

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE160011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro.

## Urteil vom 10. November 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz (Begründung/Wiederherstellung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 8. Juli 2016 (EE160169-L)**

## **Erwägungen:**

### **I. Sachverhalt / Prozessgeschichte / Prozessuales**

#### 1. Sachverhalt / Verfahrensgang vor Vorinstanz

Am 24. Juni 2015 reichte die Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Beschwerdegegnerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines portugiesischen Scheidungsverfahrens ein. Dieses wurde als Eheschutzverfahren angelegt (Auskunftserteilung nach Art. 170 ZGB, Inventaraufnahme gemäss Art. 195a ZGB und Anordnung der Gütertrennung; Geschäfts-Nr. EE150186, Urk. 4/1). Des Weiteren ersuchte die Beschwerdegegnerin darin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 8'000.– sowie um Tragung des Gerichtskostenvorschusses durch den Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan: Beschwerdeführer; Urk. 4/1 S. 3). Darauf setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 29. Juni 2015 Frist an, um zu diesen Begehren Stellung zu nehmen (Urk. 4/5). Diese Verfügung konnte dem damals (in der Schweiz) nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer 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 Beschwerdeführers (zugleich die Geschäftsadresse seiner C.\_\_\_\_\_ 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 Beschwerdeführer mit den nicht abgeholtten Gerichtsurkunden vom 31. August 2015 und 10. September 2015 erfolglos zuzustellen versucht (Urk. 4/4). Ausserdem wurde die Vorladung am Freitag, dem tt.mm.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 Be-

schwerdegegnerin in Begleitung ihrer Rechtsvertreterin, nicht jedoch der Beschwerdeführer (Urk. 4-Prot. S. 6). Am 7. Oktober 2016 sandte die schweizerische Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine E-Mail, mit welchem sie ihm mitteilte, es laufe ein Verfahren in Zürich und es habe am Vortag eine Verhandlung stattgefunden (Urk. 3/5). Der Beschwerdeführer anerkennt den Erhalt dieser E-Mail (Urk. 1 Rz 12), reagierte darauf aber nicht. Mit unbegründetem Urteil vom 25. Januar 2016 entschied die Vorinstanz schliesslich ohne Weiterungen folgendermassen (Urk. 4/12 S. 4 ff.):

**"Es wird verfügt:**

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. (Schriftliche Mitteilung).
3. Eine Begründung dieses Entscheides kann innert 10 Tagen ab dessen Zustellung schriftlich beim Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, Wengistrasse 30, Postfach, 8036 Zürich, verlangt werden. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf Anfechtung des Entscheides (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so beginnt die Frist zur Einreichung eines Rechtsmittels ab Zustellung des begründeten Entscheides zu laufen.

**Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

**Es wird erkannt:**

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 ...-Gasse ..., ... Zürich, unter Vorlage des entsprechenden Kontoauszuges per 31.12.2014;
  - den aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell ..., mit dem Nummernschild ZH ..., unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage D.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse];

- den aktuellen Verkehrswert des Fahrzeuges Ferrari, Modell ... unter Vorlage einer entsprechenden aktuellen Verkehrswertschätzung der Garage D.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse];
- weitere auf seinen Namen eingelöste Fahrzeuge;

Bezüglich der Kapitalgesellschaft C.\_\_\_\_\_ AG:

- Anzahl Aktien, die er von der C.\_\_\_\_\_ AG und weiteren Beteiligungen der C.\_\_\_\_\_ 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 tesaurierten Dividenden;
- allfälliger Kontokorrent in der C.\_\_\_\_\_ AG zu seinen Gunsten;
- sein Privatanteil am Geschäftsfahrzeug;
- sein Privatanteil an den Telefonkosten;
- sein Privatanteil an der Verpflegung, Repräsentationsspesen und Reisespesen;
- Vermögensertrag der C.\_\_\_\_\_ AG;
- die Jahresabschlüsse der C.\_\_\_\_\_ AG der Jahre 2013 und 2014 und der Kontoblätter der vorgenannten Positionen;
- Kontostand und Kontobewegungen der letzten 24 Monate des Bankkontos, IBAN CH... 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 CH... bei der E.\_\_\_\_\_ 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 ... bei der F.\_\_\_\_\_ 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 ... bei der F.\_\_\_\_\_ 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**

---

Verzichten die Parteien auf eine Begründung des Entscheids, wird die Entscheidgebühr auf zwei Drittel ermässigt.

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. Eine Begründung dieses Entscheides kann innert 10 Tagen ab dessen Zustellung schriftlich beim Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, Wengistrasse 30, Postfach, 8036 Zürich, verlangt werden. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf Anfechtung des Entscheides (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so beginnt die Frist zur Einreichung eines Rechtsmittels ab Zustellung des begründeten Entscheides zu laufen. **Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."**

Auch dieser Entscheid konnte dem Gesuchsgegner trotz zweimaligem Versuch 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). Nachdem unbestritten die schweizerische Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer 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. 1 Rz 2), erhob der Beschwerdeführer am 24. März 2016 beim Obergericht Berufung gegen den unbegründeten Entscheid vom 25. Januar 2016 (Urk. 3/2) und verlangte bei der Vorinstanz gleichzeitig dessen Begründung im Sinne von Art. 239 Abs. 2 ZPO, eventualiter die Wiederherstellung der Begründungsfrist (Urk. 1 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. 5). Mit Bezug auf das Begründungs-/Frist-

wiederherstellungsgesuch legte die Vorinstanz ein neues Verfahren (EE160169-L) an und wies beide Begehren mit Verfügung vom 8. Juli 2016 ab (Urk. 9). Diese Verfügung nahm der Beschwerdeführer am 22. Juli 2016 entgegen (Urk. 7/1).

## 2. Verfahrensgang vor zweiter Instanz

Mit Eingabe vom 2. August 2016 erhob der Beschwerdeführer dagegen innert Frist Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren (Urk. 8 S. 2; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 11 und 12/2-8):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Juli 2016 aufzuheben und es sei direkt in der Sache selbst zu entscheiden und festzustellen, dass das Urteil und die Verfügung vom 25. Januar 2016 nichtig sind.
2. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Juli 2016 aufzuheben und es sei direkt in der Sache selbst zu entscheiden und die Vorinstanz anzuweisen, das Urteil und die Verfügung vom 25. Januar 2016 zu begründen.
3. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Juli 2016 aufzuheben und es sei direkt in der Sache selbst zu entscheiden, dass die Fristen nach Ziff. 3 der Verfügung und Ziff. 10 des Urteils vom 25. Januar 2016 wieder herzustellen sind.
4. Subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Ausserdem beantragte der Beschwerdeführer die aufschiebende Wirkung (Urk. 8 S. 2). Mit Verfügung vom 5. September 2016 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdegegnerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 25 S. 10 f.). Die Beschwerdeantwort vom 19. September 2016 wurde rechtzeitig erstattet (Urk. 27; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 28 und 29/1-11). Mit Eingabe vom 2. Oktober 2016 nahm der Beschwerdeführer unaufgefordert Stellung zur Beschwerdeantwort (Urk. 31). Am 5. Oktober 2016 reichte der Beschwerdeführer überdies unaufgefordert eine neue Urkunde ein (Urk. 33 und 34). Diese beiden Eingaben wurden der Beschwerdegegnerin am 3. bzw. 6. Oktober 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt. Seither erfolgten keine weiteren Eingaben. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### 3. Rechtsbegehren / Auslegeordnung

3.1. Der Beschwerdeführer verlangt mit dem Hauptbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Urteil und die Verfügung der Vorinstanz vom 25. Januar 2016 nichtig seien (Urk. 8 S. 2). Er stellt damit ein gänzlich neues (Feststellungs-) Begehren im Beschwerdeverfahren. Die Nichtigkeit des Urteils und der Verfügung vom 25. Januar 2016 waren nicht Thema der angefochtenen Verfügung. Diese betrifft einzig die *Begründung* des Entscheids vom 25. Januar 2016 bzw. die Wiederherstellung der Begründungsfrist. Eine Klageänderung ist im Beschwerdeverfahren schon dem Grundsatz nach unzulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO; anders als im Berufungsverfahren, vgl. Art. 317 Abs. 2 ZPO).

3.2. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist zwar 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, der Betreibungsbeamte Vollstreckungshandlungen zu unterlassen, wenn der Rechtsöffnungsentscheid offensichtlich nichtig ist (z.B. weil er vom Strafrichter erlassen wurde), und der Polizeibeamte einen offensichtlich nichtigen Haftbefehl (z.B. weil er vom Scheidungsrichter erlassen wurde) nicht auszuführen. Hingegen ist der genannte, vom Bundesgericht entwickelte Grundsatz nicht so zu verstehen, dass bei jeder Behörde und jeder Instanz die Feststellung der Nichtigkeit verlangt werden kann, auch wenn diese für die Aufgabe der angerufenen Behörde oder Instanz im konkreten Fall keine Rolle spielt. So kann beim

Polizeibeamten unzweifelhaft kein Antrag gestellt werden, dieser habe festzustellen, ein Scheidungsurteil sei nichtig.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist der angeblich nichtige Entscheid (das Urteil und die Verfügung vom 25. Januar 2016) weder zu überprüfen, noch kommt ihm vorfrageweise eine Bedeutung zu, noch ist er zu vollstrecken; nicht der Entscheid, sondern bloss dessen Begründung ist Thema des vorliegenden Verfahrens. Für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens spielt es deshalb keine Rolle, ob der Entscheid, dessen Begründung verlangt wird, nichtig ist.

Aus diesen Gründen ist auf das Begehren des Beschwerdeführers, es sei die Nichtigkeit des Urteils und der Verfügung vom 25. Januar 2016 festzustellen, nicht einzutreten. Die angebliche Nichtigkeit dieses Entscheids werden die Gerichte bzw. die Behörden, welche mit einem allfälligen Rechtsmittel oder der Vollstreckung befasst sein werden, gegebenenfalls zu prüfen haben.

3.3. Auf die Eventualbegehren ist indessen einzutreten. Es ist dabei zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz anzuweisen ist, den Entscheid zu begründen (Rechtsbegehren Ziffer 2), und erst im Falle der Abweisung dieses Begehrens, ob allenfalls die Begründungsfrist wiederhergestellt werden könnte (Rechtsbegehren Ziffer 3). Mit Bezug auf die erste Frage ist dabei lediglich zu prüfen, ob und wann dieser Entscheid als dem Beschwerdeführer zugestellt gilt und damit die Begründungsfrist von Art. 239 Abs. 2 ZPO ausgelöst wurde. Die Zustellung der Vorladung zur Verhandlung vom 6. Oktober 2015 (Urk. 4/6) und die Zustellung der Verfügung vom 29. Juni 2015 (Urk. 4/5) sind folglich nur insofern zu prüfen, als diese ein Prozessrechtsverhältnis zu begründen vermocht hätten, das seinerseits mit Bezug auf die streitgegenständliche Zustellung des Entscheids vom 25. Januar 2016 Grundlage für eine Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO bilden würde (dazu unten Ziff. II/2). Der korrekte Verfahrensgang vor Vorinstanz ist hingegen nicht zu überprüfen.

#### 4. Beschwerdefähigkeit

Der angefochtene Entscheid, keine schriftliche Begründung des Urteils und der Verfügung vom 25. Januar 2016 auszufertigen, stellt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO dar. Solche können nur mit Beschwerde angefochten werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO). Das Gesetz sieht vorliegend nicht ausdrücklich ein Rechtsmittel gegen den angefochtenen Entscheid vor. Hingegen führt die Verweigerung der Entscheidbegründung zur Beschneidung des Rechtsmittelwegs, da ein unbegründeter Entscheid kein taugliches Anfechtungsobjekt einer Berufung darstellt (vgl. den Beschluss vom 12. April 2016 in Geschäfts-Nr. LE160013), was wiederum einen nicht wiedergutzumachenden rechtlichen Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO bewirkt (vgl. auch ZK ZPO-D. Staehelin, Art. 239 N 32). Auf die Beschwerde ist folglich einzutreten.

#### 5. Kognition und Rügeprinzip

In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 320 lit. a ZPO volle Kognition. Entsprechend dem Grundsatz "iura novit curia" wendet die Beschwerdeinstanz das dem Prozessstoff zugrunde liegende Recht – ebenso wie die Vorinstanz – von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Rechtsanwendung von Amtes wegen bedeutet, dass diesbezüglich keine Rügeobliegenheit der Parteien besteht. Eine Partei, die falsche oder gar keine Ausführungen zur Rechtsanwendung macht, darf keinen Rechtsnachteil erleiden (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, § 17 Rz. 1358 mit Verweis auf ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 57 N 17 und BSK ZPO-Gehri, Art. 57 N 3 ff., insbesondere N 7). Damit ist die Beschwerdeinstanz nicht an eine unvollständige oder irriige rechtliche Begründung der Parteien gebunden. Insofern hat die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen zu entscheiden, ob die Beschwerdeanträge im Ergebnis begründet sind oder nicht.

Für die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung gilt demgegenüber eine beschränkte Kognition: Erforderlich ist eine *qualifiziert* fehlerhafte Feststel-

lung des Sachverhalts, wobei "offensichtlich unrichtig" – analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG – gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV ist. Willkür liegt etwa dann vor, wenn die Vorinstanz ohne eine Begründung vom Ergebnis einer gerichtlichen Expertise abweicht oder eine von einer Partei behauptete und von der anderen Seite bestrittene rechtserhebliche Tatsache trotz Fehlens jeglicher Beweise als bewiesen erachtet (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 ZPO N 3ff.).

## 6. Noven

### 6.1. *Grundsätzliches Novenverbot*

Im Beschwerdeverfahren gilt grundsätzlich ein strenges und umfassendes Novenverbot, sowohl mit Bezug auf unechte als auch auf echte Noven (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3ff.). Unzulässige Noven sind nicht zu beachten.

### 6.2. *Ausnahme: Novenrecht, wenn sich eine Partei im vorinstanzlichen Verfahren nicht äussern konnte*

6.2.1. Die Beschwerdegegnerin konnte sich im Beschwerdeverfahren zum ersten Mal zum Begründungsgesuch des Beschwerdeführers äussern. Sie wurde vor Vorinstanz nämlich nicht zur Stellungnahme zum Begründungsgesuch des Beschwerdeführers aufgefordert (Urk. 6 S. 6). Zudem wurde ihr die Eingabe des Beschwerdeführers erst zusammen mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt (vgl. den Mitteilungssatz: Urk. 6 S. 12). Folglich hatte sie vor Vorinstanz noch nicht einmal die Möglichkeit zur unaufgeforderten Stellungnahme. Sie ist durch die damit einhergehende Beschneidung des rechtlichen Gehörs aber nicht beschwert: Das Begründungsgesuch wurde abgelehnt und der Rechtsmittelweg gegen den Entscheid vom 25. Januar 2016, welcher weitgehend zu ihren Gunsten ausgefallen ist und von ihr unangefochten blieb, versperrt (vgl. oben Ziff. 4). Eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde würde hingegen den Entscheid vom 25. Januar 2016 einer Berufung zugänglich machen, was eine Beschwer für die Beschwerdegegnerin darstellen würde.

6.2.2. Die ZPO hält für solche Fälle keine Novenregelung bereit. Art. 326 Abs. 2 ZPO sieht zwar eine Ausnahme vom Novenverbot vor, wo es besondere Bestimmungen des Gesetzes vorsehen. Dies ist jedoch nur der Fall nach Art. 327a ZPO sowie bei der Weiterziehung des Konkursentscheids oder der Arresteinsprache (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG und Art. 278 Abs. 3 SchKG; vgl. etwa ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 5). Die Lehre sieht entweder gar keine weiteren Ausnahmen vor (KUKO ZPO-Brunner, Art. 326 N 1 ff.; BSK ZPO-Spühler, Art. 326 N 1 f.; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomm., 2. Aufl., Art. 326 N 1; Reich, Stämpfli Handkomm. ZPO, Art. 326 N 2 f.; Spühler/Vock, Rechtsmittel, 2. Aufl., S. 50; CPC-Jeandin, Art. 326 N 1 ff.) oder aber lässt Noven in Anlehnung an Art. 99 Abs. 1 BGG nur soweit zu, als der vorinstanzliche Entscheid dazu Anlass gibt, mithin z.B. mit Bezug auf eine fehlerhafte Zustellung oder Eröffnung des angefochtenen Entscheids (DIKE-Komm. ZPO-Steininger, Art. 326 N 2; BK ZPO-Sterchi, Art. 326 N 3; ZPO Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny/Stauber Gehri, Art. 326 N 12; Meier, Zivilprozessrecht, S. 492; OFK-ZPO-Gehri, Art. 326 N 1, mit Hinweis auf BGE 139 III 466, E. 3.4). Das Bundesgericht entschied sich in BGE 139 III 466, E. 3.4, für eine mit Art. 99 Abs. 1 BGG kongruente Auslegung von Art. 326 Abs. 1 ZPO: *"Noven müssen nämlich in der Beschwerde zumindest so weit vorgebracht werden können, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (so die Formulierung in Art. 99 Abs. 1 BGG [...]). Sonst würden die möglichen Beschwerdegründe bzw. ihre Unterlegung durch Tatsachenbehauptungen vor der kantonalen Beschwerdeinstanz stärker eingeschränkt als es hernach vor Bundesgericht – bei der Anfechtung des zweitinstanzlichen Urteils – der Fall ist. Eine solche systematische Inkongruenz kann nicht im Sinne der ZPO sein (vgl. auch Art. 111 Abs. 3 BGG)"*. Auch das BGG beantwortet die Frage, ob eine Partei, die sich am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligen konnte, mit Noven zuzulassen ist, nicht ausdrücklich. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass das Novenverbot nicht gelte, wo eine Partei ohne eigenes Verschulden in das vorinstanzliche Verfahren nicht einbezogen wurde (Seiler, Stämpfli Handkomm. BGG, Art. 99 N 6; BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 99 N 50). In einem öffentlich-rechtlichen Verfahren entschied das Bundesgericht in BGE 136 II 359, dass eine Bundesbehörde, welche nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG beschwerdelegi-

timiert ist und unverschuldet nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilnehmen konnte (z.B. weil ihr erst der letztinstanzliche kantonale Entscheid zu eröffnen war), im Beschwerdeverfahren neue Begehren stellen kann (E. 1.2). Als Folge davon sei der Gegenpartei vor Bundesgericht zum neuen Begehren das rechtliche Gehör zu gewähren und – analog zu Art. 99 Abs. 1 BGG – zu gestatten, auch neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, zu denen erst die neuen Begehren der Gegenpartei Anlass geben (E. 1.3). Aus diesem Entscheid und der in BGE 139 III 466, E. 3.4, geforderten kongruenten Auslegung von Art. 326 Abs. 1 ZPO und Art. 99 Abs. 1 BGG folgt, dass eine Partei, die sich vor erster Instanz unverschuldet nicht zum Streitgegenstand der Beschwerde äussern konnte, im kantonalen Beschwerdeverfahren entgegen dem Wortlaut von Art. 326 Abs. 1 ZPO mit neuen Tatsachen und Beweismitteln zuzulassen ist. Da das Beschwerdeverfahren aber regelmässig ohne zweiten Schriftenwechsel auskommt, müssen die neuen Tatsachen und Beweismittel unverzüglich, das heisst mit der Beschwerdebegründung oder -antwort vorgebracht werden. Die Gegenpartei, welche sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligen konnte oder schuldhaft unterlassen hat sich zu beteiligen, ist indessen nur noch mit Noven zuzulassen, zu denen erst die neuen Tatsachen und Beweismittel der vor Vorinstanz nicht gehörten Partei Anlass geben.

## 7. Unzulässige Noven

7.1. Alle von der Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort vorgetragenen Vorbringen und offerierten Beweise sind damit aus novenrechtlicher Sicht zulässig.

7.2. Der Beschwerdeführer offeriert mit der Beschwerdeschrift als Beweis für die darin vorgebrachten Behauptungen seine Parteiaussage sowie die Einvernahme seines portugiesischen Anwalts als Zeuge (Urk. 8 Rz 26, 31, 33, 34, 40 und 48). Er hat diese Beweismittel schon vor Vorinstanz angeboten (Urk. 1 Rz 9, 13, 15 und 16), diese wurden jedoch nicht abgenommen. Folglich stünde dem Beschwerdeführer gegebenenfalls die Rüge zu, die Abnahme sei zu Unrecht unterblieben. Soweit diese Beweismittel – wie auch die mit der Replik vorgetragenen Behauptungen und Beweismittel des Beschwerdeführers – eine Bedeutung im

Zusammenhang mit den zulässigen neuen Vorbringen der Beschwerdegegnerin erlangen, wären sie abzunehmen.

## **II. Materielles**

### 1. Vorbringen zum Begründungsbegehren

#### 1.1. *Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift*

Der Beschwerdeführer rügt mit der Beschwerde (Urk. 8), die Vorinstanz habe das Gesuch um Begründung der Verfügung und des Urteils vom 25. Januar 2016 (fortan: Entscheid vom 25. Januar 2016) zu Unrecht abgewiesen (Rz 24). Sie sei unter unrichtiger Rechtsanwendung davon ausgegangen, die Publikation der Vorladung zur Verhandlung vom 6. Oktober 2015 habe ein Prozessrechtsverhältnis zum Beschwerdeführer begründet, und daraus gefolgert, ihm sei dadurch eine Treuepflicht zugekommen, dafür Sorge zu tragen, dass ihm gerichtliche Sendungen zugestellt werden könnten (Rz 63 ff.). Die Zustellfiktion durch Publikation hätte nur dann zustande kommen können, wenn es unmöglich gewesen wäre, dem Beschwerdeführer die Sendungen zuzustellen. Bevor davon ausgegangen werden könne, müssten sämtliche sachdienlichen Nachforschungen wie beispielsweise eine Anfrage erfolglos geblieben sein. Die Vorinstanz habe aber keinerlei Nachforschungen vor der Publikation unternommen. Zwei nur zehn Tage auseinanderliegende Zustellversuche (am 31. August und 10. September 2015) reichten nicht aus, um eine Unmöglichkeit zu begründen (Rz 53 ff.). Um die Unmöglichkeit der Zustellung zu bejahen, hätte die Vorinstanz sich zumindest bei der Rechtsanwältin der Beschwerdegegnerin nach dem aktuellen Aufenthalt des Beschwerdeführers oder den Kontaktdaten seines Rechtsvertreters erkundigen müssen. Da die Zürcher Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin Kenntnis von deren portugiesischer Rechtsvertretung gehabt habe, wäre eine solche Anfrage erfolgversprechend gewesen (Rz 57). Mit Bezug auf die Treuepflicht des Beschwerdeführers stütze sich die Vorinstanz sodann fälschlicherweise auf die mehrfachen postalischen Zustellversuche betreffend die Verfügung vom 29. Juni 2015 und die Vorladung sowie die widerlegbare Vermutung, dass die Post die

Abholungseinladung für die eingeschriebenen Sendungen im Briefkasten hinterlassen habe, und folgere daraus zu Unrecht, aufgrund der Abholungseinladungen habe der Beschwerdeführer vom Verfahren gewusst. Die Abholungseinladungen würden indes gerade keine Kenntnis des hängigen Verfahrens bewirken (Rz 65 f.). Der Beschwerdeführer habe diese Abholungseinladungen nie zur Kenntnis genommen und mangels Deutschkenntnisse habe er den Vermerk "Gerichtsurkunde" nicht verstanden. Die Argumentation der Vorinstanz bewirke bezüglich des Zustellungserfolgs eine Beweislastumkehr zulasten des Adressaten (Rz 67). Weiter halte die Vorinstanz unzutreffend dafür, der Beschwerdeführer habe aufgrund des teilweisen Nichteintretensentscheids der portugiesischen Gerichte wegen örtlicher Unzuständigkeit und der E-Mail der Anwältin der Beschwerdegegnerin vom 7. Oktober 2015 (diese machte den Beschwerdeführer auf die Verhandlung vom Vortag und das Verfahren aufmerksam) davon ausgehen müssen, dass er in der Schweiz in ein Verfahren eingebunden sei. Dabei habe die Vorinstanz aber unter willkürlicher Sachverhaltsfeststellung ausser Acht gelassen, dass mit Bezug auf das portugiesische Verfahren ein anwaltliches Abkommen der gegenseitigen Information bestanden habe und es sich beim Schweizer Massnahmeverfahren um ein anderes als das portugiesische Scheidungsverfahren handle. Der Beschwerdeführer habe mangels Bezug der Gegenpartei zur Schweiz keinen Anlass gehabt davon auszugehen, dass diese in Zürich ein Verfahren gegen ihn anstrengen würde. Sodann habe er sich auf seinen Anwalt verlassen dürfen (Rz 68 ff.). Die Vorinstanz wende aus diesen Gründen das Recht falsch an, wenn sie den Entscheid vom 25. Januar 2016 gestützt auf Art. 138 Abs. 3 ZPO als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch vom 5. Februar 2016 zugestellt gelten lasse (Rz. 73 ff.).

## 1.2 *Vorbringen der Beschwerdegegnerin*

Die Beschwerdegegnerin führt in der Beschwerdeantwort aus (Urk. 27), es seien im Zeitraum von Juli 2015 bis Januar 2016 insgesamt acht gerichtliche Zustellversuche an den Beschwerdeführer erfolgt. Es sei nicht wahrscheinlich, dass die Abholungseinladungen allesamt nicht in den Briefkasten gelegt worden seien. Es sei missbräuchlich vom Beschwerdeführer, den Erhalt derselben pauschal zu bestrei-

ten. Vielmehr spreche eine Vermutung dafür, dass er diese erhalten habe, weshalb bereits ab dem zweiten Zustellversuch vom 13. Juli 2015 die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a und b ZPO greife (Rz 5-9). Sodann müsse der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG, mithin einer Schweizer Aktiengesellschaft, wissen, dass behördliche Mitteilungen per Einschreibebrief nicht ignoriert werden dürften (Beweisofferte: HR-Auszug, Urk. 29/9). Aufgrund seines zweieinhalbjährigen Aufenthalts in der Schweiz dürfe davon ausgegangen werden, er habe Grundkenntnisse der deutschen Sprache. Er hätte deshalb sich zumindest beim Absender der verpassten Einschreiben nach deren Bedeutung erkundigen müssen (Rz 10-13). Aufgrund der Briefkasteneinheit zwischen dem Beschwerdeführer und der C.\_\_\_\_\_ AG hätte dieser die Prokuristin der Letzteren anweisen können, seine Post entgegenzunehmen (Rz 10 und 15; Beweisofferte: Fotos von Briefkasten, Klingel und Hauseingang, Urk. 29/10). Der Beschwerdeführer habe nicht spezifiziert geltend gemacht, die A-Post-Sendung vom 10. September 2015 mit der Vorladung nicht erhalten zu haben. Aus dieser habe er direkt ersehen können, dass er zur Verhandlung vorgeladen wurde. Im nationalen Verfahren sei es ausreichend, dass der Betroffene tatsächlich Kenntnis von einer Vorladung erhalte (Rz 16 f.). Da in Portugal ein Scheidungsverfahren, nicht jedoch auch die Regelung sämtlicher Nebenfolgen anhängig gemacht worden sei, habe der Beschwerdeführer grundsätzlich mit einem Verfahren in der Schweiz rechnen müssen, zumal er in der Schweiz Vermögenswerte halte (Rz 19 ff.). Die vom Beschwerdeführer behauptete Abrede der gegenseitigen anwaltlichen Information werde bestritten und hätte im Übrigen die Zürcher Anwältin der Beschwerdegegnerin nicht gebunden (Rz 20 f.; Beweisofferte: Erklärung von RA Y1.\_\_\_\_\_, Urk. 29/11). Unter diesen Umständen habe bereits vorprozessual mit einer Zustellung gerechnet werden müssen (Rz 23; unter Verweis auf BGE 138 III 225). Spätestens nach der A-Post-Vorladung vom 10. September 2015 sei ein Prozessrechtsverhältnis entstanden (Rz 24). Schliesslich sei auch die vom Beschwerdeführer unstreitig erhaltene E-Mail von Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ vom 7. Oktober 2015 von Belang, mit welcher diese den Beschwerdeführer auf das Zürcher Verfahren und die stattgefundene Verhandlung hingewiesen habe. Es sei unverständlich, dass er dieser E-Mail keine Bedeutung beigemessen habe. Allerspät-

tens am 7. Oktober 2015 habe er somit vom Zürcher Verfahren Kenntnis gehabt (Rz 25-28). Mit Bezug auf die Zulässigkeit der Publikation der Vorladung stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, das "Verhalten des Beschwerdeführers, der in unablässiger Renitenz auf wiederholte GU-Zustellversuche nicht reagierte, indem er die Abholungseinladungen einfach ignorierte, [sei] ein Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 1 lit. b", mithin ein Fall unmöglicher Zustellung. Da der Vorinstanz aus den vorangehenden erfolglosen Zustellversuchen bekannt gewesen sei, dass Zustellungen an den Beschwerdeführer wie auch Ersatzzustellungen im Sinne von Art. 138 Abs. 2 ZPO an andere an der Adresse des Beschwerdeführers gemeldete Personen nicht gelingen würde, habe die Vorinstanz ohne weitere Nachforschungen zur Ediktalzustellung schreiten dürfen. Eine Erkundigung bei der Schweizer Rechtsvertretung der Beschwerdegegnerin wäre sodann ins Leere gestossen, da der Beschwerdeführer damals keine Schweizer Rechtsvertretung gehabt habe (Rz 30).

### *1.3. Vorbringen in der Replik und der Noveneingabe vom 5. Oktober 2016*

Der Beschwerdeführer erwidert in der Replik (Urk. 31), er habe in Zürich mit keinem Verfahren rechnen und darum seine Post nicht entsprechend organisieren müssen (Rz 7 f.). Obwohl er seinen Wohnsitz an der gleichen Adresse wie die C.\_\_\_\_\_ AG ihren Sitz habe, würde die Privat- und Geschäftspost getrennt bearbeitet. Es gelte auch gegenüber Mitbewohnern das Postgeheimnis (Rz 11). Die Prokuristin der Firma regle nicht die persönlichen Angelegenheiten des Beschwerdegegners. Er habe sie oder einen Dritten damit auch nicht betrauen müssen, weil er mit keiner gerichtlichen Zustellung gerechnet habe (Rz 13 f.). Die Zustellversuche betreffend die Vorladung seien über eine Zeitspanne von nur knapp drei Wochen erfolgt. Dass eine Person während einer so kurzen Zeit nicht verfügbar sei, könne ihr nicht vorgeworfen werden (Rz 15). Eine A-Post-Sendung sei keine förmliche Zustellung und rechtsunerheblich. Liesse man diese gelten, würden die erhöhten Anforderungen an die förmliche Zustellung obsolet (Rz 18 f.). Er habe die A-Post-Sendung nicht erhalten und schon in der Beschwerde (Urk. 8 Rz 40) bestritten, die Postsendungen erhalten zu haben, und ausserdem auch vor Vorinstanz (Urk. 1 Rz 2 ff. und Rz 13 f.) ausgeführt, keine Kenntnis von der Ver-

handlung vom 6. Oktober 2015 gehabt zu haben, was die Bestreitung des Erhalts der A-Post-Sendung beinhalte (Rz 3). Es habe sehr wohl ein Abkommen zwischen den portugiesischen Anwälten der Parteien bestanden, keine rechtlichen Schritte ohne gegenseitige Information einzuleiten (Rz 21; Beweisofferte: Erklärung von RA X1.\_\_\_\_\_, Urk. 33 und 34). Mit einem Antrag auf vorsorgliche Massnahmen habe der Beschwerdeführer gar nicht gerechnet, da die Beschwerdegegnerin keine Schwierigkeiten habe, für ihren Unterhalt aufzukommen. Mit einem solchen Antrag hätte er, wenn überhaupt, in Portugal gerechnet (Rz 23). Wenn die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf BGE 138 III 225 argumentiere, dieser Fall zähle zu den Fallgruppen, bei welchen auch vorprozessual mit einer Zustellung gerechnet werden müsse, zitiere sie die wesentliche Aussage des Bundesgerichts falsch, welches Rechtshängigkeit fordere und bloss auf eine abweichende Lehrmeinung hinweise (Rz 24). Dass es für eine gültige Zustellfiktion eines Prozessrechtsverhältnisses bedürfe, habe das Bundesgericht in weiteren Entscheiden bestätigt (BGer 5A\_646/2015, E. 2.2.1; 5A\_732/2013, E. 4.3 und BGer 5A\_547/2015 vom 4. Juli 2016; Rz 24). Richtig sei, dass der Beschwerdeführer damals keine Schweizer Rechtsvertretung gehabt habe, hingegen sei davon auszugehen, dass die vormalige portugiesische Rechtsvertreterin die vormalige Schweizer Rechtsanwältin der Beschwerdegegnerin darüber aufgeklärt habe, dass der Beschwerdeführer in Portugal anwaltlich vertreten sei (Rz. 28).

## 2. Ordentliche Zustellung, Zustellungsfiktion und Ediktalzustellung

### 2.1. *Ordentliche Zustellung*

Verfügungen und Entscheide sind förmlich zuzustellen (Art. 136 lit. b ZPO). Die förmliche Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung auf andere Weise als durch eingeschriebene Postsendung kann im Kanton Zürich insbesondere durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei vorgenommen werden (§ 121 Abs. 1 GOG). Die Zustellung ist (tatsächlich) erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder dem Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde ("Ersatzzustellung", Art. 138 Abs. 2 ZPO).

## 2.2. Zustellungsfiktion

Ausserdem kann in bestimmten Fällen eine Zustellungsfiktion eintreten. Dabei gilt die Zustellung als erfolgt, auch wenn die Sendung den Adressaten bzw. bei der Ersatzzustellung eine zum Empfang ermächtigte Person gar nie erreicht hat. Eine Zustellungsfiktion tritt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch ein, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Sie kann ferner im Falle der Annahmeverweigerung eintreten (Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO), was hier aber keine Rolle spielt.

Wie Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausdrücklich festhält, kann die Zustellung eines behördlichen Aktes nur dann fingiert werden, wenn der Empfänger mit der Zustellung rechnen musste. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Diese prozessuale Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. die vom Beschwerdeführer zitierten BGer 5A\_732/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 4.3, und BGer 5A\_646/2015 vom 4. Juli 2016, E. 2.2.1).

In der Lehre wird allerdings vertreten, dass eine Partei mitunter auch vorprozessual mit einer Zustellung rechnen müsse. Das Bestehen eines Prozessrechtsverhältnisses ist nach dieser Ansicht bloss ein Beispiel für einen Fall, in welchem mit Zustellungen zu rechnen ist. Das Bundesgericht teilt diese Meinung, wie erwähnt, grundsätzlich nicht. Es weicht das Erfordernis des Prozessrechtsverhältnisses aber dadurch auf, als es einer *rechtsmissbräuchlichen* Berufung auf das noch nicht begründete Prozessrechtsverhältnis den Schutz versagt (vgl. den von den Parteien zitierten BGE 138 III 225, E. 3.1, mit Hinweis auf BGer 5A\_172/2009 vom 26. Januar 2010, E. 5). In BGer 5A\_172/2009 vom 26. Januar 2010 befasste sich das Bundesgericht mit der (erfolglosen) Zustellung einer Verfügung einer Versicherung als Betreibungsgläubigerin. Die Versicherung beseitigte mit der Ver-

fügung (im Verwaltungsverfahren) den Rechtsvorschlag des Schuldners selbstständig (Sachverhalt A). Das Bundesgericht liess den zweifachen Versuch der Versicherung, dem Schuldner die Verfügung mit eingeschriebener Post zuzustellen, für die Zustellfiktion nicht genügen (E. 4.3). Es wies jedoch darauf hin, dass in der Lehre die Auffassung vertreten werde, der Gläubiger müsse nach einem vergeblichen Zustellversuch die Möglichkeit haben, Indizien zu schaffen, welche auf effektiven Zugang schliessen lassen, wobei als mögliche Vorgehensweisen Nachhaken durch Fax, Sendung mit gewöhnlicher Post, Aktennotiz betreffend Telefonate mit dem Schuldner, Verkehr per E-Mail sowie Publikation gemäss Art. 36 VwVG genannt würden (E. 5). Ob sich das Bundesgericht diese zitierte Lehrmeinung in allgemeiner Form – d.h. nicht bloss mit Bezug auf den Fall, dass ein Gläubiger den Rechtsvorschlag im Verwaltungsverfahren selbst beseitigt – zu eigen machen wollte, bleibt unklar. Wenn der Gläubiger den Rechtsvorschlag selbst beseitigt, kommt ihm eine Doppelrolle zu, er ist gleichzeitig Partei und Richter. Folglich sind seine Bemühungen nachzuhaken quasi solche des Gerichts. Dies kann nicht gleichgesetzt werden mit gleichartigen Bemühungen einer "normalen" Partei.

Beruft sich eine Partei auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis, obwohl die Gegenpartei sie auf die vorgeschlagene Art und Weise vom Verfahren oder der Sendung in Kenntnis zu setzen versucht hat, verhält sie sich jedenfalls noch nicht rechtsmissbräuchlich. Es besteht keine allgemeine Pflicht, solchen Kontaktversuchen durch Private im Zusammenhang mit gerichtlichen Verfahren Beachtung zu schenken. Folglich kann einer Partei nicht entgegengehalten werden, sie habe Kontaktversuche der Gegenpartei ignoriert, jedenfalls dann nicht, wenn die Gegenpartei anders als in BGer 5A\_172/2009 eine Privatperson und nicht mit der Kompetenz ausgestattet ist, selbständig Verfügungen zu erlassen. Solche Bemühungen müssten vielmehr seitens des Gerichts erfolgen, um die Berufung auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis gegebenenfalls rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen, ansonsten einer Privatjustiz Tür und Tor geöffnet würde.

Ergeben sich durch Handlungen des Gerichts – z.B. indem das Gericht im Zusammenhang mit dem fraglichen Verfahren bereits nachweislich und erfolgreich

mit einer Partei persönlich, telefonisch, per Fax oder E-Mail in Kontakt getreten ist – konkrete Anhaltspunkte für die Kenntnis der Partei vom Verfahren, kann die Berufung auf ein fehlendes Prozessrechtsverhältnis im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durchaus rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Partei nach Treu und Glauben mit einer gerichtlichen Zustellung in dem ihr bekannten Verfahren rechnen musste.

Abschliessend ist zu bemerken, dass vorliegend die Zustellungsfiktion in einem schweizerischen Erkenntnisverfahren, nicht jedoch die Anerkennungsfähigkeit eines ausländischen Urteils in der Schweiz zu prüfen ist. Mit Bezug auf die Form der Zustellung sind deshalb Art. 136 ff. ZPO einschlägig. Allein an diesen Bestimmungen ist die gehörige Zustellung zu messen. Ob die Zustellversuche Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG bzw. Art. 34 Ziff. 2 LugÜ sowie der Rechtsprechung dazu zu genügen vermöchten, spielt für die vorliegend zu klärende Fragestellung keine Rolle.

### 2.3. *Ediktalzustellung*

Schliesslich kann eine Zustellung auch ediktal, d.h. durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen (Art. 141 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung gilt diesfalls am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Es handelt sich dabei gewissermassen auch um eine Zustellungsfiktion, denn die Zustellung gilt als erfolgt, unabhängig davon, ob der Adressat die Publikation zur Kenntnis genommen hat oder nicht; die Nichtkenntnisnahme dürfte sogar den Regelfall bilden.

Die Ediktalzustellung ist nur in drei Fällen zulässig: Wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO), wenn eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO) oder wenn eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO). Vorliegend steht einzig der Fall einer *unmöglichen* Zustellung zur Diskussion (Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO), da

der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz hat und sein hiesiger Aufenthaltsort bzw. sogar seine Adresse bekannt sind. Während die Wahl der ordentlichen Zustellungsart (gegen Empfangsbestätigung durch Einschreiben, Gemeindeammann, Gerichtsangehörige, Polizei, etc.) durchaus im Ermessen des Gerichts liegt, darf die Publikation gestützt auf den Auffangtatbestand gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO hingegen als ultima ratio nur zur Anwendung gelangen, wenn die genannten Voraussetzungen dafür erfüllt sind (*OGer ZH RT160021 vom 15.06.2016, E. 4b; OGer ZH PF150044 vom 02.09.2015, E. 3.3*). Wurden erfolglose Zustellversuche mit eingeschriebener Sendung und durch den Gemeindeammann unternommen, wird in der Zürcher Praxis regelmässig von einer unmöglichen Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen (*OGer ZH RT160021 vom 15.06.2016, E. 4/b-c; OGer ZH PS140173 vom 25.07.2014, E. 2.2; HGer ZH HG150106 vom 08.03.2016, E. 1.1; HGer ZH HG120172 vom 04.03.2013, E. 2.3*). Der blosser Zustellversuch über den Gemeindeammann (ohne Zustellversuch per Einschreiben) wurde hingegen nicht gelten gelassen (*OGer ZH PF150044 vom 02.09.2015, E. 3.3 f.*). Das Zürcher Handelsgericht liess hingegen auch schon den zweifachen Zustellversuch mit Einschreiben genügen (*HGer ZH vom HG140174 12.03.2015, E.1.1*). Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine Praxis. Ausserdem erfolgte die Zustellung an die aus dem Handelsregister ersichtliche Adresse einer Aktiengesellschaft. Jener Fall lässt sich nicht mit dem vorliegenden vergleichen, denn bei einer Aktiengesellschaft dürfen grundsätzlich höhere Anforderungen an die Organisation der Post gestellt werden als bei einer Privatperson. In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, dass mehrfache, erfolglose Zustellversuche als Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO zu gelten haben und die Ediktalzustellung zu rechtfertigen vermögen (so: Strobel, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 141 N 18). Die wohl herrschende Lehre stellt sich – unter Hinweis auf BGE 116 III 85, E. 2 – auf den Standpunkt, es seien (zudem) sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorzunehmen (z.B. Konsultation von Einwohnerkontrollen, Fürsorgeämtern und Bekannten), bevor eine Zustellung als unmöglich gelten dürfe (BK ZPO-Frei, Art.141 N 12; OFK ZPO-R. M. Jenny/D. Jenny, Art. 141 N 4; BSK ZPO-Gschwend/Bornatico, Art. 141 N 3; KUKO ZPO-Weber, Art. 141 N 2). Die vorgeschlagenen Nachforschungen sind jedoch grund-

sätzlich nicht zielführend, wenn die Problematik nicht im unbekanntem Aufenthaltsort des Adressaten liegt, sondern in der (mehrfach) unterlassenen Abholung der eingeschriebenen Sendung. Solche Nachforschungen drängen sich indes dann auf, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Adressat an einer anderen als der Zustelladresse aufhält oder längere Zeit abwesend ist. Zutreffenderweise und wohl mit Blick auf die in Zürich mögliche Zustellung durch den Gemeindeammann erachtet Huber (DIKE-Komm-ZPO, Art. 141 N 19) die Ediktalzustellung dann für zulässig, wenn der Adressat die Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt noch zuhause angetroffen werden kann.

Da die Ediktalzustellung ultima ratio bleiben muss, hat das Gericht zunächst alles Zumutbare vorzukehren, um eine effektive Zustellung zu ermöglichen. Es sind dies in der Regel ein zweifacher Zustellversuch mit eingeschriebener Post, wobei allenfalls auch die von der Post angebotene Zustellanweisung "2. Zustellung am darauffolgenden Samstag" zu nutzen ist, und zusätzlich Zustellversuche durch den Gemeindeammann, die Polizei oder Angehörige des Gerichts vorzunehmen sind (§ 121 Abs. 1 GOG). Bestehen Anhaltspunkte für eine längere Abwesenheit oder den Aufenthalt an einem anderen Ort als der Zustelladresse, sind ferner entsprechende Abklärungen zu treffen, zu dokumentieren und deren Ergebnisse im Rahmen eines weiteren geeigneten Zustellversuchs umzusetzen. Konnte eine Zustellung trotz dieser Vorkehren nicht erfolgen, hat sie als unmöglich im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO zu gelten und es kann stattdessen zur Ediktalzustellung geschritten werden.

#### *2.4. Pflicht zur Postorganisation*

Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass keine allgemeine Pflicht zur Postorganisation besteht – weder im noch ausserhalb eines Prozessrechtsverhältnisses. Besteht ein Prozessrechtsverhältnis oder beruft sich eine Partei rechtsmissbräuchlich auf das Fehlen eines solchen, hat sie sich hingegen die Zustellung anrechnen zu lassen, auch wenn sie die Postsendung – beispielsweise infolge mangelnder Postorganisation – gar nicht erhalten hat. Folglich ist auf die von der Beschwerdegegnerin vorgetragene Kritik, der Beschwerdeführer hätte die Prokuristin

seiner C.\_\_\_\_\_ AG mit der Betreuung seiner privaten Post betrauen müssen, ebenso wenig einzugehen wie auf die Frage, ob er die Abholungseinladungen im Briefkasten vorgefunden, wahrgenommen und verstanden hat. Soweit ein Prozessrechtsverhältnis besteht, wäre die dadurch belastete Partei hingegen zum Beweis zuzulassen, es sei ihr keine Abholungseinladung hinterlassen worden.

### 3. Zustellung der Verfügung vom 29. Juni 2015

3.1. Mit Verfügung vom 29. Juni 2015 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Frist zur Stellungnahme betreffend Kosten- und Prozesskostenvorschuss an (Urk. 4/5). Die Vorinstanz versuchte dreimal, diese Verfügung dem Beschwerdeführer mit eingeschriebener Postsendung (Gerichtsurkunde) zuzustellen. Die Zustellversuche erfolgten am 1. Juli, 13. Juli und 5. August 2015. Die Zustellung vom 13. Juli 2015 erfolgte mit der Anweisung an die Post, eine zweite Zustellung zu versuchen. Sämtliche Sendungen wurden von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (Urk. 4/4).

3.2. Zum Zeitpunkt dieser Zustellungen bestand kein Prozessrechtsverhältnis. Es handelte sich um die ersten (versuchten) Zustellungen an den Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren. Die mehrfache erfolglose Zustellung mit Einschreiben führte deshalb nicht zur Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO (vgl. oben Ziff. 2.2). Sie hat als nicht erfolgt zu gelten. Dementsprechend führten diese Zustellversuche ihrerseits auch nicht zur Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses.

### 4. Zustellung der Vorladung vom 28. August 2015

4.1. Mit Vorladung vom 28. August 2015 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 6. Oktober 2015 vorgeladen (Urk. 6). Die Vorladung wurde dem Beschwerdeführer zunächst am 31. August 2015 und hernach am 10. September 2015 als Gerichtsurkunde zuzustellen versucht, wobei diese Sendungen als "nicht abgeholt" retourniert wurden (Urk. 4/4). Ausserdem erfolgte am 10. September 2015 zusätzlich eine Zustellung per A-Post (Urk. 4/4).

4.2. Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer die A-Post-Sendung erhalten hat. Der Beschwerdeführer macht mit der Beschwerde geltend, keine Postsendungen erhalten zu haben (Urk. 8 Rz 40). Vor Vorinstanz machte er geltend, keine Kenntnis von der Verhandlung gehabt zu haben (Urk. 1 Rz 2). Auf den Einwand der Beschwerdegegnerin hin, den Erhalt der A-Post-Sendung nicht spezifiziert bestritten zu haben, erhob er in der Replik schliesslich deren konkrete Bestreitung (Urk. 31 Rz 3). Damit machte der Beschwerdeführer bereits vor Vorinstanz dem Grundsatz nach geltend, die Vorladung (auch) per A-Post nicht erhalten zu haben. Da die Vorinstanz sich nicht auf die A-Post-Sendung stützte, bestand ferner kein Anlass, den Erhalt derselben bereits mit der Beschwerde spezifiziert zu bestreiten. Die konkrete Bestreitung mit der Replik als Reaktion auf das Vorbringen der Beschwerdegegnerin ist damit rechtzeitig erfolgt. Beweismittel für die tatsächliche Kenntnisnahme von der A-Post-Sendung nannte die Beschwerdegegnerin nicht. Es kann sodann nicht von einer Vermutung ausgegangen werden, die Post habe die A-Post-Sendung tatsächlich in den Briefkasten gelegt. Dies würde bedeuten, dass A-Post-Sendungen grundsätzlich ausreichend wären, um eine Zustellfiktion zu bewirken. Liesse man diese Zustellungsweise für eine Zustellfiktion genügen, würde die klare Regelung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, welche sich ausdrücklich auf eingeschriebene Postsendungen bezieht, aus den Angeln gehoben. Eine A-Post-Sendung kann deshalb nur Wirkungen entfalten, wenn sie den Empfänger tatsächlich und nachweislich erreicht hat. Dies ist aber gerade nicht belegt. Entsprechend ist davon auszugehen, der Beschwerdeführer habe diese Sendung nicht erhalten. Es spielt folglich auch keine Rolle, ob – wie die Beschwerdegegnerin ausführt – die tatsächliche Kenntnis von einer Vorladung im nationalen Verfahren ausreichen würde.

4.3. Mit Bezug auf die beiden Zustellungen der Vorladung als Gerichtsurkunde ist festzuhalten, dass nach wie vor kein Prozessrechtsverhältnis bestand. Deshalb konnte durch den zweifachen Zustellversuch auch keine Zustellfiktion ausgelöst werden.

4.4. Schliesslich wurde die Vorladung am tt.mm.2015 auch im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert. Der Publikationsauftrag wurde bereits am tt.mm.2015

erteilt (Urk. 7). Es erfolgte kein Zustellversuch durch den Gemeindeammann. Aus den Akten sind auch keine der Publikation vorgelagerten gerichtlichen Nachforschungen ersichtlich (vgl. dazu oben Ziff. 2.3), um eine allfällige längere Abwesenheit oder eine andere Zustelladresse bzw. einen anderen Aufenthaltsort des Beschwerdeführers abzuklären. Der Beschwerdeführer bemängelt insbesondere die unterbliebene Anfrage bei der Anwältin der Gegenpartei. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Beschwerdeführer an einer anderen Adresse, die über seine portugiesische Rechtsvertretung in Erfahrung zu bringen gewesen wäre, oder zu einem späteren Zeitpunkt hätte erreicht werden können. Deshalb konnten entsprechende Abklärungen unterbleiben. Hingegen hätte auf jeden Fall zumindest ein Zustellversuch mit dem Gemeindeammann erfolgen müssen. Ohne einen solchen Zustellversuch konnte die Zustellung an den Beschwerdeführer im Publikationszeitpunkt hingegen nicht als unmöglich im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO gelten (vgl. oben Ziff. 2.3). Deshalb war die Ediktalzustellung unzulässig und konnte keine Wirkungen entfalten. Die Zustellung gilt deshalb nicht gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO als am Tag der Publikation erfolgt.

4.5. Im Ergebnis hat die Vorladung auf die Verhandlung vom 6. Oktober 2016 als nicht zugestellt zu gelten. Sie konnte dementsprechend ihrerseits auch kein Prozessrechtsverhältnis begründen.

## 5. Zustellung der Verfügung und des Urteils vom 25. Januar 2016

5.1. Der Entscheid vom 25. Januar 2016 wurde dem Beschwerdeführer am 4. Februar und 17. Februar 2016 je einmal per Gerichtsurkunde zuzustellen versucht. Die Post retournierte beide Sendungen mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (Urk. 4/4). Weitere Zustellversuche erfolgten nicht.

5.2. Da bis zu jenem Zeitpunkt noch immer kein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde, vermögen diese beiden Zustellungsversuche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich keine Zustellfiktion auszulösen.

5.3. Die Vorinstanz wie auch die Beschwerdegegnerin stellen sich auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe durch die E-Mail von Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ vom 7. Oktober 2015 (Urk. 3/5) Kenntnis vom Zürcher Verfahren gehabt. In der fraglichen E-Mail weist Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer in portugiesischer Sprache darauf hin, dass sie von der Beschwerdegegnerin für ein Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen in der Schweiz mandatiert worden sei und am Tag zuvor vor dem Bezirksgericht, 5. Abteilung, bei Richter lic. iur. G.\_\_\_\_\_ eine Verhandlung stattgefunden habe, zu welcher der Beschwerdegegner nicht erschienen sei. Sie fordert ihn sodann auf, sich direkt beim Gericht zu melden und am Prozess teilzunehmen. Die E-Mail wurde von der Geschäftsadresse von Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ aus gesendet (Y2.\_\_\_\_\_@....ch), jedoch findet sich in der Signatur nicht die Bezeichnung "Rechtsanwältin" (Urk. 3/5), was gewisse Zweifel beim Empfänger aufkommen lassen konnte. Unabhängig davon und ganz generell sind jedoch Kontaktaufnahmen durch eine private Gegenpartei nicht geeignet, die Gegenpartei zu irgendeiner Verfahrenshandlung zu verpflichten oder bei dieser zumindest eine rechtserhebliche Kenntnis vom Verfahren auszulösen (vgl. oben Ziff. 2.2). Deshalb ist die Berufung des Beschwerdegegners auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis auch nach dem unbestrittenen Erhalt der E-Mail vom 7. Oktober 2015 nicht als rechtsmissbräuchlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 III 225, E. 3.1) zu taxieren.

## 6. Bedeutung des portugiesischen Verfahrens

6.1. Schliesslich halten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin dafür, der Beschwerdeführer habe aufgrund des in Portugal anhängig gemachten eherechtlichen Verfahrens auch mit einem Verfahren in der Schweiz rechnen müssen, da er in der Schweiz Vermögenswerte halte und das portugiesische Gericht auf das Inventarisierungsbegehren nach portugiesischem Recht mit Bezug auf diese nicht eingetreten sei (Urk. 6 S. 9; Urk. 27 Rz 19 ff.).

6.2. Zunächst ist diesbezüglich festzuhalten, dass das portugiesische Verfahren auf jeden Fall nicht das für die Zustellfiktion geforderte Prozessrechtsverhältnis zu begründen vermochte. Sodann dürfte der portugiesische Nichteintretensentscheid

betreffend Inventarisierung schweizerischer Vermögenswerte zwar eine mit dem portugiesischen und schweizerischen Prozessrecht vertraute Person dazu veranlassen, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einem Schweizer Verfahren zu rechnen. Die Möglichkeit einer Verfahrenseinleitung genügt aber nicht, um der betroffenen Person zur Last zu legen, sie hätte mit einer Zustellung eines Schweizer Gerichts rechnen müssen. Es liegt diesbezüglich eine vergleichbare Situation wie im schon mehrfach zitierten BGE 138 III 225 vor, wo das Bundesgericht erkannte, ein Gläubiger müsse allein aufgrund einer Konkursandrohung und dem darauffolgenden Verstreichenlassen der ihm angesetzten Zahlungsfrist noch nicht im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO mit der Zustellung einer Anzeige zur Konkursverhandlung rechnen. Beruft sich der Beschwerdeführer vorliegend in Kenntnis des portugiesischen Verfahrens auf das fehlende Prozessrechtsverhältnis in der Schweiz, verhält er sich damit nicht rechtsmissbräuchlich.

6.3. Auf den von den Parteien aufgeworfenen Streitpunkt, ob ein Abkommen zwischen den portugiesischen Anwälten bestanden habe, keine rechtlichen Schritte ohne gegenseitige Information einzuleiten, und ob der Beschwerdeführer auf dieses mit Bezug auf das Zürcher Verfahren habe vertrauen dürfen, ist folglich nicht weiter einzugehen.

## 7. Fazit

Im Ergebnis wurde dem Beschwerdeführer der Entscheid vom 25. Januar 2016 nie wirksam zugestellt. Da der Entscheid vom 25. Januar 2016 dem Beschwerdeführer nie korrekt zugestellt und deshalb auch nie förmlich eröffnet wurde (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO), konnte die zehntägige Begründungsfrist von Art. 239 Abs. 2 ZPO auch nicht zu laufen beginnen. Das Verfahren wäre grundsätzlich in Gutheissung des Subeventualantrags des Beschwerdeführers an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, den Entscheid vom 25. Januar 2016 dem Beschwerdeführer korrekt zu eröffnen. Da der Beschwerdeführer aber, wie er selber vorbringt (Urk. 1 Rz 2), durch die E-Mail von Rechtsanwältin Y2.\_\_\_\_\_ vom 14. März 2016 tatsächliche Kenntnis vom Entscheid vom 25. Januar 2016 erlangt hat und am 24. März 2016 innert zehn Tagen ab Kenntnisnahme bei der Vorinstanz ein Begründungsgesuch gestellt hat (Urk. 1), ist aus prozessökonomi-

schen Gründen von einer Rückweisung abzusehen. Stattdessen ist in Gutheissung des ersten Eventualantrags des Beschwerdeführers die angefochtene Verfügung vom 8. Juli 2016 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Urteil und die Verfügung vom 25. Januar 2016 zu begründen. Der zweite Eventualantrag betreffend Fristwiederherstellung wird damit obsolet.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

#### **1. Erstinstanzliches Verfahren**

1.1. In Analogie zur entsprechenden Regelung bezüglich des Berufungsverfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO) ist in einem reformatorischen Beschwerdeentscheid auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 24).

1.2. Ausgangsgemäss sind dem vollständig obsiegenden Beschwerdeführer keine Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren aufzuerlegen. Da die Beschwerdegegnerin vor erster Instanz nicht zur Stellungnahme aufgefordert wurde und dementsprechend auch keine Anträge stellte, ist die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens billigkeitshalber in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse zu nehmen. Es besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage dafür, dem Beschwerdeführer die beantragte (Urk. 1 S. 2) Parteientschädigung aus der Staatskasse zu entrichten.

1.3. Auch wenn die Vorinstanz zur Behandlung des vorliegenden Begründungsgesuchs ein neues Verfahren anlegte, handelt es sich beim angefochtenen Entscheid um eine Verfügung prozessleitender Natur. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren ist folglich in Anwendung von § 2 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen.

#### **2. Beschwerdeverfahren**

2.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausserdem ist die Be-

schwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer antragsgemäss (Urk. 8 S. 2) eine Parteientschädigung zu bezahlen.

2.2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass sich die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren zum ersten Mal äusserte und ihr deshalb ein umfassendes Novenrecht zustand und auch der Beschwerdeführer in der Replik noch Noven vortragen durfte (oben Ziff. I/6.2), in Anwendung von § 13 Abs. 1 bis 3 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3 sowie § 10 Abs. 1 lit. b AnwGebV auf Fr. 1'000.– festzulegen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. Juli 2016 wird in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und die Vorinstanz wird angewiesen, die Verfügung und das Urteil vom 25. Januar 2016 (Geschäfts-Nr. EE150186-L) schriftlich zu begründen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf die Staatskasse genommen.
4. Dem Beschwerdeführer wird für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

7. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
8. 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.

9. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 10. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am: