

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LP110003-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. H. Dubach

## Beschluss vom 12. Dezember 2012

in Sachen

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

Kläger und Rekurrent

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

gegen

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

Beklagte und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz (Nichtigkeit einer Verfügung)**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 18. Oktober 2010  
(EE100375)**

**Erwägungen:**

**I.**

1. 1. Die Parteien heirateten am tt. April 1998. Ein erstes Eheschutzverfahren vor der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, wurde am 25. Juni 2008 eingeleitet und mit Verfügung vom 4. August 2008 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben (Geschäfts-Nr. EE080367). Anfangs 2009 zog der Kläger und Rekurrent (nachfolgend: Kläger) nach C. \_\_\_\_\_ [Land in Südamerika]. Mit Eingabe vom 8. Februar 2009 machte die Beklagte und Rekursgegnerin (nachfolgend: Beklagte) ein zweites Eheschutzbegehren bei der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, anhängig (Geschäfts-Nr. EE090053). Mit Verfügung der damaligen Eheschutzrichterin vom 18. Februar 2009 wurde der Kläger unter anderem aufgefordert, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (Urk. 12/14). Der Kläger macht nun geltend, dass ihm diese Verfügung nie zugestellt worden sei. Er habe vom Verfahren keine Kenntnis gehabt. Die Eheschutzrichterin ging demgegenüber offensichtlich davon aus, dass die Zustellung gültig erfolgt war und weitere Zustellungen an den Kläger unterbleiben könnten (vgl. Urk. 12/20). Nachdem dieser nicht zur Eheschutzverhandlung erschienen war (Prot. EE090053 S. 6 und 16), nahm die Eheschutzrichterin mit Verfügung vom 17. September 2009 vom Getrenntleben der Parteien Vormerk und regelte die Nebenfolgen; unter anderem verpflichtete sie den Kläger zu Unterhaltszahlungen. Die Eheschutzverfügung wurde dem Kläger "zuhanden der Akten" mitgeteilt (Urk. 12/26). Bereits am 21. Oktober 2009 holte der Kläger – der nun offenbar doch noch Kenntnis vom Verfahren erlangt hatte – die Verfügung vom 17. September 2009 persönlich am Bezirksgericht Zürich ab (vgl. die nicht akturierte Aktennotiz in Urk. 12, nach Urk. 12/29).

2. Mit Eingabe vom 18. August 2010 (Poststempel: 3. September 2010) machte der Kläger bei der Vorderrichterin folgendes Rechtsbegehren anhängig (Urk. 11/2 S. 2):

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Verfügung vom 17.09.2009 dahingefallen ist, weil in D.\_\_\_\_\_ [Stadt in C.\_\_\_\_\_] zwischen beiden Parteien ein Trennungs- und ein Scheidungsverfahren hängig sind, wobei im gerichtlichen Trennungsverfahren bereits entsprechende vorsorgliche Massnahmen gefällt worden sind, und beide Parteien durch eigene Rechtsanwälte vertreten sind;
2. Es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 17.09.2009 unter Vorspiegelung von falschen Tatsachen durch die Klägerin erwirkt worden ist, was einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt;
3. Es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 17.09.2009 nichtig ist, weil der Beklagte nicht rechtsgültig vorgeladen worden ist und sie hinsichtlich der festgesetzten Unterhaltsbeiträge unter Nichtbeachtung der früheren Rechtshängigkeit einer Alimenterklage in C.\_\_\_\_\_ erlassen worden ist."

Mit Verfügung vom 18. Oktober 2010 trat die Vorderrichterin nicht auf das Begehren ein (Urk. 11/4 = 3). Zwischenzeitlich war die Ehe der Parteien mit Urteil eines Gerichts in C.\_\_\_\_\_ vom tt. Oktober 2010 geschieden worden (Urk. 33/14). Die Nichteintretensverfügung der Vorderrichterin konnte dem Kläger am 24. Januar 2011 via Rechtshilfeweg in C.\_\_\_\_\_ zugestellt werden (vgl. nicht akturiertes Erledigungsprotokoll in Urk. 11, zuvorderst).

3. Mit einer als Rekurs bezeichneten Eingabe vom 1. Februar 2011 (dem Schweizerischen Generalkonsulat in D.\_\_\_\_\_ übergeben am 2. Februar 2011) gelangte der Kläger an das Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 2). Mit Verfügung vom 1. März 2011 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen und eine Kautionsleistung zu leisten. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, seine Rekurseingabe zu verbessern und konkrete Rekursanträge zu stellen (Urk. 13). Davor und danach gingen diverse weitere Eingaben des Klägers ein (Urk. 8, 17, 20 und 23, je mit Beilagen). Die Verfügung vom 1. März 2011 wurde dem Kläger auf dem Rechtshilfeweg übermittelt und konnte ihm ein Jahr später, am 1. März 2012, zugestellt werden (Urk. 34). Mit Eingabe vom 8. März 2012 (Urk. 26) legitimierte sich Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als Rechtsvertreterin des Klägers (vgl. die Vollmacht, Urk. 27). Mit dieser Eingabe wurde mitgeteilt, dass Zustellungen an die Rechtsvertreterin erfolgen können. In-nerst erstreckter Frist leistete der Kläger die ihm auferlegte Kautionsleistung (Urk. 29) und stellte mit Eingabe vom 21. März 2012 folgende konkreten Rekursanträge (Urk. 31 S. 2):

- "1. Die Verfügung vom 18. Oktober 2010 (EE100375) sei aufzuheben.
2. Die Verfügung vom 17. September 2009 (E090053) sei nichtig zu erklären.
3. [...]
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Rekursgegnerin."

In prozessualer Hinsicht beantragte der Kläger die Rückerstattung der von ihm geleisteten Kautions. Nachdem die Frist zur Rekursantwort bereits einmal erstreckt worden war (Urk. 35 und 36), wurde das Verfahren mit Verfügung vom 3. September 2012 auf Ersuchen beider Parteien hin (Urk. 39 und 40) bis zum 30. September 2012 sistiert. Die Frist zur Beantwortung des Rekurses wurde der Beklagten abgenommen (Urk. 41). Die Parteien wollten Vergleichsgespräche führen, scheiterten aber offenbar. Am 28. September 2012 reichte die Beklagte unaufgefordert die Rekursantwort ein (Urk. 42). Sie beantragt darin, den Rekurs vollumfänglich abzuweisen, eventualiter die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (S. 2). Die Eingabe wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 45).

## II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Unter Eröffnung ist der Tag der Postaufgabe (zu ergänzen: durch das Gericht) zu verstehen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 2010). Vorliegend hat die Vorderrichterin am 8. Dezember 2010 sämtliche für den Versand notwendigen Handlungen vorgenommen. Nach dem 13. Dezember 2010 befanden sich die zuzustellenden Unterlagen nicht mehr in gerichtlichem Einflussbereich. Demnach wurde die Verfügung vom 18. Oktober 2010 noch im Jahr 2010 eröffnet, weshalb das Rechtsmittelverfahren unter der Herrschaft des bisherigen kantonalen Verfahrensrechts (ZPO/ZH, GVG/ZH) steht.

2. Der Kläger beantragt die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides als Ganzes. In Bezug auf seine Rechtsbegehren 1 und 2 stellt er jedoch auch in

der verbesserten Rekurseingabe (Urk. 31) keine konkreten Anträge. Insofern ist auf den Rekurs nicht einzutreten.

### III.

1. Gegen den fraglichen Eheschutzentscheid vom 17. September 2009 war der Rekurs zulässig (§ 272 Abs. 1 ZPO/ZH). Als der Kläger den Entscheid am 21. Oktober 2009 persönlich entgegennahm, war die Frist von zehn Tagen zur Rekuserhebung (§ 276 ZPO/ZH) nur scheinbar abgelaufen. Folgte man der Argumentation des Klägers, so wäre ihm der Entscheid gar nicht ordnungsgemäss zugestellt worden. Die Rekursfrist hätte für den Kläger somit erst ab der tatsächlichen Entgegennahme zu laufen begonnen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, vor § 259 ff. ZPO/ZH N 7c). Folgerichtig wäre Rekurs zu erheben gewesen. Im Rekursverfahren hätte der Kläger die angebliche Nichtigkeit des Entscheides geltend machen und dessen Aufhebung beantragen können. Allenfalls denkbar gewesen wäre – allerdings mit anderer Begründung – auch die nachträgliche Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde wegen verspätet erlangter Kenntnis eines Nichtigkeitsgrundes (§ 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO/ZH).

2. Der Kläger hat es nun aber versäumt, den fraglichen Entscheid mit einem Rechtsmittel anzufechten. Wie andere Mängel werden grundsätzlich auch Nichtigkeitsgründe unbeachtlich, wenn sie nicht rechtzeitig durch ein Rechtsmittel gerügt werden (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 22). Dies ist lediglich dann nicht der Fall, wenn der Mangel derart schwer wiegt, dass er zur absoluten Nichtigkeit eines Entscheides führt. Die Nichtigkeit eines Entscheides ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (statt vieler BGE 137 III 226 E. 2.4.3). Solche Entscheide sind schlechthin unwirksam; sie sind der Vollstreckung nicht zugänglich bzw. entfalten keine Gestaltungswirkung (vgl. Imboden, Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944, S. 46; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel 1990, Rz. 458; kri-

tisch zur Theorie der absoluten Nichtigkeit im Zivilprozessrecht: BSK-Oberhammer, vor Art. 236-242 ZPO N 10 ff.).

3. Der Kläger verlangt nun die autoritative Feststellung, dass die Eheschutzverfügung vom 17. September 2009 nichtig sei. Es stellt sich daher die Frage, ob die Nichtigkeit im Rahmen einer eigenständigen Klage hauptfrageweise festgestellt werden kann. Die Vorderrichterin wies an sich zu Recht darauf hin, dass die Nichtigkeit auch noch im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden könne (BGE 129 I 363 E. 2; vgl. bezüglich der nicht gehörigen Vorladung im internationalen Verhältnis auch Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG bzw. für das ... Recht [Recht in C.\_\_\_\_\_] Art. 483 CPC in Verbindung mit Art. 217 Ziff. II der Geschäftsordnung des Supremo Tribunal Federal). Im Vollstreckungsverfahren wird die Nichtigkeit allerdings nur vorfrageweise geprüft, was nicht zu einer materiell rechtskräftigen Erledigung der Frage führen kann. Ob bereits die Möglichkeit der vorfrageweisen Geltendmachung im Vollstreckungsverfahren die Feststellungsklage ausschliesst (so Walther, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, in: SZZP 2/2005 S. 207 ff., S. 209), kann hier offen bleiben. Sofern nämlich der entsprechende Nichtigkeitsgrund wie vorliegend mit einem Rechtsmittel hätte vorgebracht werden können, besteht klarerweise kein Interesse an einer entsprechenden selbständigen Feststellungsklage, zumal auf diese Weise die Fristgebundenheit des Rechtsmittels umgangen werden könnte (vgl. Walther, a.a.O., S. 208). Ein weiteres Argument für die Nichtzulassung der selbständigen Klage auf Feststellung der Nichtigkeit findet sich bei Walder: Eine solche Feststellungsklage rief auch nach einer gegenteiligen Klage. Falls dem so wäre, so könnte aber durch ein neues Urteil eines anderen Gerichts das "Nichturteil" zum Urteil, das Urteil zum "Nichturteil" werden. Dass das wiederum nicht sein könne, leuchte ein (Walder, Zur Bedeutung des Begriffes absolut nichtiger Urteile im Lichte der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtslehre, in: FS Habscheid, Bielefeld 1989, S. 335 ff., S. 344).

4. Nach dem Gesagten fehlt vorliegend das Rechtsschutzinteresse an der selbständigen Feststellung der Nichtigkeit. Auf die Klage wurde zu Recht nicht

eingetreten (§ 59 ZPO/ZH). Der Rekurs ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### IV.

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH; § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Mit der Eheschutzverfügung vom 17. September 2009, deren Nichtigkeit der Kläger feststellen lassen möchte, wurden unter anderem Kinderbelange geregelt. Auch die vorliegende Streitigkeit ist daher als nicht vermögensrechtliche anzusehen. Die Gerichtsgebühr für das Rekursverfahren ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 4 Abs. 3, 5 Abs. 1, 7 und 10 Abs. 1 aGerGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Prozessentschädigung für das Rekursverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 3 Abs. 5, 4 Abs. 3 und 7 aAnwGebV auf Fr. 2'000.– zu veranschlagen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist mangels Antrags nicht geschuldet.

2. Der Antrag des Klägers auf Rückerstattung der von ihm geleisteten Kauti- on wird mit dem heutigen Endentscheid hinfällig. Die Kauti- on ist zunächst für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung zu verwenden. Dem Kläger ent- steht dadurch kein Nachteil. Der verbleibende Überschuss wird dem Kläger ohne- hin zurückzuerstatten sein, sofern die Gerichtskasse nicht Verrechnung mit allfäl- ligen Forderungen aus früheren Verfahren geltend macht.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr für das Rekursverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.–. Die Dolmetscherkosten betragen Fr. 525.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Kläger auferlegt und mit der von ihm geleisteten Kauti- on verrechnet.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Beklagten aus der vom Kläger geleisteten Kautionsleistung ausgerichtet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, 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 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.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:  
se