

# ZH\_OBERGERICHT LE170022 vom 25. September 2017

ZH Obergericht, 2017-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE170022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170022)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE170022 du 25 septembre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT LE170022 del 25 settembre 2017

## Erwägungen

### E. 25

Januar 2016 per E-Mail zugesandt und die Bezahlung von EUR 120'000.– zu- züglich Parteientschädigung gefordert hatte (Urk. 24/1), erhob der Gesuchsgeg- ner am 24. März 2016 beim Obergericht Berufung gegen den unbegründeten Ent- scheid vom 25. Januar 2016 (Urk. 4/13) und verlangte bei der Vorinstanz gleich- zeitig dessen Begründung im Sinne von Art. 239 Abs. 2 ZPO, eventualiter die Wiederherstellung der Begründungsfrist (Urk. 4/14 S. 2). Auf die Berufung trat die Kammer mit Beschluss vom 12. April 2016 nicht ein, da ein unbegründeter Ent- scheid kein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt. Im Beschluss wurde aufge- zeigt, es sei zunächst bei der Vorinstanz eine Begründung zu verlangen, gebebe- nenfalls die Abweisung des Begründungsgesuchs mittels Beschwerde anzufech- ten und hernach gegen einen allfälligen begründeten Entscheid Berufung zu er- heben (Urk. 4/13). 1.3 In der Folge legte die Vorinstanz mit Bezug auf das Begründungs- und Fristwiederherstellungsgesuch ein neues Verfahren (EE160169-L) an und wies beide Begehren mit Verfügung vom 8. Juli 2016 ab (Urk. 4/14= Urk. 6). Diese Ver- fügung nahm der Gesuchsgegner am 22. Juli 2016 entgegen (Urk. 7/1). 1.4 Gegen diese Verfügung erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 2. August 2016 innert Frist Beschwerde und beantragte die Feststellung der Nich- tigkeit des Urteils und der Verfügung vom 25. Januar 2016, eventualiter die Auf- hebung des Urteils und der Verfügung vom 25. Januar 2015, verbunden mit der Anweisung an die Vorinstanz, beides zu begründen, eventualiter um Entscheid in der Sache, dass die Fristen nach Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung vom 8. Juli 2016 wiederherzustellen seien, subeventualiter um Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Urk. 24/8 S. 2). 1.5 Mit Urteil vom 10. November 2016 hob die Kammer die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 auf und wies diese an, die Verfügung und das Urteil vom 25. Januar 2016 (Geschäfts-Nr. EE150186-L) schriftlich zu begründen (Urk. 4/15 S. 29 f. = Urk. 8 S. 29 f. = Urk. 24/36 S. 29 f.).

- 10 - 1.6 Die begründete Fassung der Verfügung und des Urteils der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 wurde den Parteien am 28. März 2017 zugestellt (Urk. 4/16). 2.1 Mit Schreiben vom 7. April 2017 (gleichentags zur Post gegeben, ein- gegangen am 11. April 2017) erhob der Gesuchsgegner innert Frist Berufung ge- gen die Verfügung und das Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 mit ein- gangs aufgeführten Anträgen (Urk. 11 S. 2 f.). 2.2 Nach entsprechender Fristansetzung zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung an die Gesuchstellerin mit Verfügung vom 12. April 2017 (Urk. 16) wurde die Eingabe vom 7. April 2017 – soweit sie die Anfechtung von Dispositivziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 beschlug – mit Verfügung vom 1. Juni 2017 als Beschwerde entgegenge- nommen. Sodann wurde der Beschwerde gegen die Verfügung und der Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 die aufschiebende Wirkung erteilt. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner eine Frist zur

Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 1'500.– und der Gesuchstellerin Frist zur Erstattung der Antwort angesetzt (Urk. 18). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 19). Die Antwort erfolgte fristgerecht am 15. Juni 2017 mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 20). Mit Verfügung vom 29. Juni 2017 wurde dem Gesuchsgegner die Antwort zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 23). Weitere Eingaben erfolgten nicht. 2.3 Die Akten der Verfahren EE150186-L, EE160169-L und RE160011-O wurden beigezogen. 3.1 Der Gesuchsgegner macht unter Hinweis auf den von der Kammer gefällten Entscheid vom 10. November 2016 (Geschäfts-Nr. RE160011-O) geltend, dass er, wie darin verbindlich festgestellt worden sei, von der Vorinstanz nicht korrekt vorgeladen worden sei, so dass auch kein Prozessrechtsverhältnis habe begründet werden können. Ebenso sei entschieden worden, dass ihm auch der angefochtene Entscheid nie zugestellt worden sei. Entsprechend habe er keine Möglichkeit gehabt, am vorinstanzlichen Verfahren teilzunehmen und habe weder

- 11 - Beweismittel noch Tatsachen einbringen oder seine Anträge stellen können. Daraus resultiere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche nicht geheilt werden könne, da die Einbringung neuer Anträge, Tatsachen und Beweismittel im Rechtsmittelverfahren nur noch limitiert möglich sei. Darüber hinaus habe er anlässlich der Verhandlung vom 6. Oktober 2016 [recte: 2015] auch nicht befragt werden können. Dies führe dazu, dass er einen Instanzenverlust hinnehmen müsse, wenn er sich nun erst im Berufungsverfahren äussern und zu den allein von der Gesuchstellerin geprägten tatsächlichen Feststellungen und den darauf basierenden rechtlichen Entscheidungsgründen der Vorinstanz Stellung nehmen könne. Diese Verletzungen des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 53 ZPO in Verbindung mit Art. 29 Abs. 2 BV würden durch die Möglichkeit, nun innert der 10-tägigen Frist gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO Anträge zu stellen und Tatsachen und Beweismittel vor der Rechtsmittelinstanz einzubringen, nicht geheilt werden. Vorliegend könne ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Durchführung des vorinstanzlichen Verfahrens komplett ohne Teilnahmemöglichkeit sei; nennfalls eine besonders schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Zudem sei ihm auch ein finanzieller und prozessualer Nachteil erwachsen, da er vor Vorinstanz weder Anträge noch Tatsachen und Beweismittel habe einbringen können und dadurch die Gesuchstellerin betreffend Unterhaltsbeiträge, Auskunftsbefehle, Inventarisierung sowie Gütertrennung beinahe vollständig obsiegt habe (Urk. 11 S. 7 ff.). Im Einzelnen führte der Gesuchsgegner die identische Begründung betreffend Nichtigkeit an, wie er diese im damaligen Beschwerdeverfahren RE160011-O vorgebracht hatte (Urk. 11 S. 9 ff.). 3.2 Die Gesuchstellerin hält dem entgegen und ist der Ansicht, der Gesuchsgegner habe Kenntnis vom erstinstanzlichen Verfahren gehabt. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner keine der zahlreichen Abholungseinladungen erhalten habe. Dies behaupte auch der Gesuchsgegner nicht. Da aus den Abholungseinladungen klar hervorgehe, dass es sich bei den zuzustellenden Urkunden um Gerichtsurkunden handle, hätte der Gesuchsgegner sich mit dem Gericht oder zumindest mit einem Rechtsvertreter in Verbindung setzen müssen. Entsprechend sei für den Gesuchsgegner ohne Weiteres ersichtlich gewesen, dass er in ein gerichtliches Verfahren involviert gewesen sei. Schliesslich

- 12 - sei darauf hinzuweisen, dass es sich beim Gesuchsgegner um ein Verwaltungsratsmitglied einer schweizerischen Vermögensverwaltungsgesellschaft handle, so dass ihm habe klar sein müssen, dass wichtige behördliche Mitteilungen per Einschreibebrief versandt würden und solche Anschreiben nicht einfach ignoriert werden dürften. Es sei

geradezu mutwillig, wenn versäumt werde, durch Nachfragen beim Absender nach der Bedeutung einer wiederholt erhaltenen Abholungseinladung die gebotenen Erkundigungen anzustellen. Entsprechend müsse davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner bereits durch die Zustellungen der Verfügung vom 29. Juni 2015 vom Verfahren Kenntnis erlangt habe. Sodann führt die Gesuchstellerin an, der Gesuchsgegner habe aufgrund des in Portugal geführten Massnahmeverfahrens, auf welches teilweise mangels Zuständigkeit nicht eingetreten worden sei, mit einem Verfahren in der Schweiz rechnen müssen. Schliesslich habe auch die damalige Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin den Gesuchsgegner via E-Mail über das Verfahren informiert. Da sich der Gesuchsgegner seinen Angaben zufolge höchstens während 10 Tagen pro Monat in der Schweiz aufhalte, sei die Ediktalzustellung zulässig gewesen. Des Weiteren mache der Gesuchsgegner nicht geltend, die A-Post-Sendungen nicht erhalten zu haben, noch wäre er verpflichtet gewesen, seine Post so zu organisieren, dass er erreichbar sei. Eine etwaige Formwidrigkeit der Zustellung führe nicht zur Nichtigkeit. Damit schliesst sich die Gesuchstellerin in Bezug auf die Frage der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses den Ausführungen der Vorinstanz an (Urk. 20 S. 3 ff.; Urk. 12 S. 7 ff.).

4.1 Die Nichtigkeit eines Entscheids ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (BGE 138 II 501, E. 3.1, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, unter anderem BGE 129 I 361, E. 2). Sie kann auch im Rechtsmittel- und selbst noch im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden (BGE 129 I 361, E. 2). Dieser Grundsatz ist so zu verstehen, dass jede rechtsanwendende Behörde – sei es ein erst- oder zweitinstanzliches Gericht, das Bundesgericht, das Vollstreckungsgericht oder eine vollziehende oder vollstreckende Behörde, z.B. das Betreibungsamt oder die Polizei – gehalten ist, die Nichtigkeit eines Entscheids festzustellen und diesem mit Bezug auf die gestützt darauf vorzunehmende Amtshandlung oder Entscheidungsfindung die Wirkung zu versagen. So hat eine Rechtsmittelinstanz beispielsweise, anstatt die Rügen gegen einen offensichtlich nichtigen Entscheid zu prüfen, diesen vielmehr für nichtig zu erklären. Im Beschwerdeverfahren RE160011-O waren Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 noch nicht zu überprüfen, weshalb auf das Begehren des Gesuchsgegners auf Feststellung der Nichtigkeit zum damaligen Zeitpunkt nicht einzutreten war (Urk. 24/36 S. 8).

4.2 Vorliegend sind nun Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 angefochten und ist die Frage der Nichtigkeit zu prüfen.

4.3.1 Bereits im Beschwerdeverfahren RE160011-O wurde – nach ausführlicher Darlegung von Lehre und Rechtsprechung bezüglich der hier allein massgeblichen Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO – verbindlich festgestellt, dass zu keinem Zeitpunkt ein Prozessrechtsverhältnis mit dem Gesuchsgegner begründet worden sei. So sei weder durch die Zustellungsversuche der Verfügung der Vorinstanz vom 29. Juni 2015 am 1. Juli, 13. Juli und 5. August 2015 ein Prozessrechtsverhältnis begründet worden noch durch die Zustellungsversuche der Vorladung vom 28. August 2015 am 31. August 2015 sowie am 10. September 2015. Diese seien jeweils mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert worden; die Zustellung sei demgemäss nicht erfolgt. Die Zustellversuche hätten dementsprechend auch kein Prozessrechtsverhältnis begründen können. Schliesslich wurde in Bezug auf die daraufhin versuchte Zustellung der Vorladung mittels A-Post festgehalten, dass der tatsächliche Erhalt dieser Sendung nicht nachgewiesen sei, weshalb auch daraus keine Rechtswirkungen abgeleitet werden könnten. Die Ediktalzustellung der Vorladung am 4. September 2015 wurde als unzulässig qualifiziert; entsprechend habe auch diese keine Rechtswirkungen entfalten können. Damit wurde im Ergebnis

festgehalten, dass die Vorladung der Vorinstanz zur Hauptverhandlung auf den 6. Oktober 2015 als nicht zugestellt gelte, weshalb auch diese kein Prozessrechtsverhältnis begründet habe. Ebenso wurde festgestellt, dass die Verfügung und das Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 nie wirksam zugestellt worden seien. Des Weiteren kam die Beschwerdeinstanz zum Schluss, dass auch die Kontaktaufnahme durch die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin – und damit durch eine Privatperson – mit E-Mail vom 7. Oktober

- 14 - 2015 keine rechtserhebliche Kenntnis vom Verfahren beim Gesuchsgegner auszulösen vermocht habe, weshalb die Berufung des Gesuchsgegners auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis auch nach dem unbestrittenen Erhalt der E-Mail vom 7. Oktober 2015 nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu taxieren sei. Dies habe auch in Bezug auf den Umstand zu gelten, dass der Gesuchsgegner aufgrund des in Portugal durchgeführten Verfahrens mit einem möglichen Verfahren in der Schweiz zu rechnen gehabt hätte (OGer ZH RE160011- O vom 10.11.2016, E. II.2-7., S. 17-28; Urk. 24/36). 4.3.2 Diese Erwägungen gelten selbstredend auch für das vorliegende Rechtsmittelverfahren. Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden. Die Einwände der Gesuchstellerin ändern daran nichts, zumal diese bereits im damaligen Beschwerdeverfahren im Einzelnen und ausführlich abgehandelt worden sind. Der diesem Entscheid zugrundeliegende Sachverhalt hat sich unbestrittenmassen nicht geändert. Entsprechend besteht kein Anlass, von diesen Feststellungen abzuweichen. Da der Gesuchsgegner weder gehörig vorgeladen wurde noch anderweitig vom Verfahren rechtsgültig Kenntnis erlangte, leidet der Entscheid an einem gravierenden Mangel (BGE 129 I 361 E. 2.1). Gemäss seinem Entscheid vom 17. Januar 2012 hat das Bundesgericht auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach ein gänzlicher Ausschluss von einem Verfahren einen derart gravierenden Mangel durch Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt, dass der darauf ergangene Entscheid nichtig ist (BGer 5A\_755/2011 vom 17. Januar 2012, E. 2.1). Entsprechend ist festzustellen, dass Verfügung und Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 nichtig sind. 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). Da vorliegend nach wie vor ein Eheschutzbegehren pendent ist, ist die Sache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 15 - 4.4 Mit diesem Ausgang des Verfahrens wird der Antrag des Gesuchsgegners obsolet, wonach das Verfahren bis zum Abschluss des portugiesischen Scheidungsverfahrens zu sistieren sei. Entsprechend ist der Antrag abzuschreiben (Art. 242 ZPO). 5.1 Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 5.2 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin entschädigungspflichtig. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 bis 3 AnwGebV auf Fr. 3'000.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bemessen. Damit ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'240.– (Fr. 3'000.– zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen. Es wird beschlossen: 1. Der Antrag auf

Sistierung des Verfahrens wird abgeschrieben. 2. Es wird festgestellt, dass Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. Januar 2016 nichtig sind. Die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchsgegners verrechnet. Die Gesuchstellerin ist verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'500.– zu erstatten.

- 16 - 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'240.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert

### **E. 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. September 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Montani Schmidt versandt am: mc

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.