

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ190005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler sowie Gerichtsschreiberin MLaw K. Peterhans

Beschluss und Urteil vom 19. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger 2 und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte 1

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

C. _____,

Kläger 1 und Berufungsbeklagter 2

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____

betreffend **Abänderung Unterhalt (Wiederherstellung)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 11. Dezember 2018
(FK160023-K)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 12. April 2016 machte der Berufungskläger bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Abänderung des von ihm an den Berufungsbeklagten 2 zu leistenden Kinderunterhalts anhängig (Urk. 5/1). Zur Prozessgeschichte und zu den Einzelheiten dieses Verfahrens wird auf die entsprechenden Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids in der Sache vom 19. März 2018 (Urk. 5/49 S. 3 ff.) verwiesen. Letzterer wurde am 9. Mai 2018 rechtskräftig (vgl. Urk. 2 S. 8 E. 3.1). Mit Eingabe vom 10. September 2018 stellte der Berufungskläger bei der Vorinstanz sodann ein Gesuch um Wiederherstellung respektive um erneute Vorladung zur Hauptverhandlung (Urk. 5/52). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 wies die Vorinstanz das Gesuch ab (Urk. 5/54 = Urk. 2). Dagegen erhob der Berufungskläger innert Frist mit Eingabe vom 30. Januar 2019 (Datum Poststempel 31. Januar 2019; Urk. 1) Berufung. Dabei stellt er folgende Anträge (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 11. Dezember 2018 sei aufzuheben und das Gesuch des Berufungsklägers vom 10. September 2018 um Wiederherstellung gutzuheissen.
2. Es sei dem Berufungskläger die Verfügung vom 8. Januar 2018 betreffend seines Verschiebungsgesuches vom 4. Dezember 2017 bzw. 5. Januar 2018 gehörig und rechtsgültig zuzustellen, mit Rechtsmittelbelehrung auszustatten und unter Ansetzung einer Frist, innert welcher gegen die Verfügung vom 8. Januar 2018 Beschwerde zu erheben ist.
3. Der Berufungskläger sei zur Hauptverhandlung gehörig vorzuladen und es sei ihm das Recht einzuräumen, an der Hauptverhandlung teilzunehmen, sowie zu gewähren, Anträge zu stellen, diese zu begründen und gegen die Anträge der Berufungsbeklagten im Verfahren zu replizieren.
4. Es sei dem Berufungskläger das rechtliche Gehör und der Zugang zum Recht in grundsätzlicher Weise zu gewähren, dies betreffend seiner Eingabe vom 17. April 2018 gegen die Verfügungen und das Urteil vom 19. März 2018, eventualiter das Rechtsmittel verfügungsweise einzurichten, um dagegen rekurrieren zu können.

5. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei im summarischen schriftlichen Verfahren zu beurteilen. Dem Berufungskläger sei das Recht einzuräumen, sein Gesuch zu begründen und Belege einzureichen.
 6. Das Betreibungsamt Winterthur... sei anzuweisen, die ungerechtfertigte Betreuung Nr. ... des Bezirksgerichtes Winterthur zu löschen.
 7. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege in vorliegenden Verfahren zu gewähren.
 8. Unter Kosten und Entschädigungsfolge im vorliegenden Verfahren nebst 5 Prozent Zins seit dem 10. September 2018.
 9. Es sei dem Berufungskläger die Verfahrens- und Parteikosten seit seiner Eingabe vom 8. Oktober April 2013 von CHF 10'523.- zuzüglich einer Entschädigung für seine effektiven Kosten und Aufwendungen zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % seit dem 10. September 2018."
2. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 5/1-55) wurden beigezogen. Da sich die Berufung - wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird - als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Damit ist auf die Rügen der Par-

teilen nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

2. Vor diesem Hintergrund ist auf die Ausführungen von Seite 15 bis 25 der Berufungsschrift, soweit darin lediglich die Ausführungen im Wiedererwägungsgesuch vor Vorinstanz (Urk. 5/52 S. 8 ff.) wiederholt werden, ohne sich konkret mit den Erwägungen der angefochtenen Verfügung vom 11. Dezember 2018 (Urk. 2 S. 3 ff.) auseinanderzusetzen, nicht einzugehen.

3. Sodann ist nur das Dispositiv des angefochtenen Entscheides anfechtbar (vgl. ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 33). Soweit der Berufungskläger Anträge stellt, welche nicht Gegenstand des Dispositivs der angefochtenen vorinstanzlichen Verfügung vom 11. Dezember 2018 (Urk. 2 S. 11) bilden, ist darauf nicht einzutreten. Vor diesem Hintergrund ist auf die Berufungsanträge Ziffern 2 bis 6 und 9 nicht einzutreten.

III.

1. Die Vorinstanz erachtete die formellen Voraussetzungen einer Wiedererwägung im Sinne von Art. 148 ZPO als gegeben und das Wiedererwägungsgesuch des Berufungsklägers dementsprechend als zulässig (Urk. 2 S. 8). Hinsichtlich des materiellen Teils erwog sie, die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 19. Januar 2018 sei dem Berufungskläger rund drei Monate vor Verhandlungstermin am 23. Oktober 2017 und damit rechtzeitig zur Kenntnis gebracht worden. Sodann habe die Vorladung den inhaltlichen Voraussetzungen von Art. 133 ZPO entsprochen und die wichtigen Punkte im Zusammenhang mit einer allfälligen Verhinderung enthalten. Das Gesuch um Verschiebung der Hauptverhandlung des Berufungsklägers vom 4. Dezember 2017 - mit Eingabe vom 5. Januar 2018 und mit Unterlagen näher begründet - sei mit Verfügung vom 8. Januar 2018 abgelehnt worden. Diese Verfügung sei dem Berufungskläger am 18. Januar 2018 zugestellt worden (vgl. Urk. 5/39). Ein entsprechender Empfangsschein liege bei den Akten. Aus dem Umstand, dass dem Berufungskläger die vorgenannte Verfügung vom 8. Januar 2018 erst am 18. Januar 2018 und damit kurz vor der Hauptverhand-

lung zugestellt worden sei, könne er nichts zu seinen Gunsten ableiten. Mit dieser Verfügung sei nochmals schriftlich festgehalten worden, dass sich nichts an der Gültigkeit der Vorladung geändert habe (Urk. 2 S. 7 Ziff. 2.2). Hinsichtlich des Arztzeugnisses vom 16. Januar 2018, welches der Berufungskläger dem Gericht am 18. Januar 2018 nachreichte, schloss die Vorinstanz - unter Verweis auf das bereits am 4. Dezember 2017 sinngemäss gestellte Verschiebungsgesuch und die hierzu am 5. Januar 2018 eingereichten Unterlagen zahlreicher behördlicher Verfahren -, die im Arztzeugnis bescheinigte Belastungssituation sei Folge eines schleichenden Prozesses gewesen und nicht plötzlich, wohl auch nicht erst drei Tage vor der Verhandlung, eingetreten. Bereits aus diesem Grund sei das Verschiebungsgesuch verspätet eingereicht worden. Überdies habe der Berufungskläger dem Gericht das besagte Arztzeugnis erst am 18. Januar 2018 und nicht unverzüglich am Ausstellungsdatum (16. Januar 2018) zugestellt. Nicht zu vergessen sei, dass das vorliegende Verfahren bereits im April 2016 eingeleitet worden und durch den Berufungskläger mit mehrheitlich aussichtslosen Eingaben und Rechtsmitteln unnötig verzögert worden sei. In diesen rund 2.5 Jahren wäre es dem Berufungskläger durchaus möglich und zumutbar gewesen, eine Vertretung beizuziehen. Schliesslich - so die Vorinstanz weiter - fehle im Arztzeugnis eine Attestierung der Verhandlungsunfähigkeit, wonach es dem Berufungskläger effektiv unmöglich gewesen sei, an der Hauptverhandlung vom 19. Januar 2018 teilzunehmen. Da die Gegenseite anlässlich der Hauptverhandlung das Verschiebungsgesuch des Berufungsklägers auch nicht akzeptiert habe, würden sich Weiterungen zu einer allfälligen Einwilligung der Gegenpartei zur Wiederherstellung erübrigen (Urk. 2 S. 7 ff.).

2. Der Berufungskläger wendet ein, die Gründe für sein Verschiebungsgesuch vom 5. Januar 2018 mit zahlreichen Gerichts- und Betreuungsurkunden diverser Behörden- und Gerichtsverfahren für die Zeit zwischen dem 13. Oktober 2017 und 5. Januar 2018 untermauert zu haben. Nachdem seinen Gesuchen um Fristverlängerung in allen anderen Verfahren stattgegeben worden sei, habe er begründete Annahme gehabt, dies werde auch im vorliegenden Verfahren der Fall sei. Sodann stellt er sich auf den Standpunkt, die Verfügung vom 8. Januar 2018 hinsichtlich der Ablehnung der Verschiebung nicht vor der Hauptverhandlung vom

19. Januar 2018 erhalten zu haben (Urk. 1 S. 8). Des Weiteren bringt der Berufungskläger vor, das Gericht habe es versäumt, die "Verfügung vom 8. Januar 2018" als Rechtstitel zu bezeichnen und auszufertigen. Insbesondere habe die Verfügung auch keine Rechtsmittelbelehrung enthalten, weshalb ihm einmal mehr das rechtliche Gehör und der Zugang zum Recht verwehrt worden sei (Urk. 1 S. 9 f.). Indem das Gericht die Verhandlung trotz Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses habe durchführen lassen, sei eine Rechtsverletzung begangen worden. Ohnehin habe das Gericht Verfahrensregeln verletzt, da es das Arztzeugnis nicht selbst gewürdigt, sondern der Gegenpartei den Entscheid über das Verschiebungsgesuch überlassen habe. Es sei klar, dass die ärztlich diagnostizierte Arbeitsunfähigkeit eben gerade eine Verhandlungsunfähigkeit betreffe, da das Arztzeugnis vom 16. Januar 2018 "zuhanden Bezirksgericht Winterthur" ausgestellt worden sei. Im Zeugnis sei eine "akute Krankheit" attestiert worden, was zeige, dass er offensichtlich ganz plötzlich erkrankt sei. Die Vorinstanz überschreite ihre Kompetenz und Zuständigkeit ausnahmslos, wenn sie sich als medizinische Laiin die Beurteilung eines Arztzeugnisses anmasse (Urk. 1 S. 11 ff.).

3.1 Zu den rechtlichen Voraussetzungen der Wiederherstellung einer Frist kann auf die zutreffenden und ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 3 ff.). Zu betonen ist vorliegend, dass es sich beim Entscheid des Gerichts, ob die gesuchstellende Partei bloss ein leichtes Verschulden im Sinne von Art. 148 Abs. 1 ZPO trifft, um einen Ermessensentscheid handelt (BGer 4A_20/2019 vom 29. April 2019, E. 2; 4A_52/2019 vom 20. März 2019, E. 3.1). Ermessensentscheide werden von der oberen Instanz nur mit Zurückhaltung geprüft. Sie schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ferner wird eingegriffen, wenn sich der Entscheid als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 141 III 97 E. 11.2; 138 III 443 E. 2.1.3., 669 E. 3.1 S. 671, je mit Hinweisen). Demnach ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz im Rahmen ihrer Verfügung vom 11. Dezember 2018 einen der vorgenannten Verfahrensgrundsätzen verletzt hat.

3.2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (vgl. Urk. 2 S. 7), darf sich die vorgeladene Person nicht auf die Bewilligung einer Verhandlungsverschiebung verlassen. Die Vorladung hat bis zu ihrer Abnahme durch das Gericht Bestand (BGer 5A_121/2014 vom 13. Mai 2014, E. 3.3 m.w.H.; OGer ZH LB160015 vom 25.05.2016, E. II.3.2.2 m.w.H.; BGer 5A_120/2012 vom 21. Juni 2012, E. 5.1). Dass dem Berufungskläger in anderweitigen Verfahren Fristerstreckungen gewährt wurden, hat auf das vorliegende Verfahren keinen Einfluss. Soweit der Berufungskläger vorbringt, die Verfügung vom 8. Januar 2018 betreffend Ablehnung der Verhandlungsverschiebung sei ihm nicht vor der Verhandlung zugegangen, setzt er sich nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Diese verweisen auf einen entsprechenden Empfangsschein in den Akten, wonach der Empfang der Verfügung am 18. Januar 2018 - und damit einen Tag vor der Verhandlung - bestätigt wurde (Urk. 2 S. 7, Urk. 5/39). Damit hat es sein Bewenden.

3.2.2 Weshalb es sich bei der Verfügung der Vorinstanz vom 8. Januar 2018 nicht um einen gültigen "Rechtstitel" handeln soll, wird vom Berufungskläger nicht näher substantiiert. Nachdem keine offensichtlichen Mängel ersichtlich sind, erübrigen sich weitere Ausführungen. Hinsichtlich der fehlenden Rechtsmittelbelehrung der Verfügung vom 8. Januar 2018 ist festzuhalten, dass die Anfechtung eines abgelehnten Verschiebungsgesuches praxisgemäss mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid anzufechten ist (OGer ZH RB180030 vom 01.10.2018, E. 4c; KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 7; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 135 N 18; BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 37). Prozessleitende Entscheide wie die Ablehnung eines Verschiebungsgesuchs müssen keine Rechtsmittelbelehrung enthalten (BSK ZPO-Steck/Brunner, Art. 238 N 23; ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 23; vgl. auch BGer 5A_120/2012 vom 21. Juni 2012, E. 4.1). Dementsprechend liegt kein offensichtlicher Mangel vor, wenn die Verfügung keine Rechtsmittelbelehrung enthält. Den Rügen des Berufungsklägers ist auch in dieser Hinsicht kein Erfolg beschieden.

3.2.3 Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers berechtigt die Vorlage eines Arztzeugnisses im Rahmen eines Verschiebungsgesuches nicht per se zu einer Verhandlungsverschiebung (BGer 5A_121/2014 vom 13. Mai 2014, E. 3.3; OGer

ZH RU170022 vom 27. Juni 2017, E. II.3.2). Art. 135 ZPO ist eine sogenannte "Kann-Vorschrift", wonach das Gericht - unter Berücksichtigung der eingereichten Beweismittel - einen Ermessensentscheid fällt. Gerade im vorliegend zur Anwendung gelangenden vereinfachten Verfahren hat das Gericht Verschiebungsgesuche im Lichte einer zügigen Verfahrensförderung nur aus zureichenden Gründen und mit Zurückhaltung zu bewilligen (BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 11). Da der Kläger am 18. Januar 2018 erst nach Zustellung der Verfügung vom 8. Januar 2018 und damit nach der Beurteilung seines ersten Verschiebungsgesuches sowie nur einen Tag vor der Hauptverhandlung ein Arztzeugnis einreichte, welches eine vorbestehende Belastungssituation bescheinigte, durfte die Vorinstanz das (erneute) Gesuch abweisen (so auch Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 135 N 10, welcher dies unter den gegebenen Umständen selbst ohne materielle Prüfung bejaht). Denn wie die Vorinstanz zutreffend erwog, widerspricht ein - trotz Kenntnis eines Hinderungsgrundes - erst kurz vor dem Termin gestelltes Verschiebungsgesuch Treu und Glauben, insbesondere wenn es früher hätte vorgebracht werden können (OGer ZH LB160015 vom 25.05.2016, E. II.3.2.2 m.w.H.). Diese Erwägungen vermag der Berufungskläger mit seiner bereits vorinstanzlich vorgetragenen Kritik (Urk. 5/52 S. 12 f.), er habe als Folge der Dauerüberlastung an einer "schlagartigen Langzeiterkrankung" gelitten (vgl. Urk. 1 S. 11 f.), nicht umzustossen. Insbesondere erläutert er mit keinem Wort, weshalb er nicht in der Lage gewesen sein soll, das Arztzeugnis umgehend nach dem Arztbesuch einzureichen oder vor der Tagfahrt einen Vertreter zu mandatieren. Somit stand es der Vorinstanz bereits aus diesem Grund zu, das Verschiebungsgesuch abzuweisen. Hinzu kommt, dass das Arztzeugnis - wie die Vorinstanz richtig bemerkte - entgegen den Vorgaben auf der Vorladung vom 13. Oktober 2017 (Urk. 29 S. 3: *"Im Krankheitsfall ist unverzüglich ein ärztliches Zeugnis einzureichen, das eine Verhandlungsunfähigkeit bescheinigt."*) lediglich eine Arbeitsunfähigkeit und keine Verhandlungsunfähigkeit attestiert. Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz entgegen der Ansicht des Berufungsklägers aufgrund des eingereichten Arztzeugnisses selber über das Verschiebungsgesuch entschieden und den Entscheid nicht der Gegenpartei überlassen hat, was sich wiederum den Er-

wägungen des vorinstanzlichen Entscheides entnehmen lässt. Mit diesen hat sich der Berufungskläger erneut nicht auseinandergesetzt hat (vgl. Urk. 2 S. 9 f.).

4. Nach dem Gesagten zeigt die Prüfung der vom Berufungskläger vorgebrachten Einwände, dass die Vorinstanz weder von anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, noch Tatsachen berücksichtigte, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder Zwingendes unbeachtet liess. Entsprechend hat die Vorinstanz ihr Ermessen weder unter- noch überschritten, indem sie dem Wiederherstellungsgesuch des Berufungsklägers nicht stattgab. Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

IV.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Für das vorliegende Verfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Berufungsbeklagten mangels relevanten Aufwandes, dem Berufungskläger zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Der Berufungskläger hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 3). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Da sich die Berufung von vornherein als unbegründet und nach dem Gesagten (vgl. E. III) als aussichtslos erweist, ist das Gesuch abzuweisen. Eine Prüfung der Mittellosigkeit erübrigt sich vor diesem Hintergrund.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten 1 und 2 unter Beilage des Doppels beziehungsweise einer Kopie von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/ii-v, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw K. Peterhans

versandt am:
mc