

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110017-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. Y._____,

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____

betreffend **Beweisauflage**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 20. April 2011 (FE080030)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 1. Februar 2008 vor Vorinstanz in einem Ehescheidungsprozess (Urk. 4/1 S. 1).

Mit Verfügung vom 20. April 2011 entschied der Vorderrichter unter anderem das Folgende (Urk. 2 S. 3):

- " 1. Die Beschwerde des Beklagten vom 11. April 2011 wird dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, überwiesen.
2. Den Parteien wird eine Frist von 14 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich im Doppel ihre Haupt- und Gegenbeweismittel (Parteibefragung, Zeugen, Augenschein, Gutachten, Urkunden) zur Frage, ob die Klägerin in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit D. _____ lebt, zu nennen. Zeugen sind genau mit Name und Adresse anzugeben, Urkunden mit einem doppelt ausgefertigten Urkundenverzeichnis einzureichen. Bei Säumnis unterbleibt die Beweisabnahme zum Nachteil des Beklagten."

2. Mit Eingabe vom 28. April 2011 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) innert Frist Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag (Urk. 1 S. 10), es seien die Dispositivziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 20. April 2011 aufzuheben unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin). Sodann sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (Urk. 1 S. 10 Ziff. 1).

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

5. a) aa) Der Beklagte macht in seiner Beschwerde zusammengefasst geltend, dass gemäss Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 20. April 2011 seine Beschwerde vom Bezirksgericht Bülach ans Obergericht überwiesen worden sei. Seine telefonische Abklärung beim Bezirksgericht Bülach habe ergeben, dass das Obergericht lediglich über die Frist und deren Einhaltung zu befinden habe, nicht jedoch über alle anderen Anträge, auf die das Bezirksgericht Bülach mit keinem Wort eingegangen sei. Es sei ihm weiter mitgeteilt worden, dass bei Vorhalt der Fristverpassung der gesamte Inhalt der Beschwerde gegenstandslos sei und nicht beachtet werde, faktisch aus dem Recht gewiesen werde. Dagegen erhebe er Einspruch (Urk. 1 S. 2).

ab) Mit der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO sind prozessleitende Verfügungen anfechtbar (1.) in den vom Gesetz bestimmten Fällen, (2.) wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO). Das Obergericht ist zuständig zur Behandlung von Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide (§ 48 GOG), weshalb die Vorinstanz nicht berechtigt ist, eine Beschwerde gegen ihre Entscheidungen zu behandeln. Sie kann auch nicht darüber befinden, ob die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde, sondern hat dies der Beschwerdeinstanz zu überlassen. Vorliegend erleidet somit der Beklagte durch die Überweisung seiner Beschwerde an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, weshalb auf seine Beschwerde gegen Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung nicht einzutreten ist.

b) ba) Der Beklagte macht in seiner Beschwerde sodann in Bezug auf Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung geltend, dass durch die Beweisaufgabe die Vorinstanz der anscheinend lästigen Amts- und Abklärungsverantwortung entgehe, durch Auflage unrechter Beweislasten gegenüber ihm, was unzulässig sei. Unzulässig daher, weil er nur via zahlreiche Rechtsverletzungen solche Beweise, gemäss Beweisregeln und auferlegter Beweislast, erlangen könnte (Hausfriedensbruch, Verletzung der Privatsphäre, Verletzung von Post- und Briefgeheimnis etc.), was ihm aber das Recht selbst strengstens verbiete. Zudem habe das Gericht gemäss Art. 142 ZPO/ZH das Rechtsverhältnis von Amtes wegen

festzustellen, da er über das Rechtsverhältnis des Konkubinales der Klägerin und D._____ nicht frei verfüge. Das Bezirksgericht habe aber stattdessen ihm die unzulässige Beweislast auferlegt. Dies unter der Säumnisfolge, dass die Beweisabnahme zu seinen Lasten unterlassen werde (Urk. 1 S. 3 f.).

bb) Der Beklagte führte in der vorinstanzlichen Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 4. April 2011 aus, dass D._____ im Jahre 2008 bereits mehr als ein Jahr dauerhaft bei der Klägerin gewohnt habe (Prot. Vi S. 175). Die Klägerin liess hierzu durch ihren Rechtsvertreter ausführen, dass es richtig sei, dass sie einen Freund habe und dass dieser sich hin und wieder bei ihr zu Hause aufhalte. Es sei auch richtig, dass dieser Freund eine eigenen Wohnung habe (Prot. Vi. S. 183). Die Klägerin bestritt sodann, dass Herr D._____ bei ihr wohnen würde. Er halte sich aber oft bei ihr auf, insbesondere da es ihr in letzter Zeit ziemlich schlecht gehe. Er habe gewisse Kleider bei ihr, wohne aber nicht bei ihr. Ihr Freund zahle auch keinen Beitrag an die Wohnkosten (Prot. Vi S. 185).

bc) Die ehemalige Rechtsvertreterin des Beklagten stellte mit Eingabe vom 23. Dezember 2010 den Antrag betreffend vorsorgliche Massnahmen, es sei die Klägerin in Abänderung des Entscheids vom 9. August 2010 zu verpflichten, dem Beklagten Unterhaltsbeiträge für sich und C._____ in angemessener Höhe zu bezahlen (Urk. 4/147 S. 1). Diesen Antrag konkretisierte der Beklagte persönlich anlässlich der Verhandlung vom 4. April 2011 und beantragte persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'000.– pro Monat und Kinderunterhaltsbeiträge für C._____ von Fr. 1'040.– pro Monat (Prot. Vi S. 181). Mit Verfügung vom 9. August 2010 wurden dem Beklagten ursprünglich deutlich tiefere persönliche Unterhaltsbeiträge und Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen (vgl. Urk. 4/133 S. 30 Dispositivziffer 2). Der Beklagte geht davon aus, dass die Klägerin mit D._____ in einem Konkubinat lebe und daher tiefere Lebenskosten habe. Die Klägerin bestreitet hingegen, dass sie mit D._____ in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft leben würde. Die Beweislast für das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft liegt vorliegend beim Beklagten, da er daraus tiefere Lebenskosten der Klägerin und somit höhere Unterhaltsbeiträge für sich und C._____ ableitet (Art. 8 ZGB). Die Vo-

rinstanz ging daher in ihrer Verfügung zu Recht davon aus, dass bei Säumnis des Beklagten die Beweisabnahme zu seinem Nachteil unterbleiben würde.

Abschliessend anzufügen bleibt, dass eine eheähnliche Gemeinschaft zwischen zweier Personen entgegen den Ausführungen des Beklagten auch ohne Rechtsverletzungen nachgewiesen werden kann. So führte der Beklagte zum Beispiel in der Verhandlung vom 4. April 2011 selber aus, dass die Klägerin seit Jahren einen zweiten Parkplatz finanzieren würde, der aber erst gemietet worden sei, nachdem D. _____ nach mehrmonatiger Beobachtung durch die Polizei zur Gebührentrichtung bzw. zum Nachweis eines Parkplatzes aufgefordert worden sei. Er habe damals an der ... geparkt, der Wohnstrasse der Klägerin. Der Parkplatz befinde sich unmittelbar vor der Haustüre der Klägerin, neben deren eigenen Parkplatz (Prot. VI S. 176). Sollte dies zutreffen, könnte dies zum Beispiel als Indiz – neben weiteren noch vorzubringenden Indizien – für eine eheähnliche Gemeinschaft zwischen der Klägerin und D. _____ dienen. Der Beklagte führt sodann auf Seite 4 seiner Beschwerdeschrift weitere, seiner Ansicht nach von der Klägerin unbestrittene Behauptungen auf (vgl. Urk. 1), die ebenfalls – sofern diese tatsächlich unbestritten geblieben sein sollten – als Indizien für eine eheähnliche Gemeinschaft zwischen der Klägerin und D. _____ dienen könnten. Zudem steht offenbar die Befragung von D. _____ als Zeuge an (Urk. 1 S. 3 unten), der diesfalls unter Androhung strafrechtlicher Folgen bei wahrheitswidrigen Angaben aussagen müsste.

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 14 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach schriftlich im Doppel seine Haupt- und Gegenbeweismittel (Parteibefragung, Zeugen, Augenschein, Gutachten, Urkunden) zur Frage, ob die Klägerin in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit D._____ lebt, zu nennen. Zeugen sind genau mit Name und Adresse anzugeben, Urkunden mit einem doppelt ausgefertigten Urkundenverzeichnis einzureichen. Bei Säumnis unterbleibt die Beweisabnahme zum Nachteil des Beklagten.
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 einer Kopie von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

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:

Dr. R. Klopfer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc