

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



RE120005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. B. Demuth

Beschluss vom 30. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge, Zuteilung eheliche Wohnung,
Güterrecht)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfah-
ren am Bezirksgericht Hinwil vom 7. Juni 2012 (EE120026)**

Erwägungen:

1.a) Die Parteien standen seit dem 27. März 2012 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Noch vor der Hauptverhandlung vom 7. Juni 2012 reichte Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____, welcher die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) in einem früheren Verfahren betreffend Eheungültigkeit (Geschäfts-Nr. FE110176) vertreten hatte (vgl. Urk. 4/1-17), dem Gericht mit Eingabe vom 5. Juni 2012 eine von beiden Parteivertretern geschlossene (vgl. Wortlaut von Urk. 15) und unterzeichnete Teil-Konvention zu den Akten (Urk. 15 und Urk. 16). Zur Hauptverhandlung am 7. Juni 2012 erschienen Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ namens und in Begleitung des Gesuchstellers und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsteller) sowie Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ namens der Gesuchsgegnerin. Der Gesuchsgegnerin wurde das persönliche Erscheinen erlassen (Prot. Vi S. 3 f.). Anlässlich dieser Verhandlung schlossen die Parteien einen Zusatz zur Teil-Vereinbarung vom 5. Juni 2012 (Urk. 20, Prot. Vi S. 5). Dieser Zusatz wurde vom Gesuchsteller persönlich unterzeichnet. Für die Gesuchsgegnerin unterschrieb Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ (Urk. 20 S. 2).

b) Mit Verfügung vom 7. Juni 2012 wurde der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihr Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 24 S. 3). Mit Urteil vom selben Tag entschied die Vorinstanz folgendermassen (Urk. 24):

- " 1. Die Vereinbarungen der Parteien vom 5. Juni 2012 sowie vom 7. Juni 2012 werden vorgemerkt.
2. Mit Wirkung ab 5. Juni 2012 wird die Gütertrennung angeordnet.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 700.– angesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Gesuchsgegnerin an den Gerichtskosten wird jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchsgegnerin wird auf die in Art. 123 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht hingewiesen.
5. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.

6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien
 - sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich.
7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Postfach 2401, 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)."

c) Gegen das Urteil vom 7. Juni 2012 erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 22. Juni 2012 innert Frist Berufung und beantragte darin sinngemäss, es sei Dispositiv-Ziffer 1 aufzuheben, weil die Vereinbarungen vom 5. und 7. Juni 2012 nicht gültig zustande gekommen seien, da ihr ehemaliger Rechtsvertreter keine Vertretungsvollmacht gehabt habe. Die angeordnete Gütertrennung sei aufzuheben und es sei ihr überdies zu erlauben, in der ehelichen Wohnung bleiben zu dürfen. Weiter beantragte die Gesuchsgegnerin die Zusprechung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 2'000.– (Urk. 23 S. 1 f.). Mit Eingabe vom 17. Juli 2012 und Vollmacht vom 10. Juli 2012 legitimierte sich Rechtsanwalt MLaw X._____ als Rechtsbeistand der Gesuchsgegnerin (Urk. 26 und Urk. 27).

d) Mit Eingabe vom 7. September 2012 ersuchte die Gesuchsgegnerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ und stellte den Antrag, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Gesuchsgegnerin die Möglichkeit einzuräumen, die Rechtsmittelbegründung zu ergänzen bzw. zu verdeutlichen (Urk. 28 S. 2).

e) Im Beschluss der Kammer vom 2. Oktober 2012 wurde zunächst die Frage nach der Natur des von der Gesuchsgegnerin eingereichten Rechtsmittels geklärt und dieses schliesslich – gestützt auf die damals herrschende Praxis der Kammer – als *Beschwerde* entgegengenommen. Auf den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde nicht eingetreten. Die Anträge auf

Ergänzung der Rechtsmittelbegründung und auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden abgewiesen und es wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten (Urk. 33 S. 8 f.). Mit Eingabe vom 12. Oktober 2012 ersuchte die Gesuchsgegnerin sodann darum, der Gesuchsteller sei zu verpflichten, ihr für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu bezahlen und es sei die Frist zur Bezahlung des Vorschusses für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens abzunehmen und neu anzusetzen bzw. angemessen zu erstrecken (Urk. 34 S. 2).

f) Mit Verfügung vom 24. Oktober 2012 wurde der Gesuchsgegnerin die Frist zur Bezahlung des Vorschusses für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einstweilen abgenommen und dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten und zum Antrag der Gesuchsgegnerin betreffend die Leistung eines Prozesskostenvorschusses Stellung zu nehmen (Urk. 38). Der Gesuchsteller erstattete Beschwerdeantwort und Stellungnahme fristgerecht mit Eingabe vom 30. Oktober 2012 (Urk. 40).

2.a) Das von der Gesuchsgegnerin gegen den Abschreibungsbeschluss der Vorinstanz erhobene Rechtsmittel wurde wie bereits erwähnt als Beschwerde entgegengenommen (Urk. 33). Zur näheren Begründung und zur Kontroverse über das zulässige Rechtsmittel, wenn ein Verfahren mit einer Klageanerkennung, einem Klagerückzug oder einem Vergleich erledigt wurde, kann auf die Ausführungen im Beschluss vom 2. Oktober 2012 verwiesen werden (Urk. 33 S. 5 E. 4a) – e)).

b) Das Bundesgericht hat diese bislang offene Frage mit Entscheid vom 22. Februar 2013 geklärt, indem es unter Hinweis auf die herrschende Lehre festhielt, dass es sich bei der Abschreibung des Verfahrens nach Art. 241 Abs. 3 ZPO um einen rein deklaratorischen Akt handle, weil bereits der Vergleich als solcher den Prozess unmittelbar beende. Gegen den Abschreibungsbeschluss als solchen stehe kein Rechtsmittel zur Verfügung. In Bezug auf materielle oder prozessuale Mängel des Vergleichs sei die *Revision* primäres und ausschliessliches

Rechtsmittel (Urteil 4A_605/2012 E. 1.2. und 1.3., zur Publikation vorgesehen). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Vereinbarungen vom 5. und 7. Juni 2012 seien ohne ihre Zustimmung geschlossen und von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ ohne ihre Erlaubnis unterzeichnet worden (Urk. 23 S. 1). Mit der fehlenden Vertretungsmacht des Rechtsbeistandes der Gesuchsgegnerin wird ein prozessualer Mangel des Vergleichs geltend gemacht. Für diese Fälle steht laut dem erwähnten Entscheid des Bundesgerichtes aber einzig das Rechtsmittel der Revision zur Verfügung. Mit Beschluss vom 13. Mai 2013 wurde den Parteien daher Frist angesetzt, um zur erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie zu den sich für das vorliegende Verfahren ergebenden Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen für den Fall, dass das Obergericht – der Rechtsprechung des Bundesgerichts folgend – auf die Berufung der Gesuchsgegnerin nicht eintreten sollte (Urk. 43). Der Gesuchsteller beantragte mit Eingabe vom 25. April 2013, es sei auf die Berufung der Gesuchsgegnerin nicht einzutreten und es sei ihm eine Parteientschädigung von Fr. 2'350.– zuzusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Gesuchsgegnerin (Urk. 44). Die Gesuchsgegnerin beantragte ihrerseits, es seien keine Parteientschädigungen zuzusprechen und die Gerichtskosten dem Kanton, eventualiter den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Urk. 47).

c) Der vorstehend erwähnten Rechtsauffassung des Bundesgerichts ist – in Abweichung von den Ausführungen im Beschluss der Kammer vom 2. Oktober 2012 – zu folgen. Zulässiges Rechtsmittel ist im vorliegenden Fall einzig die Revision. Auf die als Beschwerde entgegengenommene Berufung der Gesuchsgegnerin ist daher nicht einzutreten.

3.a) Die Gesuchsgegnerin hat im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folglich die Revision zu ergreifen. Gemäss Art. 329 Abs. 1 ZPO ist das Revisionsgesuch innert 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes schriftlich und begründet beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat (Art. 328 Abs. 1 ZPO), einzureichen. Es ist davon auszugehen, dass diese Frist in der Zwischenzeit verstrichen ist, da die Gesuchsgegnerin bereits mit

Zustellung des angefochtenen Urteils entdeckt hatte, dass das Verfahren nicht in ihrem Sinne abgeschrieben worden war. Die Wiederherstellung der Revisionsfrist kann sodann nur innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft verlangt werden, sofern ein Entscheid eröffnet worden ist (Art. 148 Abs. 3 ZPO). Mit Rechtskraft ist damit die formelle Rechtskraft gemeint (Stahelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 148 N 14). Formelle Rechtskraft eines Urteils bedeutet, dass es nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel (Berufung, Art. 308 ff. ZPO) angefochten werden kann (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 59 N 37 m.w.H.). Vorliegend wurde mit Beschluss vom 2. Oktober 2012 das ordentliche Rechtsmittel der Berufung gegen das angefochtene Urteil ausgeschlossen. Es ist daher davon auszugehen, dass die sechsmonatige Frist nach Art. 148 Abs. 3 ZPO verstrichen ist.

b) Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich, dass den Parteien aufgrund einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keinerlei Nachteile erwachsen dürfen. Eine Partei kann sich auf diesen Grundsatz berufen, wenn sie sich im guten Glauben auf die Angabe gestützt hat (BGE 138 I 49 E. 8.3.2 m.w.H. = Pra 101 Nr. 72 E. 8.3.2 m.w.H.). Vorliegend durfte sich die Gesuchsgegnerin in gutem Glauben auf die Angabe der Kammer im Beschluss vom 2. Oktober 2012 verlassen und davon ausgehen, dass die Beschwerde vorliegend das korrekte Rechtsmittel zur Anfechtung des Urteils der Vorinstanz vom 7. Juni 2012 sei. Für die Gesuchsgegnerin bestand daher keine Veranlassung, neben dem hängigen Beschwerdeverfahren auch ein Revisionsgesuch im Sinne von Art. 328 ff. ZPO bei der Vorinstanz zu stellen. Eine Nichtbewilligung der Wiederherstellung der Revisionsfrist in Anwendung von Art. 148 Abs. 3 ZPO wäre vor diesem Hintergrund als offensichtlich unbillig zu taxieren. Es käme einem untragbaren Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB, Art. 52 ZPO) gleich, würde die Wiederherstellung unter Verweis auf die versäumte Frist von Art. 148 Abs. 3 ZPO verwehrt werden. Die Unbilligkeit wäre umso mehr anzunehmen, als sich die Aspekte der Rechtssicherheit – in deren Interesse Art. 148 Abs. 3 ZPO entstanden ist (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 7310) – auch aus

Sicht des Gesuchstellers nicht zu Ungunsten der Gesuchsgegnerin auswirken dürfen, da er infolge der Anfechtung mittels Beschwerde von Anfang an damit rechnen musste, das Urteil der Vorinstanz könnte aufgehoben und durch eine andere Fassung ersetzt werden.

c) Da der Gesuchsgegnerin somit nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Bezug auf ihre Beschwerde lediglich die Revision offensteht und die Frist zu deren Ergreifung gemäss Art. 329 Abs. 1 ZPO verstrichen ist, wird sie diesbezüglich bei der Vorinstanz eine Wiederherstellung der Frist im Sinne von Art. 148 ZPO beantragen können. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Wiederherstellung der Frist wird zu berücksichtigen sein, dass die Vorinstanz im angefochtenen Urteil als Rechtsmittel lediglich die *Berufung* belehrt hat (Urk. 24 S. 3 und S. 4 Dispositiv-Ziffer 7) und die Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Ergreifung des Rechtsmittels juristisch nicht verbeiständet war (Urk. 23 S. 1). Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die urteilende Kammer mit Beschluss vom 2. Oktober 2012 entschieden hat, dass die *Beschwerde* das korrekte Rechtsmittel zur Anfechtung des Urteils der Vorinstanz vom 7. Juni 2012 darstellen würde (Urk. 33). Dies darf der Gesuchsgegnerin – wie soeben ausgeführt – nun nicht zum Nachteil gereichen.

4.a) In seiner Stellungnahme vom 25. April 2013 liess der Gesuchsteller beantragen, die Gerichtskosten seien der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, ihm eine Parteientschädigung von Fr. 2'350.– inklusive 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen (Urk. 44).

Die Gesuchsgegnerin ihrerseits beantragte mit Eingabe vom 21. Mai 2013, die Gerichtskosten seien dem Kanton, eventualiter den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Parteientschädigungen seien keine auszurichten (Urk. 47).

b) Gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO kann das Gericht Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen. Angesichts der bislang unsicheren Rechtslage, ob der Abschreibungsbeschluss ein Anfechtungsobjekt bildet, welches mit Beschwerde nach ZPO

angefochten werden könne, erscheint es vorliegend angezeigt, betreffend die Anfechtung des Urteils der Vorinstanz vom 7. Juni 2012 im Sinne von Art. 107 Abs. 2 ZPO und § 200 lit. a GOG für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben. Es besteht jedoch vorliegend keine Rechtsgrundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Parteien (vgl. Jenny in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 26 m.w.H.; Sterchi in: Berner Kommentar zur ZPO, Band I, Bern 2012, Art. 107 N 25). Da die Gesuchsgegnerin gegen den erstinstanzlichen Entscheid in guten Treuen Berufung eingelegt hatte, ist sie nicht zu verpflichten, dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Gesuchsgegnerin wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage des Doppels von Urk. 44, an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 47 sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.
5. 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.

Zürich, 30. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
se