverhalt, welcher dem genannten Bundesgerichtsurteil zugrunde liegt – mit Verfügung vom 10. Mai 2016 explizit eine das Eheschutzverfahren umfassende Vollmacht verlangt. Damit hat das Gericht seinem Ansinnen, wonach es keine implizite Genehmigung akzeptiert, sondern zu Beweissicherungszwecken die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht fordert, klar Ausdruck verliehen. Die gleichzeitige Aufforderung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses betraf lediglich eine weitere Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Dementsprechend kann nicht über den Weg einer impliziten Genehmigung durch Bezahlen des Kostenvorschusses die Heilung des Mangels einer fehlenden gültigen Vollmacht angenommen werden. Diesbezüglich kann denn auch vollumfänglich auf das bundesgerichtliche Urteil vom 27. März 2014 verwiesen werden: Auch hier war der (damalige) Beschwerdeführer in der genannten Zwischenverfügung nicht nur zum Nachreichen der Prozessvollmacht, sondern gleichzeitig auch zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert worden. Dieser war ebenso geleistet worden; dennoch ging das Bundesgericht von einer fehlenden gültigen Vollmacht aus (*BGer 9C\_793/2013 vom 27. März 2013 E. 2*). Damit aber hat es sein Bewenden.

**2.4** Nachdem vorliegend explizit die Nachreichung einer verfahrensspezifischen Vollmacht verlangt worden ist, diese indes nicht eingereicht worden ist, greifen die angedrohten Säumnisfolgen. Die Berufung gilt als nicht erfolgt, Art. 132 Abs. 1 ZPO.

**2.5** Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist nicht einzutreten.

**3.1** Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 ZPO in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG, § 8 Abs. 1 GebV OG und § 10 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**3.2** Der Berufungsbeklagten und Klägerin (fortan Klägerin) ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung des Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 84, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Juni 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:  
gs