

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170069-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 5. März 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____,

substituiert durch Substitut MLaw Y2. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 30. Oktober 2017 (EE170254-L)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 10. August 2017 in einem von der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) angestregten Eheschutzverfahren betreffend Bewilligung des Getrenntlebens und Regelung von dessen Folgen (Urk. 1). Mit Urteil vom 30. Oktober 2017 entschied die Vorinstanz über das Eheschutzbegehren (Urk. 1; Urk. 13 = Urk. 19). Beide Parteien erhoben Berufung gegen dieses Urteil, wobei die Berufung der Gesuchstellerin unter der Geschäfts-Nr. LE170068-O bei der Kammer anhängig ist.

2. Das Urteil vom 30. Oktober 2017 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) bzw. dessen Rechtsvertreter Rechtsanwalt MLaw X._____ am Mittwoch, dem 8. November 2017, zugestellt (Urk. 16). Die Berufungsfrist lief demzufolge - unter Berücksichtigung des Wochenendes - am Montag, dem 20. November 2017, ab (Art. 142 ZPO). Am 22. November 2017 ging beim Gericht die von Rechtsanwalt X._____ unterzeichnete Berufungsschrift vom 20. November 2017 ein (Urk. 18). Das Datum des Poststempels auf dem Umschlag, in dem die Berufung eingereicht wurde, ist unleserlich (Briefumschlag von Urk. 18). Auf dem Umschlag wurde folgender handschriftlicher Vermerk angebracht (Urk. 18, angehefteter Umschlag):

"Eingeworfen ...-Patz ZH

am: 20.11.2017

um:

Zeuge 1:

Name: C._____

Vorname: D._____Dr.

Adresse: _____

Tel: 1

Zeuge 2:

Name: E._____

Vorname: F._____

Adresse: _____

Tel: 2"

3. a) Da das Gericht nach Eingang eines Rechtsmittels von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO) - zu denen unter anderen auch die Wahrung der gesetzlichen Berufungsfrist gehört - wurde dem Gesuchsgegner mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 28. November 2017 der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Berufungsschrift vor dem 21. November 2017 der Schweizerischen Post übergeben worden war. Gleichzeitig wurde vorbehältlich der Mitteilung der genauen Adressen der Zeugen die Einvernahme von Dr. D.____C.____ und F.____ E.____ als Zeugen beschlossen (Urk. 23 S. 4f., Dispositiv-Ziffern 1 bis 3). Nachdem die genauen Adressen der beiden Zeugen fristgemäss bekannt gegeben worden waren (Urk. 24) und der geforderte Kostenvorschuss sowohl für das Beweis- als auch für das Berufungsverfahren innert Frist eingegangen war (Urk. 26 und Urk. 27), wurden die Parteien am 10. Januar 2018 zur Beweisverhandlung auf den 26. Januar 2018 vorgeladen (Urk. 28).

b) An der Beweisverhandlung vom 26. Januar 2018 erschienen die Zeugen Dr. D.____C.____ und F.____ E.____ sowie die beiden Rechtsvertreter der Parteien (Prot. II S. 5). Die Zeugeneinvernahme erfolgte im Sinne von Art. 155 Abs. 2 ZPO durch den Referenten. Die anwesenden Rechtsvertreter der Parteien erhielten Gelegenheit, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (Prot. I S. 5ff.). Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin erhielt überdies Gelegenheit, zu den vom Rechtsvertreter des Gesuchsgegners mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 eingereichten Fotos betreffend Einwurf der Berufungsschrift in den Briefkasten (Urk. 24 und 25) Stellung zu nehmen (Prot. II S. 7).

4. a) Der Zeuge Dr. C.____ wurde gemäss Art. 307 StGB zur Wahrheit ermahnt und im Einklang mit Art. 161 Abs. 1 ZPO vorab auf seine Verweigerungsrechte gemäss Art. 165 f. ZPO hingewiesen. Er gab zum Beweisthema im Wesentlichen Folgendes zu Protokoll: Auf Vorhalt des Umschlags der Berufungsschrift vom 20. November 2017 (Urk. 18) führte er aus, dass er weder wisse, wer die Angaben auf dem Umschlag notiert habe, noch den Umschlag schon einmal gesehen habe. Er habe nur dasjenige Couvert gesehen, auf welchem er unterschrieben habe. Auf dem ihm anlässlich der Beweisverhandlung vorgehaltenen

Umschlag befinde sich indessen seine Unterschrift nicht, weshalb es nicht dasselbe Couvert sein könne. Zwar sei es richtig, dass Rechtsanwalt X._____ etwa um 23.30 Uhr auf ihn und den Zeugen E._____ zugekommen sei und nach Unterschriften gefragt habe. Sie seien vom Restaurant G._____ gekommen und Richtung ...-Platz gegangen, um zu ihren Autos zu gelangen. Rechtsanwalt X._____ habe erklärt, dass er dringend zwei Unterschriften benötige, weil er einen Umschlag unbedingt noch vor Mitternacht einwerfen müsse. Er und der Zeuge E._____ hätten auf dem Umschlag unterschrieben und die Zeit auf den Umschlag geschrieben. Rechtsanwalt X._____ habe dann den Umschlag wieder an sich genommen und ihn in der Nähe eingeworfen, wobei er den Einwurf nicht gesehen habe. Er vermute, es sei am H._____ gewesen (Urk. 30 S. 3). Auf Ergänzungsfrage von Substitut Y2._____ ergänzte der Zeuge Dr. C._____, dass er nicht mehr genau wisse, welche Grösse und Farbe der unterschriebene Umschlag gehabt habe. Er nehme an, dass es ein Umschlag von der Grösse A4 gewesen sei und Dokumente drin gewesen seien (Urk. 30 S. 4).

b) Der Zeuge E._____ sagte anlässlich der Beweisverhandlung - ebenfalls nach Ermahnung zur wahrheitsgemässen Aussage gemäss Art. 307 StGB und Hinweis auf seine Verweigerungsrechte gemäss Art. 165 f. ZPO - aus, er wisse nicht, wer die handschriftlichen Vermerke auf dem Umschlag der Berufungsschrift angebracht habe. Er nehme an, es sei Rechtsanwalt X._____ gewesen. Auf die Frage, ob er den Umschlag kenne, meinte der Zeuge E._____, er nehme an, dass da noch eine Unterschrift drauf sein müsse. Er meine, er habe auf dem Umschlag unterschrieben, weil dies ja auch Sinn machen würde, weil er und der Zeuge Dr. C._____ ja bestätigen sollten, dass der Umschlag eingeworfen worden sei. Er wisse es aber nicht mehr ganz sicher, weil es schon über zwei Monate her sei. Er glaube ausserdem, dass er noch seine Telefonnummer angegeben habe. Der Zeuge E._____ erklärte, Rechtsanwalt X._____ habe ihn und den Zeugen Dr. C._____ angesprochen und gefragt, ob sie bezeugen könnten, dass er den Umschlag jetzt in den Briefkasten werfe. Sie hätten ihm ihre Namen und Telefonnummern gegeben, aber nicht ihre Adresse. Rechtsanwalt X._____ habe gesagt, er müsse unbedingt noch Gerichtssachen vor Mitternacht einwerfen und er gehe jetzt zum Briefkasten am ...-Platz und werfe den Umschlag dort ein. Das Zusam-

mentreffen habe ungefähr um 23.30 Uhr stattgefunden. Auch der Zeuge E. _____ gab an, nicht gesehen zu haben, wie Rechtsanwalt X. _____ den Umschlag in den Briefkasten geworfen habe (Urk. 31 S. 2f.). Auf Ergänzungsfrage von Substitut Y2. _____ erklärte der Zeuge E. _____, der Umschlag sei weiss oder grau gewesen und habe wohl die Grösse A4 gehabt. Genauer wisse er es nicht mehr (Urk. 31 S. 4).

5. a) Das Gericht hat die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen (Art. 157 ZPO). Der dem Gesuchsgegner obliegende strikte Beweis hat er dann erbracht, wenn für das Gericht aufgrund der verfügbaren Beweismittel, des übrigen unstrittigen Sachverhaltes, der weiteren Sachdarstellungen der Parteien usw. keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, dass es sich tatsächlich genau so verhalten hat, wie es behauptet wurde (vgl. z.B. BGE 130 III 321 E. 3.1), das Gericht also im Ergebnis der Wertungen der Beweismittel zu einer entsprechenden Überzeugung gelangt (BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 17 m.w.H.). Umgekehrt ist der Beweis dann gescheitert, wenn sich vernünftige Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Sachdarstellung nicht ausräumen lassen. Die richterliche Überzeugung braucht dabei keine absolute Gewissheit zu sein, denn mit Gewissheit lassen sich bestrittene Tatsachen aus der Vergangenheit kaum je feststellen.

b) Es bestehen keine Anhaltspunkte, um an der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln. Vorweg ist festzuhalten, dass beide Zeugen unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB ausgesagt haben. Sodann bestätigten beide Zeugen zu Beginn der Einvernahme, dass sie weder die Parteien noch deren Rechtsvertreter kennen. Damit aber findet sich kein Hinweis darauf, dass die Zeugen in emotionaler oder finanzieller Hinsicht an einem bestimmten Prozessausgang interessiert sein könnten. Des Weiteren bestehen auch keine Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen: Sie schildern den relevanten Vorfall detailliert und widerspruchsfrei, ohne Erinnerungslücken vertuschen zu wollen.

c) Der Zeuge Dr. C. _____ war sich sicher, dass er auf dem Umschlag, welcher ihm Rechtsanwalt X. _____ vorgelegt habe, unterschrieben und die Zeit darauf notiert habe (Urk. 30 S. 3), während sich der Zeuge E. _____ zwar nicht mehr ganz sicher war, ob er auf dem Umschlag unterschrieben habe, indessen davon

ausging, dass er dies gemacht habe (Urk. 31 S. 3). Letzterer war sodann sicher, dass sich auf dem Umschlag, welchen er an besagtem Abend gesehen und unterschrieben hatte, eine Zeitangabe gestanden hatte (Urk. 30 S. 4). Auf dem Umschlag der Berufungsschrift vom 20. November 2017 finden sich weder die Unterschriften des einen oder beider Zeugen noch steht eine Uhrzeit. Daher kann es sich beim Briefumschlag der Berufungsschrift nicht um denjenigen handeln, welcher den beiden Zeugen am 20. November 2017 um 23.30 Uhr von Rechtsanwalt X._____ vorgelegt worden war. Hinzu kommt, dass beide Zeugen nicht bestätigen konnten, dass Rechtsanwalt X._____ den Umschlag mit der Berufungsschrift tatsächlich noch am 20. November 2017 der Post übergeben hatte, da sie den Einwurf des Umschlags in den Briefkasten nicht persönlich beobachtet hatten. Nach der Einvernahme der beiden Zeugen Dr. C._____ und E._____ ist daher nicht erstellt, dass die Berufungsschrift des Gesuchsgegners innert Frist der Schweizerischen Post übergeben worden ist.

6. a) Mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 offerierte der Gesuchsgegner weitere Beweismittel zur Frage der Wahrung der Berufungsfrist. Zum Einen beantragte er die Einvernahme der Ehegattin des Zeugen E._____ als weitere Zeugin (Urk. 24 S. 2). Nach der Einvernahme der beiden Zeugen Dr. C._____ und E._____, welche beide übereinstimmend ausgesagt haben, dass sie beide lediglich auf dem Umschlag unterschrieben hätten, jedoch Rechtsanwalt X._____ nicht zum Briefkasten begleitet, sondern sich nach der Unterschrift verabschiedet hätten und nach Hause gegangen seien, ist nicht davon auszugehen, dass die Ehegattin von E._____ in einer Einvernahme als Zeugin andere Beobachtungen schildern könnte als die beiden bereits einvernommenen Zeugen. Es ist daher von einer Zeugeneinvernahme von E1._____ abzusehen. Dasselbe gilt für die Ehegattin von Dr. C._____ (vgl. Prot. II S. 5).

b) Zum Anderen reichte der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 eine Fotoaufnahme ins Recht, welche belegen soll, dass die Berufungsschrift vor Mitternacht des 20. Novembers 2017 der schweizerischen Post übergeben worden sei, wobei auf dem Ausdruck des Fotos unter dem Titel "Eigenschaften" unter anderem das Aufnahmedatum, nämlich der 20. November 2017,

23.52 Uhr, aufgeführt ist (Urk. 25). Indessen ist die Aufnahmezeit mit wenigen Veränderungen an den Kameraeinstellungen oder an der Bilddatei manipulierbar. Solche Veränderungen lassen sich im Nachhinein mittels eines technischen Gutachtens - wie es der Gesuchsgegner beantragt (Urk. 24 S. 2) - nicht zuverlässig eruieren, weshalb von der Einholung eines solchen Gutachtens abzusehen ist. Hinzu kommt, dass der Gesuchsgegner die entsprechende Kamera bzw. das Speichermedium nicht als Beweismittel eingereicht hat. Sie können daher ohnehin nicht untersucht werden. Überdies belegt diese Aufnahme, welche lediglich den oberen Teil des Briefumschlags im Briefkastenschlitz zeigt, nicht, dass das Couvert anschliessend auch tatsächlich eingeworfen wurde. Zusammengefasst vermag der Gesuchsgegner auch mit dem eingereichten Foto die rechtzeitige Berufungserhebung nicht zu beweisen.

c) Schliesslich beantragt der Gesuchsgegner die Auswertung der Bilder von Überwachungskameras der Stadtpolizei Zürich am ...-Platz für den massgeblichen Zeitraum (Urk. 24 S. 2). Eine entsprechende Nachfrage bei der Stadtpolizei Zürich ergab indessen, dass diese keine Überwachungskamera am ...-Platz betreibt (Urk. 32). Demzufolge können auch keine Bilder ausgewertet werden.

d) Zusammen mit seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2018 zur Aktennotiz betreffend Überwachungskameras der Stadtpolizei Zürich reichte der Gesuchsgegner zudem einen USB-Stick und den Ausdruck von zwei angeblich darauf abgespeicherten Fotos ein (Urk. 37/1-2). Die Bezeichnung dieser Beweismittel erfolgte verspätet, denn spätestens seit Erlass des Beschlusses vom 28. November 2017 musste dem Gesuchsgegner bzw. dessen Rechtsvertreter klar sein, dass über die Rechtzeitigkeit der Berufung ein Beweisverfahren durchgeführt würde. Er hätte daher bereits nach Erhalt dieses Entscheides sämtliche Beweismittel bezeichnen und soweit möglich einreichen müssen. Überdies kann auf die obigen Ausführungen zum Beweiswert der Fotos verwiesen werden.

7. Zusammengefasst kann der Gesuchsgegner den Beweis nicht erbringen, dass die Berufungsschrift rechtzeitig, das heisst vor Mitternacht des 20. November 2017, der Schweizerischen Post übergeben worden ist. Damit erweist sich die vorliegende Berufung des Gesuchsgegners als verspätet, weshalb darauf

nicht einzutreten ist. Auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gesuchstellerin kann unter diesen Umständen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

8. Da Rechtsanwalt X._____ den Nichteintretensentscheid durch sein un- sorgfältiges Handeln verursacht hat, sind die Kosten des Berufungsverfahrens ihm aufzuerlegen (Art. 108 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 108 N 7 f.; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 108 N 1 a.E.; KUKO ZPO- Schmid, Art. 108 N 5). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ferner ist Rechtsanwalt X._____ zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen, wobei zu beach- ten ist, dass sich die Gesuchstellerin bisher nicht zur Sache, sondern lediglich zur Rechtzeitigkeit der Berufung äussern musste. In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV rechtfertigt es sich daher, die Parteientschädigung an die Gesuchstellerin auf Fr. 1'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen.

8. a) Die Gesuchstellerin stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Prot. II S. 7). Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe im Laufe des Verfahrens ihre Mittellosigkeit glaubhaft dargelegt. Indessen sei der Gesuchsgegner in der Lage, auch die Anwalts- und Gerichtskosten für die mittellose Gesuchstellerin zu übernehmen (Urk. 19 S. 21f.). Sie verpflichtete daher den Gesuchsgegner zur Übernahme des hälftigen Ge- richtskostenanteils der Gesuchstellerin und sprach Letzterer für die Anwaltskosten einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– zu (Urk. 19 S. 22f., vgl. auch Disposi- tiv-Ziffern 7-9).

b) Weshalb es dem Gesuchsgegner im vorliegenden Berufungsverfahren nicht (mehr) möglich sein soll, die Gesuchstellerin im Rahmen der familienrechtli- chen Unterhaltspflicht auch hinsichtlich der Prozesskosten zu unterstützen, legt die Gesuchstellerin nicht dar (Prot. II S. 7). Die aus der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO vor (BGE 85 I 1 E. 3; BGE 138 III 672 E. 4.2.1; OGer PC130062 vom

29. Januar 2014 E. II.4.1; BK ZPO I-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117 bis 123 N 49; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 5). Nach der Rechtsprechung darf von der anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Auf diese Weise kann das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen, womit sichergestellt ist, dass die Beurteilung, ob ein Vorschuss zu leisten ist, nicht der (antizipierten) Beurteilung durch die Partei überlassen wird. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Berufungsverfahren ist vor diesem Hintergrund ohne weiteres abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung des Gesuchsgegners wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 500.– Zeugenentschädigung.
4. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden Rechtsanwalt X. _____ auferlegt.
5. Rechtsanwalt X. _____ wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. März 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
sf