

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 31. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung auf gemeinsames Begehren**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Dielsdorf vom 18. Oktober 2011; Proz. FE100220-D

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Im vor der Vorinstanz hängigen Scheidungsverfahren der Parteien wurde dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) mit Verfügung vom 18. Oktober 2011 eine nicht erstreckbare Nachfrist bis zum 10. November 2011 angesetzt, um eine schriftliche Replik im Doppel einzureichen (act. 3/1 = act. 5 = act. 6/52).

1.2. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) rechtzeitig Beschwerde und beantragte Folgendes (act. 6/52 Anhang und act. 2):

- "1. Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller die Frist für die Einreichung der Replik versäumt hat.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers."

1.3. Mit Verfügung vom 10. November 2011 setzte die Kammer der Beschwerdeführerin Frist an, um einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 1'000.– zu leisten, und delegierte die weitere Prozessleitung an Oberrichterin Dr. Hunziker Schnider (act. 8). Die Beschwerdeführerin leistete den Kostenvorschuss rechtzeitig (act. 10), woraufhin die Kammer dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 18. November 2011 Frist ansetzte, um die Beschwerde zu beantworten, unter der Androhung, dass das Verfahren ohne Beschwerdeantwort weitergeführt werde, wenn die Beantwortung unterbleibe (act. 11).

1.4. Am Tag des Fristablaufs für die Einreichung der Beschwerdeantwort reichte der Beschwerdegegner ein Fristerstreckungsgesuch ein (act. 14). Dieses wies die Kammer mit Verfügung vom 6. Dezember 2011 ab. Die Kammer stellte zudem fest, dass das Verfahren androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weitergeführt werde (act. 15).

1.5. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2011 (Poststempel) beantragte der Beschwerdegegner, es sei ihm die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme neu

anzusetzen (act. 17), und stellte damit rechtzeitig für die Frist der Beschwerdeantwort ein *Wiederherstellungsgesuch* gemäss Art. 148 Abs. 2 ZPO. Die Kammer räumte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 21. Dezember 2011 die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Wiederherstellungsgesuch ein (act. 19). Die Beschwerdeführerin erstattete ihre Stellungnahme mit Schreiben vom 3. Januar 2012 (act. 21). Diese Stellungnahme wurde dem Beschwerdegegner am 10. Januar 2012 zugestellt (act. 24). **Der Beschwerdegegner reichte mit Schreiben vom 12. Januar 2012 eine Eingabe zur Stellungnahme ein (act. 25 und act. 26).** Diese Eingabe wurde der Beschwerdeführerin am 17. Januar 2012 zugestellt (act. 28).

1.6. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Nach deren Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Dies hat auch für Rechtsmittel gegen prozessleitende Entscheide Geltung (BGer 4A_116/2011 E. 1; ZR 110 [2011] Nr. 32; vgl. auch KUKO ZPO-Domej, Art. 405 N. 3). Die Eröffnung der vorinstanzlichen Verfügung (act. 5) erfolgte nach dem 1. Januar 2011, weshalb sich das Beschwerdeverfahren nach neuem Recht richtet. Das vorinstanzliche Verfahren war bei Inkrafttreten der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) bereits rechtshängig (act. 6/1). Demnach galt für dieses noch das bisherige Verfahrensrecht (Art. 404 Abs. 1 ZPO) nach der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und nach dem zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH).

3. Wiederherstellung der Beschwerdeantwort im Beschwerdeverfahren

Grundsätzlich wäre über das Wiederherstellungsgesuch des Beschwerdegegners zu entscheiden (vgl. Art. 149 ZPO). Dies erübrigt sich allerdings, da auf die Beschwerde mangels eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht einzutreten ist, wie sich im Nachfolgenden zeigen wird.

4. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

4.1. Prozessleitende Verfügungen sind anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Es liegt im Ermessen des Gerichts zu entscheiden, ob ein solcher Nachteil droht oder nicht. Es können nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile geltend gemacht werden (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N. 13 ff.; Kurt Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N. 39; anderer Meinung BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N. 7).

4.2. Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihrer Beschwerde im Wesentlichen vor, die Frist für die Replik sei versäumt worden und es habe keine Nachfrist angesetzt werden dürfen (vgl. act. 2 S. 3 ff.). Als nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil müsse nebst einem rechtlichen auch ein prozessökonomischer Nachteil gelten. Der Beschwerdeführerin drohe sowohl ein rechtlicher als auch ein prozessökonomischer Nachteil, wenn die angefochtene Verfügung nicht jetzt, sondern erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Prozesses überprüft werde. Bei Anwendung der Säumnisfolgen gälten zahlreiche Tatsachenbehauptungen der Beschwerdeführerin in der Klageantwort vor Vorinstanz als unbestritten, so dass die Vorinstanz das Beweisverfahren voraussichtlich auf einige wenige Tatsachen beschränken könne. Für den zur Hauptsache streitigen Punkt, die güterrechtliche Auseinandersetzung, gelte nicht die Oficialmaxime, sondern die Verhandlungsmaxime. Der Beschwerdeführerin drohe ein anderer Prozessausgang des erstinstanzlichen Verfahrens, wenn nicht auf die Säumnisfolgen abgestellt werde, und zudem ein erheblich längerer Prozess mit einem erheblich größeren Prozessaufwand (act. 2 S. 7 ff.).

4.3. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Berufung auf die Prozessökonomie für sich alleine nicht ausreichen kann, um einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu begründen. Im Zeitpunkt einer Nachfristansetzung könnte, davon abgesehen, noch gar nicht abgeschätzt werden, ob die Prozessökonomie durch die angefochtene Verfügung überhaupt nachteilig beeinflusst würde (abgesehen von einer kaum bedeutenden zeitlichen Verzögerung im Umfang der Nachfrist). Es ist nicht klar, ob denn tatsächlich eine Replik erstattet würde oder ob in einer Replik

die Behauptungen der Gegenpartei bestritten würden bzw. in welchem Umfang. Es kann deshalb auch noch nicht abgeschätzt werden, ob die Fristansetzung für das Beweisverfahren oder für den Prozessausgang von Relevanz wäre (zumal überdies prozessleitende Entscheide auch noch abgeändert werden können). Es trifft zwar zu, dass bei einer Vielzahl von Bestreitungen in der Replik damit zu rechnen wäre, dass das Beweisverfahren weitläufiger ausfiele und dadurch ein erheblich grösserer Prozessaufwand entstehen könnte bzw. erheblich grössere Prozesskosten anfallen könnten. Sofern ein grösserer Prozessaufwand und erheblich grössere Prozesskosten als Nachteil zu betrachten wären (was hier nicht zu prüfen ist), würde sich dieser Nachteil aber frühestens – wenn überhaupt – im Zeitpunkt einer Beweisauflageverfügung konkretisieren. Im Zeitpunkt einer Fristerstreckung oder einer Nachfristansetzung für eine Replik droht aber noch kein Nachteil. Die Voraussetzung eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachen- den Nachteils ist damit bei der vorliegenden Beschwerde nicht gegeben. Dies gilt, obwohl der Beschwerdegegner die Frist für die Replik zweimal unbenutzt verstreichen liess (die Frist bis zum 10. Juli 2011 und die Frist bis zum 31. August 2011) und die Vorinstanz die Frist beide Male in unzulässiger Weise erstreckte.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 6 Abs. 1 und § 5 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

5.2. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Dem obsiegenden Beschwerdegegner entstanden keine Umtriebe für die Erstattung einer Beschwerdeantwort, und für das Wiederherstellungsgesuch fehlt es an einem entsprechenden Antrag für eine Parteientschädigung (vgl. act. 17). **Zudem hat gemäss Art. 108 ZPO die säumige Partei für die Prozesskosten des Wiederherstellungsverfahrens aufzukommen, und es entfällt damit auch eine Prozessentschädigung.**

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirkes Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

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

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: