

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC110072-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 23. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 1. November 2011; Proz. FE110095

Erwägungen:

1. Mit einem undatierten Schreiben, das am 14. Dezember 2011 der Post übergeben worden war, gelangte A. _____ (nachfolgend: der Berufungskläger) an das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht o.V.). Er erhob damit "Rekurs" gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Pfäffikon (Einzelgericht o.V.) vom 1. November 2011 (vgl. act. 14) in Sachen der Parteien betreffend Ehescheidung und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Entscheides.

1.1 Bei dem vom Berufungskläger erwähnten Entscheid handelt es sich um eine Verfügung, die folgende Anordnungen umfasst (vgl. act. 15 [= act. 10] S.3):

- "1. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

500.–	; die weiteren Kosten betragen:
300.–	Dolmetscherkosten
41.–	Familienausweis
3. Die Gerichtskosten werden den Parteien unter Solidarhaftung je zur Hälfte auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller.
6. Eine **Beschwerde** gegen diese Verfügung kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

1.2 Das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht o.V.) überwies das Schreiben des Berufungsklägers samt seinen Akten (act. 1-11) an die Kammer mit dem Hinweis, seines Erachtens handle es sich dabei um eine Beschwerde oder Berufung (vgl. act. 13). Die als Rekurs bezeichnete Eingabe des Berufungsklägers wurde in Anlehnung an die Praxis der Kammer zu Verfahrensabschreibungen infolge Gegenstandslosigkeit aufgrund von Parteierklärungen als Berufung entgegengenommen (vgl. dazu vorab Art. 241 ZPO und Marginalie von Art. 242 ZPO, ferner Art. 234 Abs. 2 ZPO sowie die Urteile der Kammer vom 4. März 2011 im Geschäft PD110003 und vom 9. März 2011 im Geschäft PF110004, beide veröffentlicht unter www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html).

2. Das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht o.V.) erliess die angefochtene Verfügung, nachdem beide Parteien der auf den 31. Oktober 2011 angesetzten Hauptverhandlung (unentschuldig) fern geblieben waren (vgl. Vi-Prot. S. 3). Es stützte sich dabei auf Art. 234 Abs. 2 ZPO und Art. 242 ZPO i.V.m Art. 219 ZPO. Zur Begründung wies es darauf hin, dass die Parteien rechtzeitig vorgeladen worden waren (vgl. act. 10 S. 2). Ein Gesuch des Berufungsklägers um Verschiebung der Verhandlung, das vom 20. Oktober 2011 datiere, sei am 21. Oktober 2011 nicht bewilligt worden.

2.1 Gemäss dem vorinstanzlichen Protokoll ist keine der Parteien zur Hauptverhandlung vom 31. Oktober 2011 erschienen. Die vorinstanzlichen Akten belegen, dass die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 27. September 2011 datiert und vom Berufungskläger am 4. Oktober 2011 in Empfang genommen worden war (vgl. act. 6/2). In der Vorladung war der Berufungskläger unter Ziff. 5 der wichtigen Hinweise darauf aufmerksam gemacht worden, Verschiebungsgesuche müssten belegt sein und es könne ihnen nur aus zureichenden Gründen gefolgt werden (vgl. act. 4 und act. 7, dort die beigeheftete Vorladung). Dokumentiert ist ebenso, dass der Berufungskläger dem Gericht am 20. Oktober 2011 mitteilte, er könne den Termin nicht wahrnehmen, weil er noch bis zum 11. November 2011 in den Ferien weile (act. 7). Ausgewiesen ist durch die Akten endlich, dass das Gericht dem Berufungskläger daraufhin umgehend mitteilte, sein Verschiebungsgesuch könne nicht bewilligt werden, weil die geltend gemachte Abwesenheit durch nichts belegt sei und Ferien in der Schweiz und im nahen Ausland noch keinen Verschiebungsgrund darstellten (vgl. act. 9).

2.2 Der Berufungskläger verlangt die Aufhebung der Verfügung vom 1. November 2011 im Wesentlichen einzig mit der Begründung, er sei zur Zeit der Hauptverhandlung in C._____ in den Ferien gewesen, worüber er schon informiert habe. Er habe alles mögliche versucht, um wieder in die Schweiz zu kommen, aber kein Billet für das (Verhandlungs-)Datum gefunden (vgl. act. 14).

Mit dieser Begründung stellt der Berufungskläger weder in Abrede, dass keine Partei zur Hauptverhandlung am 31. Oktober 2011 erschienen war, noch behauptet er, er habe sein Verschiebungsgesuch belegt. Er bestreitet bzw. be-

hauptet das aufgrund des in Ziff. 2.1 Festgestellten alles zu Recht gerade nicht. Der Sache nach macht er allenfalls geltend, das Gericht hätte sein Verschiebungsgesuch bewilligen müssen, weshalb dieses in der Verfügung vom 1. November 2011 nicht auf die gesetzlichen Säumnisfolgen gemäss Art. 234 Abs. 2 ZPO hätte erkennen dürfen.

2.3 Gemäss Art. 135 ZPO kann das Gericht auf Ersuchen einer Partei einen Termin dann verschieben, wenn dafür zureichende Gründe gegeben sind. Das Vorliegen eines zureichenden Grundes hat die ersuchende Partei – soweit es ihr möglich ist – zu belegen (vgl. etwa HUBER, in: Dike-Komm ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 135 N 9, WEBER, in: KuKo ZPO, Basel 2010, Art. 135 N 2). Als zureichender Grund gelten in aller Regel etwa Krankheit, Spitalaufenthalt, Todesfall in der Familie, Militärdienst und Inhaftierung. Ferienabwesenheiten können als zureichender Grund dann gelten, wenn die Buchung im Zeitpunkt, in dem der Termin durch das Gericht bekanntgegeben worden ist, bereits erfolgt war und nicht mehr ohne weiteres verschoben werden kann (vgl. etwa HUBER, a.a.O., Art. 135 N 10, mit Verweisen, KUMSCHICK, in: SHK ZPO, Bern 2010, Art. 135 N 1, WEBER, a.a.O., Art. 135 N 3). Solange ein Verschiebungsgesuch vom Gericht nicht bewilligt worden ist, gilt die Vorladung. Eine vorgeladene Person darf sich daher nicht darauf verlassen, ihr Verschiebungsgesuch werde durch das Gericht schon bewilligt. Disponiert sie anders, bevor sie den Entscheid zum Gesuch erhalten hat, und erscheint sie daher nicht zum Termin, wird sie säumig. Erst recht wird sie säumig, wenn sie in Kenntnis der Ablehnung des Gesuches zum Termin nicht erscheint.

Der Berufungskläger hat ein unbelegtes Gesuch um Verschiebung gestellt, welches keinen zureichenden Grund bezeichnet. Er konnte nicht darauf vertrauen, es werde dieses Gesuch bewilligt. Er behauptet endlich nicht, er habe von der umgehend erfolgten Ablehnung seines Gesuches keine Kenntnis erhalten. Aus allen diesen Gründen hat das Gericht daher sein Fernbleiben am 31. Oktober 2011 zutreffend als Säumnis gewertet und das Verfahren gemäss Art. 234 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 242 ZPO abgeschrieben.

2.4 Im Ergebnis der Erwägungen erweist sich die Berufung offensichtlich unbegründet. Sie ist daher abzuweisen, ohne dass die Berufungsbeklagte näher ins

Verfahren einzubeziehen wäre (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der guten Ordnung halber ist der Berufungsbeklagten jedoch ein Doppel von act. 14 zur Kenntnisnahme zuzustellen.

3. Ist eine Partei säumig, kann das Gericht auf deren Gesuch hin erneut zu einem Termin vorladen, wenn die Partei glaubhaft dargelegt hat, dass sie an der Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gesuch ist innert 10 Tagen seit dem Wegfall des Säumnisgrundes dem Gericht einzureichen, bei dem die Säumnis eingetreten ist (Art. 148 Abs. 1 - 2 ZPO).

Der Berufungskläger hat seine undatierte und als Rekurs bezeichnete Eingabe an das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht o.V.) gerichtet. Von daher hätte für dieses Gericht grundsätzlich Anlass bestanden, die Eingabe vorab als sinngemäßes Wiederherstellungsgesuch zu behandeln. Dass es das getan hätte, ergibt sich aus den Akten nicht. Für die Prüfung der Eingabe des Berufungsklägers unter dem Gesichtspunkt eines Wiederherstellungsgesuches ist demgegenüber die Kammer als Rechtsmittelinstanz offensichtlich unzuständig. Insoweit kann auf das Anliegen des Berufungsklägers, so er bloss um Wiederherstellung ersuchen wollte oder will, gar nicht eingetreten werden.

Eine Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht o.V.) zur allfälligen Prüfung der Eingabe des Berufungsklägers als Wiederherstellungsgesuch kann jedoch aus Gründen der Prozessökonomie verzichtet werden. Das Wiederherstellungsgesuch erwiese sich nämlich aus folgenden Gründen als verspätet und wäre nur schon von daher ohne Weiterungen abzuweisen: Die undatierte Eingabe wurde am 14. Dezember 2011 der Post übergeben. Der Berufungskläger will nach eigenem Bekunden bis am 11. November 2011 im Ausland in den Ferien gewesen sein (wobei jegliche Belege für die Ferienabwesenheit fehlen). Die Verfügung vom 1. November 2011 hat er drei Tage nach seiner behaupteten Rückkehr aus den Ferien am 14. November 2011 in Empfang genommen (vgl. act. 11/1), mithin nach dem Wegfall des von ihm behaupteten Hindernisses. Am 14. November 2011 hat er zudem Kenntnis von der Säumnisfolge erlangt, weshalb die 10tägige Frist gemäss Art. 148 Abs. 2 ZPO mit dem Donnerstag, 24. November, ablief.

4. Umstände halber sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben. Parteientschädigungen sind dem Ausgang des Verfahrens entsprechend und weil der Berufungsbeklagte in diesem Verfahren keine Umtriebe entstanden sind, nicht zuzusprechen.

Hingegen ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in den Dispositiv-Ziffern 2-4, welche sich ordnungsgemäss erweist, zu bestätigen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 14, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Pfäffikon (Einzelgericht o.V.), je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: