

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180071-O/U

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

Beschluss vom 25. März 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 21. November 2018 (EE180143-K)**

Erwägungen:

1.1 Am 18. September 2018 ging bei der Vorinstanz das Begehren um Anordnung von Eheschutzmassnahmen der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) ein (Urk. 1 – Urk. 3/1-7). Anlässlich der Verhandlung vom 19. November 2018 schlossen die Parteien folgende Vereinbarung (Urk. 11):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Die eheliche Wohnung an der C. _____-strasse ... in D. _____ sei samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
3. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens 31. März 2019 zu verlassen und der Gesuchstellerin sämtliche in seinem Besitz befindlichen Schlüssel (Wohnungs-, Haus-, Keller- und Briefkastenschlüssel) auszuhandigen.
4. Es sei vorzumerken, dass sich die Parteien über die Aufteilung von Hausrat und Mobiliar während der Dauer des Getrenntlebens aussergerichtlich einigen.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'200.– zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus erstmals ab dem Auszug des Gesuchsgegners aus der ehelichen Wohnung.
6. Es sei vorzumerken, dass sich die Parteien darüber einig sind, dass die Kosten während der Dauer des Zusammenlebens wie bis anhin beglichen werden und dass beide Parteien das Geld, welches sie benötigen, von den Konti beziehen können.
7. Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen:

(netto pro Monat)

Gesuchstellerin: selbständig	Fr.	458.–;
Gesuchsgegner: AHV-Rente	Fr.	2'350.–;
Gesuchsgegner: BVG-Rente	Fr.	3'496.–.

Vermögen:

Es besteht kein für die Unterhaltspflicht relevantes Vermögen.

Familienrechtlicher Bedarf:

Gesuchstellerin: Fr. 3'100.-;
Gesuchsgegner: Fr. 3'400.-.

8. Es sei vorzumerken, dass das Auto Opel Astra für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur Benützung zuzuweisen sei.
9. Die Kosten übernehmen die Parteien je zur Hälfte.

Verlangt eine der Parteien die Ausfertigung eines schriftlich begründeten Entscheids, ersetzt sie der Gegenpartei die ihr daraus entstehenden Mehrkosten.
10. Beide Parteien verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung."

Hierauf entschied die Vorinstanz mit Urteil vom 21. November 2018 un begründet wie folgt (Urk. 12 S. 2 ff.):

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Die eheliche Wohnung an der C.____-strasse ... in D.____ wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die eheliche Wohnung bis spätestens 31. März 2019 zu verlassen und der Gesuchstellerin sämtliche in seinem Besitz befindlichen Schlüssel (Wohnungs-, Haus-, Keller- und Briefkastenschlüssel) auszuhandigen.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Parteien über die Aufteilung von Hausrat und Mobiliar während der Dauer des Getrenntlebens aussergerichtlich einigen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 2'200.- zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus erstmals ab dem Auszug des Gesuchsgegners aus der ehelichen Wohnung.
6. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Parteien darüber einig sind, dass die Kosten während der Dauer des Zusammenlebens wie bis anhin beglichen werden und dass beide Parteien das Geld, welches sie benötigen, von den Konti beziehen können.
7. Diesem Urteil liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen:

(netto pro Monat)

Gesuchstellerin: selbständig	Fr.	458.-;
Gesuchsgegner: AHV-Rente	Fr.	2'350.-;
Gesuchsgegner: BVG-Rente	Fr.	3'496.-.

Vermögen:

Es besteht kein für die Unterhaltspflicht relevantes Vermögen.

Familienrechtlicher Bedarf:

Gesuchstellerin:	Fr.	3'100.-;
Gesuchsgegner:	Fr.	3'400.-.

8. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Auto Opel Astra für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur Benützung zugewiesen wird.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.-. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Verzichten die Parteien auf eine Begründung des Entscheids, wird die Entscheidgebühr auf zwei Drittel ermässigt.
10. Die Kosten des unbegründeten Entscheids werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.
11. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf eine Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
12. (Schriftliche Mitteilung.)
13. (Rechtsmittelbelehrung: Frist zum Verlangen einer Begründung: 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.2 Mit Schreiben vom 30. November 2018 reichte der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) ein Gesuch um Wiedererwägung/Abänderung bei der Vorinstanz ein (Urk. 14). Hierauf teilte die zuständige Einzelrichterin dem Gesuchsgegner mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 mit, sein Gesuch werde als Begehren um Begründung des Urteils entgegengenommen; seine Anträge könne er in der Folge im Rechtsmittelverfahren vorbringen. Nach Erhalt der schriftlichen Urteilsbegründung könne er innert 10 Tagen Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich erheben (Urk. 15).

1.3 In der Folge erging das begründete Urteil, welches folgende Rechtsmittelbelehrung enthält (Urk. 16 S. 6 Dispositivziffer 13):

"13. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

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

1.4 Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 21. Dezember 2018 (Datum Poststempel: 22. Dezember 2018, eingegangen am 27. Dezember 2018) innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 18 S. 1):

- "1. Neubeurteilung der Zahlungspflicht / Unterhalt; neu Fr. 1100.--
2. Neubeurteilung des Auszugstermin, frühestens 30. Juni, spätestens 30. Sept. 2019"

2. Der Gesuchsgegner bringt vor, die Gesuchstellerin besitze ein Bargeldvermögen von Fr. 150'000.--. In diesem Vermögen sei eine Erbschaft von Fr. 60'000.-- enthalten. Für das Zusammenleben habe sie von ihrem Vermögen nie etwas beitragen müssen. Entsprechend könne sie nun Verantwortung tragen und von diesem Ersparten zu ihrem Lebensunterhalt beitragen. Dies reiche sicherlich, bis sie in zwei Jahren die AHV-Rente erhalte. Er selber könne auch nicht von Fr. 3'400.-- leben. Es sei nicht einsichtig, aus welchen Gründen das Vermögen nicht angetastet werden dürfe, wie dies die Vorderrichterin ausgeführt habe. So werde auch er von seinem Vermögen zehren müssen, um nicht als "armgnösig" dazustehen. Weiter bringt der Gesuchsgegner vor, dass er mehr Zeit für den Auszug aus der ehelichen Wohnung benötige, da er derzeit – nebst anderen Aufgaben – in seiner Tätigkeit als Präsident des ...-vereins D._____ sehr eingespannt sei (Urk. 18 S. 1 ff.).

3.1 Das Bundesgericht erwog in BGE 139 III 133 das Folgende: Ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug habe die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (unter Hinweis auf Art. 241 Abs. 2 ZPO). Das Gericht schreibe das Verfahren ab (unter Hinweis auf Art. 241 Abs. 3 ZPO). Bei einem

Abschreibungsbeschluss im Sinne von Art. 241 Abs. 3 ZPO handle es sich um einen rein deklaratorischen Akt, weil bereits der Vergleich als solcher den Prozess unmittelbar beende. Der Abschreibungsbeschluss beurkunde den Prozess erledigungsvorgang im Hinblick auf die Vollstreckung des Vergleichs, erfolge aber abgesehen davon der guten Ordnung halber, d.h. zum Zwecke der Geschäftskontrolle. Gegen den Abschreibungsbeschluss als solchen stehe kein Rechtsmittel zur Verfügung. Der Abschreibungsbeschluss bilde mithin kein Anfechtungsobjekt, das mit Berufung oder Beschwerde nach ZPO angefochten werden könnte. Lediglich der darin enthaltene Kostenentscheid sei anfechtbar (unter Hinweis auf Art. 110 ZPO). Der gerichtliche Vergleich selbst habe zwar die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (unter Hinweis auf Art. 241 Abs. 2 ZPO), könne aber einzig mit Revision nach ZPO angefochten werden (unter Hinweis auf Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). In Bezug auf materielle oder prozessuale Mängel des Vergleichs sei die Revision mithin primäres und ausschliessliches Rechtsmittel. Gegen einen Vergleich würden weder die Berufung noch die Beschwerde nach ZPO offen stehen (BGE 139 III 133 E. 1.1 bis 1.3 m.w.H.).

In seinem Entscheid vom 24. November 2015 bekräftigte das Bundesgericht seine diesbezügliche Rechtsprechung und hielt Folgendes fest: Da der Prozess durch Vergleich, Klagerückzug oder Klageanerkennung unmittelbar beendet werde, richteten sich Revisionsgründe gegen diese Dispositionsakte der Parteien, wobei vorab Willensmängel in Frage kommen würden. Beim Abschreibungsbeschluss handle es sich nicht um einen Entscheid, der mit Rechtsmitteln angefochten werden könne; insbesondere auch nicht um einen Entscheid, der mit Revision angefochten werden könnte. Anfechtungsgegenstand der Revision bilde der Dispositionsakt der Parteien, nicht der verfahrensbeendende Abschreibungsbeschluss des Gerichts. Dass dieser Beschluss mittelbar mitangefochten werde und formell aufgehoben werden müsse, damit das Verfahren wiederaufgenommen werden könne, ändere daran nichts (BGer 4A_441/2015 vom 24. November 2015, E. 3.2 m.w.H.).

3.2 Die Parteien haben vor Vorinstanz schriftlich eine Trennungsvereinbarung abgeschlossen (Urk. 11). Dabei unterlagen sämtliche Punkte der Dispositi-

onsmaxime und damit der freien Verfügungsgewalt der Parteien. Demzufolge bedurfte die Vereinbarung keiner schriftlichen Genehmigung und war lediglich unter dem Gesichtspunkt von Willensmängeln zu prüfen (ZR 103 [2004] Nr. 22). Entsprechend liegt ein rechtskräftiger Vergleich vor, welcher das Verfahren unmittelbar beendete. Demgemäss hätte die Vorinstanz das Verfahren abschreiben müssen; sie war – nachdem die Parteien die besagte Vereinbarung geschlossen hatten – nicht mehr befugt, einen Entscheid wie den Vorliegenden zu fällen. Allein der Umstand, dass das Dispositiv nun aber nicht als Abschreibungsentscheid abgefasst ist, vermag an der Tatsache, dass zur Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs lediglich die Revision gegeben ist, nichts zu ändern. So vermag dieser Umstand kein Rechtsmittel zu schaffen, das nicht zur Verfügung steht. Demzufolge kann auch der vorliegende Vergleich – ungeachtet der fehlerhaften Erledigung des Verfahrens – allein unter den Voraussetzungen der Revision nach Art. 328 ff. ZPO angefochten werden (vgl. BSK ZPO-Siehr/Bähler, Art. 273 N 6; ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 273 N 30). Entsprechend ist auf die Berufung nicht einzutreten. Offenbleiben kann vorliegend die Frage, ob die Vorinstanz bereits das Gesuch des Gesuchsgegners um Wiedererwägung/Abänderung vom 30. November 2018 (Urk. 14) als Revision hätte entgegennehmen müssen. Sollte der Gesuchsgegner sein Revisionsbegehren (erneut) einreichen, wird die Vorinstanz diese Frage mit Blick auf die Frage der Rechtzeitigkeit zu prüfen haben.

3.3 Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4.1 Die Vorinstanz hat als Rechtsmittel die Berufung belehrt. Dies ist – wie soeben ausgeführt – unzutreffend, da gegen den vorliegenden Entscheid lediglich die Revision möglich ist. Da es sich beim Gesuchsgegner um eine nicht anwaltlich vertretene, rechtsunkundige Partei handelt, ist deren Vertrauen in eine falsche Rechtsmittelbelehrung zu schützen (BGE 135 III 374 Erw. 1.2.2.1 mit Verweis auf BGE 134 I 199 Erw. 1.3.1; BGE 129 II 125 Erw. 3.3, mit je weiteren Hinweisen; ZK ZPO-D. Staehelin Art. 238 N 27). Aus den massgeblichen Gesetzesbestimmungen geht nicht eindeutig hervor, dass in der vorliegenden Fallkonstellation lediglich das Rechtsmittel der Revision gegeben ist. Entsprechend aber war die Un-

richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung für den Gesuchsgegner nicht leicht ersichtlich, weshalb ihm hieraus kein Nachteil erwachsen darf. Erschwerend kam hinzu, dass ihm die Vorinstanz fälschlicherweise die Möglichkeit einer Berufung zusätzlich mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 in Aussicht stellte. Entsprechend würde es sich rechtfertigen, die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren dem Kanton aufzuerlegen; damit sind keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO und § 200 lit. a GOG).

4.2 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren und dem Gesuchsgegner infolge seines Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin mit je einer Kopie der Urk. 18, Urk. 20 und Urk. 21/1-2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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, 25. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
sf