

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170022-O/U

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

Beschluss vom 25. September 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner, Beschwerdeführer und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder
Rechtsanwalt Dr. iur. HSG X2. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin, Beschwerdegegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Beschwerde und Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. Januar 2016 (EE150186-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 4/1 S. 2 f. und Urk. 4/10 S. 2 ff.)

1. Es sei der Gesuchsgegner vorsorglich zu verpflichten, der Gesuchstellerin seit 1. Januar 2015 und während der Dauer des Scheidungsverfahrens, bei der Comarca de Lisboa, Instância Central de Lisboa, 1a Secção Família e Menores de Lisboa in Portugal an die Kosten des Unterhalts der gemeinsamen Tochter und für sie persönlich angemessene, monatlich im Voraus zahlbare und zu 5% verzinsliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, mindestens jedoch Euro 10'000.–.
 2. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin unter Vorlage geeigneter Unterlagen Auskunft zu erteilen über:
 - Mietkautionkonto der Wohnung an der ... [Adresse], unter Vorlage des entsprechenden Kontoauszuges per 31.12.2014;
 - aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell F12, Berlinetta, mit dem Nummernschild ZH ..., unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage C. _____ AG, ... [Adresse];
 - aktueller Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell F40, unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage C. _____ AG, ... [Adresse];
- Bezüglich der Kapitalgesellschaft D. _____ Capital AG,
- Anzahl Aktien, die er von der D. _____ Capital AG und weiteren Beteiligungen der D. _____ Capital AG besitzt;
 - den Lohn des Gesuchstellers, unter Vorlage des Lohnausweises 2014, der Lohnabrechnungen Januar bis September 2015 sowie der privaten Steuererklärung des Gesuchsgegners;
 - das ausbezahlte oder tesaurierte Verwaltungsrats- oder andere Beratungshonorare, unter Vorlage des Lohnausweises 2014, der Lohnabrechnungen Januar bis September 2015 sowie der privaten Steuererklärung des Gesuchsgegners;
 - ausbezahlte oder tesaurierte Dividenden des Gesuchsgegners;
 - allfälliger Kontokorrent in der D. _____ Capital AG zu Gunsten des Gesuchsgegners;
 - Privatanteil des Gesuchsgegners am Geschäftsfahrzeug;
 - Privatanteil des Gesuchsgegners an den Telefonkosten;

- Privatanteil des Gesuchsgegners an der Verpflegung, Repräsentationsspesen und Reisespesen;
 - Vermögensertrag der D. _____ Capital AG;
 - alles unter Vorlage des Jahresabschlusses der D. _____ Capital AG der Jahre 2013 und 2014 und der Kontoblätter der vorgenannten Positionen;
 - eventualiter sei die Revisionsstelle E. _____ GmbH in F. _____ [Ortschaft] zur Auskunftserteilung und Edition der vorgenannten Unterlagen zu verpflichten;
 - subeventualiter sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, entsprechende Auskunft und Einsicht in die genannten Unterlagen einem vom Gericht zu bezeichnenden Revisor zu gewähren;
 - sub-subeventualiter sei eine Verkehrswertschätzung der Aktien der D. _____ Capital AG anzuordnen;
 - Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN CH1 bei der UBS AG, unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
 - Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN CH2 bei der G. _____ Bank Switzerland Ltd., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
 - Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN LU3 bei der Banque H. _____ SA., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
 - Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN LU4 bei der Banque H. _____ SA., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
3. Falls der Gesuchsgegner dem Editionsbegehren nicht nachkommt, seien folgende Dritte gemäss Art. 170 Abs. 2 ZGB zur Edition zu verpflichten:
- Steueramt der Stadt Zürich: private Steuererklärungen 2013 und 2014 des Gesuchsgegners inkl. Beilagen und Veranlagungen;
 - UBS AG: Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos, IBAN CH1 unter Vorlage eines de-

taillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;

- G. _____ Bank Switzerland Ltd: Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkonto IBAN CH2 unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs.
4. Es sei das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich gemäss Art. 170 ZGB zu verpflichten, Auskunft über allfällige im Namen des Gesuchsgegners eingelöste Fahrzeuge zu geben.
 5. Es sei ein öffentliches Inventar gemäss Art. 195a ZGB aufzunehmen.
 6. Es sei die Gütertrennung anzuordnen.
 7. Der Gesuchsgegner sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Gesuchstellerin von Fr. 8'000.– zu verpflichten.
 8. Die Gesuchstellerin sei einstweilen von der Leistung eines Kostenvorschusses zu befreien.
 9. Unter vollumfänglichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. Januar 2016:

(Urk. 4/12 S. 30 ff.)

(Verfügung)

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. (Schriftliche Mitteilung).
3. (Rechtsmittelbelehrung: Gesuch um Begründung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gem. Art. 145 Abs. 2 ZPO).

(Urteil)

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von € 2'000.--, zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Januar 2015.

2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von € 6'000.-- zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Januar 2015.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin über folgendes Auskunft zu erteilen:
 - über das Mietkautionskonto der Wohnung an der ... [Adresse], unter Vorlage des entsprechenden Kontoauszuges per 31.12.2014;
 - den aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell F12, Berlinetta, mit dem Nummernschild ZH ..., unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage C._____ AG, ... [Adresse];
 - den aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell F40, unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage C._____ AG, ... [Adresse];
 - weitere auf seinen Namen eingelöste Fahrzeuge;

Bezüglich der Kapitalgesellschaft D._____ Capital AG:

- Anzahl Aktien, die er von der D._____ Capital AG und weiteren Beteiligungen der D._____ Capital AG besitzt;
- seinen Lohn, unter Vorlage des Lohnausweises 2014, der Lohnabrechnungen Januar bis September 2015 sowie seine private Steuererklärung;
- das ausbezahlte oder tesaurierte Verwaltungsrats- oder andere Beratungshonorar, unter Vorlage des Lohnausweises 2014, der Lohnabrechnungen Januar bis September 2015 sowie der privaten Steuererklärung;
- seine ausbezahlten oder tesaurierte Dividenden;
- allfälliger Kontokorrent in der D._____ Capital AG zu seinen Gunsten;
- sein Privatanteil am Geschäftsfahrzeug;
- sein Privatanteil an den Telefonkosten;
- sein Privatanteil an der Verpflegung, Repräsentationsspesen und Reisespesen;
- Vermögensertrag der D._____ Capital AG;
- die Jahresabschlüsse der D._____ Capital AG der Jahre 2013 und 2014 und der Kontoblätter der vorgenannten Positionen;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos, IBAN CH1 bei der UBS AG, unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN CH2 bei der G._____ Bank Switzerland Ltd., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN LU3 bei der Banque H._____ SA., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos IBAN LU4 bei der Banque H._____ SA., unter Vorlage eines detaillierten Kontoauszuges dieses Kontos der letzten 24 Monate vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs;

Der Gesuchsgegner hat diese Auskünfte innerhalb von **20 Tagen** ab Eintritt der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit dieses Entscheides zu erteilen, unter der Androhung von Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, bei der Inventaraufnahme mit der Gesuchstellerin gemäss Art. 195a ZGB mitzuwirken unter Androhung von Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.
5. Es wird die Gütertrennung per Rechtskraft dieses Entscheids angeordnet.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 225.-- Dolmetscherkosten

Fr. 3'825.-- Total

7. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von **Fr. 6'150.--** zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer).
9. (Schriftliche Mitteilung).
10. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gem. Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 11 S. 2 f.):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2016 nichtig sind.
2. Eventualiter seien die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2016 wegen Unzuständigkeit der schweizerischen Gerichte aufzuheben.
3. Subeventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2016 aufzuheben, die Verfahrenshandlungen gemäss Art. 271 ff. ZPO durchzuführen und in der Sache selbst zu entscheiden, wobei

- a) Ziff. 1 und Ziff. 2 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2016 aufzuheben sei. Für den Fall, dass der Berufungskläger zu Unterhaltszahlungen an die Berufungsbeklagte verpflichtet ist, seien diese auf den Zeitraum vom 1. August 2015 bis zum Scheidungsurteil und auf höchstens EUR 500 pro Monat zu begrenzen.
 - b) das Auskunftsbegehren abzuweisen sei.
 - c) die Inventaraufnahme abzuweisen sei.
 - d) der Antrag auf Gütertrennung abzuweisen sei.
4. Subsubeventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2016 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung des Eheschutzverfahrens zurückzuweisen.
 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (Urk. 20 S. 2):

- "1. Die Berufung des Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsklägers."

Prozessuale Anträge:

des Berufungsklägers (Urk. 11 S. 3):

- "6. Es sei das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich bis zum rechtskräftigen Scheidungsurteil zwischen den Parteien zu sistieren.
7. Es seien die Akten des Verfahrens EE150186-L/U vor dem Bezirksgericht Zürich sowie der Verfahren RE160011-O/Z03 und RE160011-O/U vor dem Obergericht des Kantons Zürich beizuziehen.
8. Der Berufung sei mit Blick auf die in Rz. 1-8 des Urteils vom 25. Januar 2016 angeordneten vorsorglichen Massnahmen aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Erwägungen:

1.1 Am 24. Juni 2015 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Be-

zirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines portugiesischen Scheidungsverfahrens ein (Urk. 4/1-Urk. 4/3/18). Dieses wurde als Eheschutzverfahren angelegt (Auskunftserteilung nach Art. 170 ZGB, Inventaraufnahme gemäss Art. 195a ZGB und Anordnung der Gütertrennung; Geschäfts-Nr. EE150186-L, Urk. 4). Des Weiteren ersuchte die Gesuchstellerin darin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 8'000.– sowie um Tragung des Gerichtskostenvorschusses durch den Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner; Urk. 4/1 S. 3). Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um zu diesen Begehren Stellung zu nehmen (Urk. 4/5). Diese Verfügung konnte dem damals (in der Schweiz) nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner nicht zugestellt werden. Die Sendungen vom 1. Juli 2015 und 13. Juli 2015 (zweite Zustellung am 23. Juli 2015), welche an die schweizerische private Meldeadresse des Gesuchsgegners (zugleich die Geschäftsadresse seiner D. _____ Capital AG) gesandt wurden, retournierte die Post je mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (Urk. 4/4; vgl. den Computerausdruck aus dem Einwohnerregister vom 25. Juni 2015, Urk. 4/4). Schliesslich wurden die Parteien mit Verfügung vom 28. August 2015 zur Hauptverhandlung auf den 6. Oktober 2015 vorgeladen (Urk. 4/6). Diese Verfügung wurde dem Gesuchsgegner mit den nicht abgeholten Gerichtsurkunden vom 31. August 2015 und 10. September 2015 erfolglos zuzustellen versucht (Urk. 4/4). Ausserdem wurde die Vorladung am Freitag, dem 11. September 2015, im Amtsblatt des Kantons Zürich (Nr. ..., Meldungsnummer ...) publiziert (Urk. 4/7) und ferner auch am 10. September 2015 mit A-Post gegen Empfangsschein zugestellt. Schliesslich erschien zur Verhandlung zwar die Gesuchstellerin in Begleitung ihrer Rechtsvertreterin, nicht jedoch der Gesuchsgegner (Urk. 4/Prot. S. 6). Mit unbegründeter Verfügung und unbegründetem Urteil vom 25. Januar 2016 entschied die Vorinstanz schliesslich ohne Weiterungen wie eingangs aufgeführt (Urk. 4/12 S. 4 ff.). Auch dieser Entscheid konnte dem Gesuchsgegner trotz zweimaligen Versuchs mit Gerichtsurkunde vom 4. Februar 2016 und 17. Februar 2016 nicht zugestellt werden, da beide Sendungen mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurden (Urk. 4/4).

1.2 Nachdem unbestritten die schweizerische Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner am 14. März 2016 den Entscheid vom 25. Januar 2016 per E-Mail zugesandt und die Bezahlung von EUR 120'000.– zuzüglich Parteientschädigung gefordert hatte (Urk. 24/1), erhob der Gesuchsgegner am 24. März 2016 beim Obergericht Berufung gegen den unbegründeten Entscheid vom 25. Januar 2016 (Urk. 4/13) und verlangte bei der Vorinstanz gleichzeitig 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 Entscheid kein taugliches Anfechtungsobjekt darstellt. Im Beschluss wurde aufgezeigt, es sei zunächst bei der Vorinstanz eine Begründung zu verlangen, gegebenenfalls die Abweisung des Begründungsgesuchs mittels Beschwerde anzufechten und hernach gegen einen allfälligen begründeten Entscheid Berufung zu erheben (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 Verfügung 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 Nichtigkeit des Urteils und der Verfügung vom 25. Januar 2016, eventualiter die Aufhebung 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.).

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, eingegangen am 11. April 2017) erhob der Gesuchsgegner innert Frist Berufung gegen die Verfügung und das Urteil der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 mit eingangs 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 entgegengenommen. 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

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 seinerseits 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, Auskunftsbegehren, 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

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 Massnahmeverfahren, 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 Wir-

kung 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

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.

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 Entscheidgebühr 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.

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Rechtsmittelverfahren eine Parteienschädigung 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 unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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, 25. September 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc