

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130011-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
K. Montani Schmidt

Beschluss vom 5. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht
Zürich, 8. Abteilung, vom 25. März 2013 (FE111169-L)**

Rechtsbegehren:

(act. 3 S. 2, act. 445 S. 7, sinngemäss)

1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zur Abgeltung der güterrechtlichen Ansprüche Fr. 918'000.00 zu bezahlen, zahlbar innert 14 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils.
3. Eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine lebenslängliche Rente von Fr. 3'500.00 p.M. zu bezahlen, und zwar gemäss Art. 126 Abs. 2 ZGB in Form einer Abfindung im Betrag von Fr. 900'000.00.
4. Die C. _____ Bank, D. _____, sei anzuweisen, nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils die im Depot Nr. ... des Beklagten befindlichen Wertschriften zu veräussern und aus dem Verkaufserlös sowie von den dort bestehenden Konti (CHF-Privatkonto Nr. ..., US-Dollar Konto Nr. ... sowie Euro-Konto Nr. ...) dem Rechtsvertreter zuhanden der Klägerin insgesamt Fr. 918'000.00 (netto), bei Gutheissung des Eventualantrages Fr. 900'000.00 (netto, ohne Abzug von Spesen), zuzüglich die zuzusprechende Prozessentschädigung, auszusahlen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (je zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten.

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 25 März 2013:

(Urk. 456 S. 49 ff.)

"Es wird verfügt:

1. Das Begehren des Beklagten um Abänderung der Ziff. 2 des Entscheids über vorsorgliche Massnahmen vom 16. Mai 2007 wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis an die Parteien.

Es wird erkannt:

1. Es wird Vormerk genommen, dass die Ehescheidung der Parteien gemäss Urteil vom 14. Dezember 2009, Dispositivziffer 1, sowie gemäss Beschluss des Obergerichts vom 13. Oktober 2010, Dispositivziffer 1, bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin aus Güterrecht den Betrag von CHF 918'000.00 zu bezahlen.
3. Vom gegenseitigen Verzicht auf Unterhaltszahlungen wird Vormerk genommen.
4. Die Bank C._____, Niederlassung D._____, ... [Adresse], wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids und vor Aufhebung der Verfügungssperre betreffend die bei ihr unter der Chiffre Nr. ... für den Beklagten gehaltenen Konti und Depots die im Depot Nr. ... des Beklagten gehaltenen Wertschriften zu veräussern und aus dem Verkaufserlös sowie von den bei der C._____ Bank D._____ bestehenden Konti (CHF-Privatkonto Nr. ..., US-Dollar-Konto Nr. ... sowie Euro-Konto Nr. ...) der Klägerin den Betrag von CHF 918'000.00 auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto auszusahlen. Sollte der Saldo der Vermögenswerte hierzu nicht ausreichen, ist ein Teilbetrag in der Höhe des vorhandenen Vermögenssaldos zu überweisen.
5. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird auf CHF 29'000.00 festgesetzt. Die Barauslagen betragen Fr. 1'310.- (Übersetzerkosten). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Gerichtskosten, inklusive der Kosten des obergerichtlichen Berufungsverfahrens, werden dem Beklagten auferlegt.
7. Die Bank C._____, Niederlassung D._____, ... [Adresse], wird weiter angewiesen, nach Auszahlung des unter Ziff. 4 genannten Betrages an die Klägerin, jedoch vor Aufhebung der Konto- und Depotsperre, den Betrag von CHF 55'138.30 (zusammengesetzt aus CHF 29'000.00 Gerichtsgebühr Scheidungsverfahren, CHF 4'500.00 Gerichtsgebühr Berufungsverfahren sowie CHF 3'172.15 und CHF 18'466.15 Honorar Rechtsbeistände E._____ und F._____) zu Handen der Bezirksgerichtskasse zu überweisen. Sollte der Saldo der Vermögenswerte hierzu nicht ausreichen, ist ein Teilbetrag in der Höhe des vorhandenen Vermögenssaldos zu überweisen.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren von CHF 32'564.00 (Mehrwertsteuer eingerechnet) zu bezahlen.

Die Bank C._____, Niederlassung D._____, ... [Adresse], wird hierzu angewiesen, nach Auszahlung der unter Ziff. 4 und 7 genannten Beträge, jedoch vor Aufhebung der Konto- und Depotsperre, den Betrag von CHF 32'564.00 (Prozessentschädigung) an die Klägerin auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto auszusahlen. Sollte der Saldo der Vermögenswerte hierzu nicht ausreichen, ist ein Teilbetrag in der Höhe des vorhandenen Vermögenssaldos zu überweisen.
9. (Schriftliche Mitteilung).
10. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist: 30 Tage, kein Hinweis auf Fristenstillstand).

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 455 S. 2):

"Sodann sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abt., vom 25. März 2013 (Geschäfts Nr. FE111169-L/U) betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 16. Mai 2007 aufzuheben und in der Folge seien die erwähnten vorsorglichen Massnahmen wie folgt abzuändern:

"Dem Beklagten wird – in teilweiser Abänderung von Dispositiv Ziffer 7 der Verfügung der Einzelrichterin vom 14. Januar 2003 (Proz. Nr. EE020268), sowie in teilweiser Abänderung von Dispositiv Ziffer 2 der Verfügung der Einzelrichterin vom 16. Mai 2007 (Proz. Nr. FE050668) – verboten bis zum Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder bis zum schriftlich erklärten Einverständnis der Klägerin über unter der Chiffre Nr. ... für den Beklagten gehaltenen Konti und Depots bei der C._____ Bank, Niederlassung D._____, ... [Adresse], insbesondere CHF-Konto Nr. ... und Depot Nr. ... zu verfügen und zwar bis zum Betrag von Fr. 1'453'393.–. Von dieser Kontosperrung sind allfällige Kautionen, welche der Beklagte an schweizerische Gerichte im Zusammenhang mit dem laufenden Scheidungsverfahren stehen, sowie die Bezahlung von unbedingten Geldstrafen und vom Beistand bestätigter Anwaltsrechnungen für das laufende Ehescheidungsverfahren, ausgenommen."

Erwägungen:

1. Die Parteien befinden sich seit dem 19. Mai 2005 im vorliegenden Scheidungsverfahren (Urk. 1 ff.). Für die Prozessgeschichte kann auf die ausführliche Darstellung der Vorinstanz im begründeten Entscheid vom 25. März 2013 verwiesen werden (Urk. 456 S. 3-9). Mit Verfügung vom 25. März 2013 wies die Vorinstanz das Begehren des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) um Abänderung der Ziffer 2 des Entscheids betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 16. Mai 2007 ab (Urk. 456 S. 49).

2.1 Hiergegen hat der Beklagte mit Schreiben vom 21. Mai 2013 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 23. Mai 2013) Berufung mit vorgenanntem Antrag erhoben (Urk. 456 S. 2).

2.2 Auf das Einholen einer Stellungnahme der Vorinstanz wurde verzichtet (Art. 324 ZPO).

3. Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen war das vorinstanzliche Verfahren nach den bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) zu führen, während für die Zulässigkeit und das Verfahren von Rechtsmitteln, mithin auch für das vorliegende Berufungsverfahren, das neue Recht zur Anwendung kommt (Art. 404 f. ZPO).

4.1 Die Vorinstanz belehrte hinsichtlich des von ihr abgewiesenen Begehrens um Abänderung vorsorglicher Massnahmen kein Rechtsmittels, sondern hielt lediglich fest, dass der Entscheid mit nachfolgendem Erkenntnis schriftlich mitgeteilt werde. Hinsichtlich des Erkenntnisses belehrte sie die Berufung, welche innert einer Frist von 30 Tagen zu erheben sei (Urk. 456 S. 50 f.).

4.2.1 Diese Rechtsmittelbelehrung ist vorliegend für den Massnahmeentscheid nicht korrekt. Für vorsorgliche Massnahmen – wie auch für deren Abänderung – findet sowohl nach der zürcherischen wie auch der schweizerischen Zivilprozessordnung das summarische Verfahren Anwendung (Art. 137 ZGB i.V.m. § 215 lit. b Ziff. 7 ZPO/ZH, Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ZPO). Wie erwähnt findet für das Rechtsmittelverfahren – und damit auch für die Frage der Rechtsmittelfrist – die schweizerische Zivilprozessordnung Anwendung. Nach Art. 314 Abs. 1 ZPO beträgt die Berufungsfrist gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid 10 Tage. Dementsprechend betrug vorliegend die Frist zum Erheben der Berufung nicht 30 Tage, sondern 10 Tage.

4.2.2 Nachdem der Beklagte den angefochtenen Entscheid am 18. April 2013 entgegengenommen hatte, lief die 10-tägige Frist am 29. April 2013 – selbst unter Berücksichtigung des nicht angezeigten fehlenden Fristenstillstandes (Art. 145 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO) – ab. Damit ist die am 21. Mai 2013 der Schweizerischen Post übergebene Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 25. März 2013 verspätet (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

4.3.1 Fraglich ist, ob die Partei die Folgen aus der hier erfolgten fehlenden bzw. falschen Rechtsmittelbelehrung zu tragen hat. Die Rechtsprechung zu Art. 49 BGG und Art. 5 Abs. 3 BV lautet dahingehend, dass der Vertrauensschutz,

wonach einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen darf, nur derjenige beanspruchen darf, der sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Insbesondere gilt kein Vertrauensschutz, wenn der Mangel der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtssuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter schon durch Konsultieren der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre. Sodann ist eine anwaltlich vertretene Partei einer rechtsunkundigen oder auch nicht rechtskundig vertretenen Partei nicht gleichzustellen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1 mit Verweis auf BGE 134 I 199 E. 1.3.1, BGE 129 II 125 E. 3.3, mit je weiteren Hinweisen; D. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 27 zu Art. 238 ZPO; BK ZPO-Hurni, Bern 2013, Art. 52 N 25; Göksu in: DIKE-Komm.-ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 52 N 14 ff.).

4.3.2 Vorliegend geht aus den massgeblichen Bestimmungen im Gesetz (Art. 314 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO und Art. 271 ZPO) hervor, dass ein Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen bzw. Abänderung solcher summarischer Natur ist, welcher mit Berufung innert 10 Tagen anfechtbar ist. Entsprechend hätte die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung für den anwaltlich vertretenen Beklagten erkannt werden können, und der Vertrauensschutz greift vorliegend nicht.

4.4 Damit ist die Berufung als verspätet zu betrachten, weshalb nicht darauf einzutreten ist.

5.1 Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 1'200.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2 Der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) ist mangels relevanter Umtriebe im vorliegenden 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.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 455, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
dz