

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 15. August 2011

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

B._____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Barvorschuss, Beweisabnahme etc.**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 14. März 2011 (FE080030)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 1. Februar 2008 vor Vorinstanz in einem Ehescheidungsprozess (Urk. 10/1 S. 1).

Mit Verfügung vom 14. März 2011 entschied der Vorderrichter unter anderem das Folgende (Urk. 2 S. 7):

" 4. Auf die Eingabe des Beklagten vom 21. Februar 2011 wird im Sinne der Erwägungen teilweise nicht eingetreten und es werden die entsprechenden Beilagen (act. 175/1 und act. 181/6/3, 5, 6 und 7) aus dem Recht gewiesen.

7. Den Parteien wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um die Kosten des Beweisverfahrens mit Barvorschüssen bei der Bezirksgerichtskasse Bülach (Postkonto ...) sicherzustellen, und zwar der Klägerin mit Fr. 500.– für die Zeugeneinvernahmen sowie anteilmässig Fr. 2'500.– für das medizinische Gutachten und dem Beklagten mit Fr. 50.– für die Zeugeneinvernahme, Fr. 250.– für die bei Dr. med. Z. _____ einzuholende schriftliche Auskunft sowie anteilmässig Fr. 2'500.– für das medizinische Gutachten. Bei Säumnis unterbleibt die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei."

2. a) Mit Eingabe vom 29. März 2011 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) innert Frist Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag (Urk. 1 S. 1 Ziff. 1 f.), es seien die Dispositivziffern 4 und 7 der vorinstanzlichen Verfügung vom 29. März 2011 aufzuheben unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin). Die eingereichten, nun aus dem Recht gewiesenen Beweismittel gemäss Dispositivziffer 4 seien zu berücksichtigen und abzunehmen (Urk. 1 S. 1 Ziff. 7). Sodann sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (Urk. 1 S. 1 Ziff. 3).

b) Mit Eingaben vom 11. April 2011 (Urk. 6 bis Urk. 8/2; am 15. April 2011 bei der Vorinstanz eingegangen) und vom 28. April 2011 (Urk. 9; hierorts am 29. April 2011 eingegangen) ergänzte der Beklagte seine ursprüngliche Beschwerdeschrift.

3. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da die angefochtene Verfügung im Jahre 2011 eröffnet wurde, richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach der neuen Prozessordnung.

4. a) Gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO beträgt die Beschwerdefrist für prozessleitende Verfügungen zehn Tage seit der Zustellung des begründeten Entscheides. Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Gesetzliche Fristen können nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Gesetzliche Fristen sind Fristen, deren Dauer vom Gesetz bestimmt wird, wie zum Beispiel die in Art. 321 Abs. 2 ZPO genannte Beschwerdefrist. Die nach Ablauf der Beschwerdefrist eingegangenen ergänzenden Eingaben vom 11. April 2011 (Urk. 6 bis Urk. 8/2) und vom 28. April 2011 (Urk. 9) sind daher als verspätet zu betrachten und im Beschwerdeverfahren nicht zu beachten.

b) Aufgrund Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel *im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll*. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 326 N 3 f.). Echte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Abschluss des Schriftenswechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 5). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8).

Die angefochtene Verfügung wurde von der Vorinstanz am 17. März 2011 versandt (Urk. 2 S. 8). Alle bis zu diesem Datum nicht im vorinstanzlichen Verfah-

ren eingereichten Urkunden können aufgrund Art. 326 Abs. 1 ZPO im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden. Dies sind die Urk. 4/3-6, 4/14 und 4/16.

Urk. 4/2 entspricht sodann der vor Vorinstanz eingereichten Urk. 10/188/3, Urk. 4/7 entspricht Urk. 10/101/2-3 sowie 10/110/1a-1b, Urk. 4/8 entspricht Urk. 10/175/2, Urk. 4/9-10 entsprechen Urk. 10/188/1-2, Urk. 4/11 entspricht Urk. 10/175/1, Urk. 4/12 entspricht Urk. 10/126 und 10/158/61, Urk. 4/13 entspricht Urk. 10/166/4, Urk. 4/15 entspricht Urk. 10/181/3, Urk. 4/17 entspricht Urk. 10/190. Urk. 4/2, 4/7-13, 4/15 und 4/17 sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren somit zu berücksichtigen.

c) Auf die Parteibehauptungen ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

5. a) Der Beklagte macht in seiner Beschwerde zusammengefasst geltend, dass durch die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt worden sei (Urk. 1 S. 2 ff.). Sodann werde bestritten, dass es sich beim eingereichten Beweismittel in Dispositivziffer 4 um ein nachträglich eingereichtes Beweismittel handle (Urk. 1 S. 5 f.). Zudem sei er bedürftig, weshalb er von der Vorschusspflicht befreit sei (Urk. 1 S. 5).

b) Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung vom 14. März 2011 (Urk. 2), dass der Beklagte in Bezug auf dessen Eingabe vom 21. Februar 2011 nicht zur Einreichung einer eigentlichen Rechtsschrift aufgefordert worden sei, sondern lediglich zur Ergänzung allfälliger Anträge in Bezug auf das Güterrecht sowie zur nachträglichen Bezeichnung von Beweismitteln bzw. zu Fragen im Rahmen einer schriftlichen Auskunft bzw. zur Abgabe von Entbindungserklärungen zu konkreten einzelnen Beweissätzen angehalten worden sei. Daher sei auf die Eingabe des Beklagten nicht einzutreten, soweit sie Ausführungen zu andern Themen enthalte, zumal der Beklagte nicht vorbringe, es handle sich dabei um neue Tatsachenbehauptungen, die er zuvor nicht rechtzeitig in den Prozess habe einbringen können. Der Beklagte nenne zur Beweisaufanlageverfügung vom 26. Mai 2010 neue Beweismittel, obwohl die diesbezügliche Frist längst abgelaufen sei

und die Beweisanretung durch seine Rechtsvertreterin eingereicht worden sei. Daher sei insoweit auf die Eingabe des Beklagten nicht einzutreten und die entsprechenden Beilagen (mit Verweis auf Urk. 10/175/1 und Urk. 10/181/6/3, 5, 6, und 7) seien aus dem Recht zu weisen. Der Beklagte biete sodann zur Verfügung vom 10. November 2010 die persönliche Befragung der Klägerin als Gegenbeweis an. Die Klägerin sei in dieser Verfügung lediglich dazu angehalten worden, ihre Beweismittel betreffend güterrechtliche Ansprüche zu bezeichnen, weshalb sich die Beweisofferte des Beklagten zulässigerweise nur darauf beziehen könne und auf eine allfällig weitergehende (Gegen-)Beweisofferte nicht einzutreten sei (Urk. 2 S. 2 f.). Die Parteien hätten ferner für die Auslagen infolge der von ihnen veranlassten kostenpflichtigen Auskünfte, Zeugenbefragungen und Gutachten nach § 83 Abs. 1 ZPO/ZH einen Vorschuss zu leisten. Da beide Parteien ein medizinisches Gutachten betreffend die Arbeitsfähigkeit des Beklagten verlangt hätten, sei der entsprechende Kostenvorschuss den Parteien je hälftig aufzuerlegen (mit Verweis auf ZR 50 Nr. 3, ZR 35 Nr. 77; Urk. 2 S. 4).

c) ca) Gemäss den Ausführungen des Beklagten sei ihm das rechtliche Gehör verwehrt worden, "weil, die Beurteilung und dadurch das Ermessen in den Erwägungen gegenüber dem Beklagten beim Entzug der kostenlosen Prozessführung, die dem Gericht vorgelegten medizinischen Akten ohne Beizug benötigter, kompetenter Fachpersonen (Fachärzte) erwogen, oder rechtswidrig aus dem Recht gewiesen" worden seien (Urk. 1 S. 2). An ihn sei nie eine Aufforderung der Verbesserung des Mangels bezüglich medizinischer Vollständigkeit des Nachweises und der Beweismittel ergangen. Damit sei ihm auch nie die vorgeschriebene Möglichkeit der Verbesserung gewährt worden (Urk. 1 S. 3).

cb) Mit Verfügung vom 26. Mai 2010 wurde den Parteien die Haupt- und Gegenbeweise auferlegt. Den Parteien wurde dabei Frist angesetzt, um schriftlich ihre Haupt- und Gegenbeweismittel zu nennen, unter genauer Verweisung auf die einzelnen Beweissätze. Bei Säumnis unterbleibe die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei (Urk. 10/123). Innert Frist reichte die damalige Rechtsvertreterin des Beklagten die Beweisanretungsschrift vom 22. September 2010 ein

(Urk. 10/140). Sie ersuchte darin um Erlass der Beweisabnahmeverfügung (Urk. 10/140 S. 11).

Mit Beweisabnahmeverfügung vom 10. November 2010 wurde den Parteien Frist angesetzt, um ihre güterrechtlichen Ansprüche im Einzelnen zu benennen und alle diesen zugrundeliegenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen zu substantiieren sowie die entsprechenden Beweismittel abschliessend zu nennen (Urk. 10/142 S. 4 f. Dispositivziffer 1). In Ergänzung zur Beweisaufnahmeverfügung vom 26. Mai 2010 wurde dem Beklagten der Hauptbeweis dafür auferlegt, (2k/cc) dass das gesamte Freizügigkeitsguthaben für eine allfällige Rente gemäss Ziff. 2k/bb verwendet worden sei bzw. werden würde und (2l) dass er netto Schulden von Fr. 140'000.– habe (Urk. 10/142 S. 5 Dispositivziffer 3). Sodann wurde den Parteien Frist angesetzt, um schriftlich ihre Haupt- und Gegenbeweismittel zu den Beweissätzen 2k und 2l zu nennen, unter Verweisung auf die einzelnen Beweissätze. Bei Säumnis unterbleibe die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei (Urk. 10/142 S. 5 Dispositivziffer 5). Schliesslich wurde den Parteien Frist angesetzt, um schriftlich einen Fragenkatalog zu den Beweissätzen 1d, 1e, 1f, 2d, 2e, 2f und 2g an den Zeugen Dr. med. Z. _____ einzureichen. Bei Säumnis unterbleibe die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei (Urk. 10/142 S. 19 Dispositivziffer 8). Am 13. Dezember 2010 wurden dem Beklagten die mit Verfügung 10. November 2010 angesetzten Fristen bis am 31. Januar 2011 erstreckt (Urk. 10/145). Am 31. Januar 2011 wurden diese Fristen sodann letztmals bis am 21. Februar 2011 erstreckt (Urk. 10/165). Mit Eingabe vom 21. Februar 2011 reichte der Beklagte persönlich innert Frist weitere Urkunden zur Verfügung vom 26. Mai 2010 (vgl. dazu Urk. 10/179 S. 3 ff.) und zur Verfügung vom 10. November 2010 (vgl. dazu Urk. 10/179 S. 11 ff.) ein.

cc) Die Frist des Beklagten zur Einreichung der Beweisantragungsschrift betreffend die Verfügung vom 26. Mai 2010 lief am 22. September 2010 ab (vgl. Urk. 10/139). Innert Frist reichte die damalige Rechtsvertreterin des Beklagten die Beweisantragungsschrift ein und ersuchte darin um Erlass der Beweisabnahmeverfügung (Urk. 10/140). Die Vorinstanz trat daher zu Recht auf die erst nach dem

22. September 2010 und damit zu spät vorgebrachten und nicht das Güterrecht, das Freizügigkeitsguthaben und die Dispositivziffern 8, 13 und 14 der Verfügung vom 10. November 2010 betreffenden Ausführungen des Beklagten in seiner Eingabe vom 21. Februar 2011 nicht ein. Ebenfalls zu Recht wies die Vorinstanz die von ihm eingereichten Beweismittel Urk. 10/175/1 und Urk. 10/181/6/3, 5, 6, und 7 aus dem Recht, da sich diese auf die Beweisauflegeverfügung vom 26. Mai 2010 beziehen und somit verspätet geltend gemacht wurden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist diesbezüglich nicht ersichtlich: Der Beklagte war zur Zeit des ursprünglichen Fristablaufs am 22. September 2010 noch durch seine damalige Rechtsvertreterin verbeiständet und beraten. Die Ausübung der richterlichen Fragepflicht nach § 55 ZPO/ZH war daher nicht notwendig.

cd) Der Beklagte führt sodann in seiner Beschwerdeschrift aus, er sei dadurch benachteiligt worden, dass vor Erlass der angefochtenen Verfügung dem gegnerischen Rechtsvertreter Kenntnis über seine letzte Beweis- und Gegenbeweis-Eingabe inklusive seiner offerierten Beweismittel gegeben worden sei. Ihm sei die gegnerische Eingabe erst mit der bereits erfolgten Verfügung zugestellt worden. Er nehme an, dass Rechtsanwalt X. _____ diese vorgängig als Kopie vom Gericht erhalten habe. Des Weiteren habe Rechtsanwalt X. _____ im Gegensatz zu ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme vor Erlass der Verfügung erhalten (Urk. 1 S. 7).

Aus den Akten geht keine vorgängige Zustellung der Urk. 10/179 bis Urk. 10/181/12 an Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ hervor. Es ist auch keine diesbezüglich Stellungnahme zu diesen Urkunden von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ vor dem 14. März 2011 in den Akten enthalten. Ganz im Gegenteil geht aus Dispositivziffer 8 der angefochtenen Verfügung hervor, dass Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ die Kopien von Urk. 10/179 und Urk. 10/181/1/1-5 erst zusammen mit der Verfügung vom 14. März 2011 zugestellt erhalten hat (Urk. 2 S. 7).

d) da) Der Beklagte bringt ferner vor, dass einer bedürftigen Partei keine Barvorschüsse auferlegt werden dürften (Urk. 1 S. 5).

db) Gemäss § 85 ZPO/ZH befreit die unentgeltliche Prozessführung in der Tat die Partei von der Pflicht zur Bezahlung von Barvorschüssen. Vorliegend wurde dem Beklagten jedoch die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung verweigert (vgl. dazu das Urteil der Kammer vom 15. August 2011 im Beschwerdeverfahren PC110006). Somit hat die Vorinstanz den Beklagten zu Recht dazu verpflichtet, Barvorschüsse für die Zeugeneinvernahme, für die bei Dr. med. Z._____ einzuholende schriftliche Auskunft sowie anteilmässig für das medizinische Gutachten zu leisten. Hierzu wird dem Beklagten mit diesem Urteil erneut Frist anzusetzen sein.

dc) Aufgrund der dem Beklagten verweigerten unentgeltlichen Prozessführung, wird der Beklagte im pendenten Scheidungsverfahren auch zukünftig nicht von der Pflicht zur Bezahlung von Gerichtskosten und zur Leistung von Kautionen und Barvorschüssen befreit sein (vgl. hierzu seinen Antrag Ziff. 6 [Urk. 1 S. 1]).

de) Sodann wehrt sich der Beklagte gegen die mit der angefochtenen Verfügung angedrohten Säumnisfolgen bei Nichtbezahlung des Barvorschusses (Urk. 1 S. 1 Ziff. 5 und S. 5).

ee) Gemäss § 83 ZPO/ZH unterbleibt bei Säumnis die Handlung zum Nachteil der mit der Leistung des Barvorschusses säumigen Partei. Die von der Vorinstanz in Dispositivziffer 7 (Urk. 2 S. 7) angedrohten Säumnisfolgen sind somit gesetzeskonform.

ff) Schliesslich führt der Beklagte aus, dass gemäss Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung nur gegen Dispositivziffer 7 Beschwerde erhoben werden könnte (mit Verweis auf Urk. 2 S. 8 Dispositivziffer 9). Somit entstehe beim Laien der Eindruck, dass gegen den Rest der Verfügung kein Rechtsmittel zur Verfügung stünde. Dies sei jedoch nach persönlicher Anfrage bei der Vorinstanz richtig gestellt worden; das belehrte Rechtsmittel würde sich auf die gesamte Verfügung beziehen und nicht wie festgehalten, lediglich auf Dispositivziffer 7 (Urk. 1 S. 7).

fb) Dem Beklagten ist durch die in Dispositivziffer 9 der vorinstanzlichen Verfügung festgehaltene Rechtsmittelbelehrung kein Rechtsnachteil erwachsen, so wurde dies nach seiner Nachfrage durch die Vorinstanz mündlich richtig gestellt. In der Folge hat der Beklagte ja auch fristgerecht Beschwerde gegen diverse Dispositivziffern der vorinstanzlichen Verfügung erhoben.

g) Ferner stellt der Beklagte in Ziffer 8 seiner Anträge im Beschwerdeverfahren einen neuen Antrag (Urk. 1 S. 1 f.). Auf diesen ist vorliegend nicht einzutreten, da die Beschwerdeinstanz einzig zur Überprüfung von erstinstanzlichen Entscheidungen zuständig ist und – wie bereits ausgeführt – das erstinstanzliche Verfahren selber nicht fortsetzt.

6. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Klägerin und des Verfahrensbeteiligten oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

7. Dem Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren kann angesichts der offensichtlichen Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens nicht entsprochen werden (Art. 117 lit. b ZPO).

8. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin und dem Verfahrensbeteiligten sind mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Dem Beklagten wird eine Frist von **30 Tagen** ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um die Kosten des Beweisverfahrens mit Barvorschüssen bei der Bezirksgerichtskasse Bülach (Postkonto ...) sicherzustellen, und zwar mit Fr.

50.– für die Zeugeneinvernahme, Fr. 250.– für die bei Dr. med. Z. _____ eingeholende schriftliche Auskunft sowie anteilmässig Fr. 2'500.– für das medizinische Gutachten. Bei Säumnis unterbleibt die Beweisabnahme zum Nachteil der säumigen Partei.

3. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
6. Der Klägerin sowie dem Verfahrensbeteiligten werden für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage von Kopien der Urk. 1, 3, 6 und 9, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.
8. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. August 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc