

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150051-O/U

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

Beschluss vom 3. Dezember 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Eheungültigkeit (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 5. August 2015
(FE150134-L)**

Erwägungen:

1.1 Die Parteien stehen seit dem 27. Februar 2015 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (Urk. 7/1). Mit Verfügung vom 5. August 2015 entschied die Vorinstanz über die von der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagten) beantragten vorsorglichen Massnahmen wie folgt (Urk. 7/55 S. 21 f.):

1. Das Begehren der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 20'000.– wird abgewiesen.
2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Verfahrens betreffend Ungültigkeit der Ehe, eventualiter Ehescheidung, rückwirkend ab 1. Juni 2015 bis 29. Februar 2016 Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'390.– im Monat zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Das Begehren der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen wird mit Bezug auf den Zeitraum ab 1. März 2016 abgewiesen.

3. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 2 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:
 - Erwerbseinkommen Kläger (inkl. 13. Monatslohn und Bonus, zuzüglich Familien- und Ausbildungszulagen für die voreheliche Tochter): Fr. 14'930.– netto;
 - Erwerbseinkommen Beklagte (inkl. 13. Monatslohn): bis 29. Februar 2016 Fr. 0.–, ab 1. März 2016 bei einer Erwerbstätigkeit von 100 % Fr. 5'000.– netto;
 - Bedarf Kläger: Fr. 7'990.–;
 - Bedarf Beklagte: Fr. 1'620.–.
4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO und sofortige Vollstreckbarkeit nach Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO).

1.2 Mit einer weiteren Verfügung, welche gleichentags ergangen ist, wurde dem Kläger Frist bis zum 21. August 2015 angesetzt, um schriftlich mitzuteilen, ob er mit seinem Schreiben vom 10. Juli 2015 ein Ausstandsgesuch gegen Bezirksrichterin lic. iur. C._____ stelle (Urk. 7/56).

1.3 In der Folge richtete sich der Kläger mit Schreiben vom 18. August 2015 (Datum Poststempel: 21. August 2015, eingegangen bei der Vorinstanz am

24. August 2015) unter Beilage weiterer Unterlagen an die Vorinstanz. Dieses Schreiben enthielt die Überschrift "Ausstandsgesuch und Einspruchpunkte" (Urk. 7/58 = Urk. 1; Urk. 7/59/1-36). Mit Schreiben vom 3. Oktober 2015 gelangte der Kläger erneut an die Vorinstanz; dieses Schreiben enthielt die Überschrift "Ausstehende Einsprache" (Urk. 7/64 = Urk. 3). Mit Schreiben vom 5. Oktober 2015 leitete die Vorinstanz die Akten weiter und hielt fest, dass aus dem Schreiben des Klägers vom 3. Oktober 2015 hervorgehe, dass dieser mit seinem früheren Schreiben vom 5. August 2015 offenbar betreffend vorsorgliche Massnahmen ein Rechtsmittel habe erheben wollen (Urk. 7/66). Dieses Schreiben ging in Kopie u.a. an den Kläger (Urk. 7/66 S. 2; Urk. 67/1).

1.4 Da nicht klar war, ob der Kläger mit seinem Schreiben vom 18. August 2015 Berufung gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 5. August 2015 betreffend vorsorgliche Massnahmen erheben, oder ob er lediglich seinen Unmut kundtun bzw. ein Wiedererwägungsgesuch bei der Vorinstanz stellen wollte, wurde dem Kläger mit Schreiben vom 7. Oktober 2015 die Möglichkeit zur Klärung gegeben, unter Androhung, dass bei Stillschwiegen die Eingabe vom 18. August 2015 als Berufung entgegengenommen werde. Sodann wurde ihm die Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung eines formellen Berufungsverfahrens zu verzichten (Urk. 5). Eine entsprechende Verzichtserklärung seinerseits hätte bis zum 20. Oktober 2015 (Datum Poststempel) erfolgen müssen (Urk. 5). Dieses Schreiben wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurückgesandt (Urk. 6). Da der Kläger mit einer Zustellung rechnen musste – zumal die Vorinstanz ihr Schreiben vom 5. Oktober 2015 betreffend Übermittlung des Verfahrens an die Rechtsmittelinstanz wie erwähnt ebenso an den Kläger geschickt hatte (Urk. 7/66 S. 2; Urk. 7/67/1) – greift die Zustellungsfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Entsprechend galt die Sendung am 16. Oktober 2015 als zugestellt (Urk. 6). Da sich der Kläger innert Frist nicht vernehmen liess, ist das Verfahren durchzuführen.

2.1 Damit auf eine Berufung eingetreten werden kann, muss diese innert Frist erhoben worden sein (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2.2 Die begründete Verfügung wurde dem Kläger am 7. August 2015 zugestellt (Urk. 7/57/1). Entsprechend endete die 10-tägige Berufungsfrist gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO (vgl. die zutreffende Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid; Urk. 2 S. 22) am Montag, den 17. August 2015 (Art. 142 ZPO). Diese Frist stand während der Gerichtsferien nicht still. Offenbleiben kann vorliegend, ob eine Eingabe, welche beim unzuständigen Gericht eingereicht wird, als rechtzeitig erfolgt gelten würde. Da der Kläger seine Eingabe erst am 21. August 2015 der Schweizerischen Post zuhanden des Gerichts übergeben hatte (Art. 143 Abs. 1 ZPO), ist vorliegende Eingabe ohnehin verspätet. Dementsprechend ist auf die Berufung infolge Verspätung nicht einzutreten.

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

3.1 Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG, § 8 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen. Diese Kosten sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen.

3.2 Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 1 und Urk. 3, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 3. Dezember 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js