

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



PC120033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 26. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Erlass des persönlichen Erscheinens)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 18. Juni 2012 (FE120025)

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen seit dem 30. Juni 2005 bei der Vorinstanz in einem Ehescheidungsverfahren (vgl. FE050952 Urk. 1 S. 1).

b) Mit Vorladung vom 8. Mai 2012 wurden die Parteien persönlich auf den 14. Juni 2012 vorgeladen zur Hauptverhandlung mit persönlicher Befragung, Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen und über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung sowie Vergleichsverhandlung (Urk. 3/32). Mit der Vorladung wurden folgende Säumnisfolgen angedroht:

" I. Zur Hauptverhandlung:

1. Bleibt der **Kläger sowie seine Rechtsvertreterin** oder bleiben **beide Parteien sowie ihre Rechtsvertreterinnen** der Hauptverhandlung ohne genügende Entschuldigung fern, wird Rückzug der Klage angenommen. Die Säumnisfolge tritt nicht ein, wenn lediglich die Rechtsvertreterinnen erscheinen.
- 2.-3. (...)
4. (...) Nach der Hauptverhandlung sind neue Vorbringen und Anträge in der Regel ausgeschlossen. (...)
5. Werden die Parteien auch zur **persönlichen Befragung** vorgeladen (...), so kann das Gericht das ungenügend entschuldigte Ausbleiben der Partei, die befragt werden soll, nach freier Überzeugung auch zum Nachteil der ausgebliebenen Partei würdigen (§§ 154 und 148 Zivilprozessordnung).

III. Zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen:

1. Bleibt die Partei, die das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt hat, oder bleiben beide Parteien ohne genügende Entschuldigung der Verhandlung fern, wird auf das Begehren nicht eingetreten.
2. Bleibt dagegen die Gegenseite der Verhandlung ohne genügende Entschuldigung fern, wird Anerkennung der vorgetragenen Sachdarstellung und Verzicht auf Einreden angenommen.
3. Die Parteien sind mit sämtlichen Beweismitteln ausgeschlossen, die sie an der Verhandlung nicht vorlegen.
4. (...)

IV. Zur Verhandlung über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung:

1. Bleibt die Partei, welche das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung gestellt hat, oder bleiben beide Parteien ohne genügende Entschuldigung der Verhandlung fern, wird auf das Begehren nicht eingetreten.
2. Die Parteien sind mit sämtlichen Beweismitteln ausgeschlossen, die sie an der Verhandlung nicht vorlegen.

V. Allgemein:

1.-6. (...)"

Der Rechtsvertreter des Klägers und Beschwerdeführers (fortan Kläger) nahm die Vorladung am 10. Mai 2012 in Empfang (Urk. 3/33/2).

c) Mit Eingabe vom 6. Juni 2012 (bei der Vorinstanz am 7. Juni 2012 eingegangen) stellte der Rechtsvertreter des Klägers den Antrag, es sei der Kläger vom persönlichen Erscheinen an der Verhandlung vom 14. Juni 2012 zu dispensieren (Urk. 3/35).

Mit Verfügung vom 7. Juni 2012 wies die Vorderrichterin das Gesuch des Klägers auf Erlass des persönlichen Erscheinens an der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2012 ab (Urk. 3/37). Der Rechtsvertreter des Klägers nahm diesen Entscheid am 11. Juni 2012 in Empfang (Urk. 3/41/2).

d) Mit Faxeingabe vom 13. Juni 2012, 23.10 Uhr, teilte der Rechtsvertreter des Klägers der Vorinstanz mit, dass der Kläger ihm am Abend des gleichen Tages mitgeteilt habe, dass er an der Verhandlung infolge Krankheit nicht werde erscheinen können (Urk. 3/42).

e) Zur Verhandlung vom 14. Juni 2012 erschienen Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ namens, mit Vollmacht und in Vertretung des Klägers sowie Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____ namens, mit Vollmacht und in Begleitung der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte). Der Kläger ist unentschuldigt nicht erschienen (Prot. Vi S. 11). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung gewährte die Vorderrichterin dem Rechtsvertreter des Klägers die Möglichkeit, zur Klagebegründung sowie zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu plädieren

(Prot. Vi S. 14 f., Urk. 3/43). Zu den Akten wurden die klägerischen Beilagen Urk. 3/44/1-8 genommen. Sodann wurde dem Rechtsvertreter des Klägers anlässlich der Verhandlung die Möglichkeit geboten, Einsicht in die durch die Beklagte eingereichten Belege zu nehmen (Prot. Vi S. 21). Schliesslich konnte er das Begehren der Beklagten um vorsorgliche Massnahmen beantworten (Prot. Vi S. 27 ff.). Zum Schluss der Verhandlung stellte die Vorderrichterin dem Rechtsvertreter des Klägers die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Aussicht (Prot. Vi S. 29).

f) Mit Eingabe vom 15. Juni 2012 (bei der Vorinstanz auf dem Postweg am 18. Juni 2012 eingegangen) stellte der Rechtsvertreter den Antrag, dem Kläger sei infolge Krankheit der Erlass des persönlichen Erscheinens nachträglich zu bewilligen (Urk. 3/47).

Mit Verfügung vom 18. Juni 2012 wies die Vorderrichterin das Gesuch des Klägers auf nachträglichen Erlass des persönlichen Erscheinens an der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2012 ab (Urk. 3/49). Der Rechtsvertreter des Klägers nahm diesen Entscheid am 19. Juni 2012 in Empfang (Urk. 3/51 S. 1).

g) Mit Beschwerdeschrift vom 21. Juni 2012 (Datum des Poststempels) hat der Kläger gegen die Verfügungen des Einzelgerichts vom 7. und 18. Juni 2012 rechtzeitig Beschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2):

1. Die Verfügung des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juni 2012 [FE120025-L/Z3] sei aufzuheben und das Gesuch des Beschwerdeführers und Klägers vom 6. Juni 2012 sei gutzuheissen und ihm sei rückwirkend das persönliche Erscheinen an der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2012 zu erlassen.
2. Die Verfügung des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juni 2012 [FE120025-L/Z5] sei aufzuheben und das Gesuch des Beschwerdeführers und Klägers vom 13./14./15. Juni 2012 sei gutzuheissen und ihm sei rückwirkend das persönliche Erscheinen an der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2012 zu erlassen.
3. Dem Beschwerdeführer sei sowohl für das Beschwerdeverfahren in Bezug auf die Verfügung vom 7. Juni 2012 [FE120025-L/Z3] als auch in Bezug auf die Verfügung vom 18. Juni 2012 [FE120025-L/Z5] die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und Rechts-

anwalt Dr. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen in beiden Beschwerdeverfahren je zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Für die in einer einzigen Beschwerdeschrift enthaltenen Beschwerden wurden zwei Verfahren angelegt (PC120032 betreffend die Verfügung vom 7. Juni 2012 und PC120033 betreffend die Verfügung vom 18. Juni 2012).

h) Mit Verfügung vom 26. Juni 2012 entschied die Vorderrichterin das Folgende (Urk. 3/52 S. 17 f.):

- " 1. Die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2002 sowie D. _____, geboren am tt.mm.2004, werden für die Dauer des Prozesses unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder für die Dauer des vorliegenden Verfahrens folgende Unterhaltsbeiträge, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, zu bezahlen:
 - rückwirkend ab dem 14. März 2007 bis 31. Dezember 2008, Fr. 350.– pro Kind;
 - rückwirkend ab 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2012, Fr. 430.– pro Kind;
 - ab 1. Januar 2013, Fr. 1'330.– pro Kind.
3. Der Gesuchstellerin werden keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
4. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
5. Dem Gesuchsgegner wird für die Zeit vom 14. April 2008 bis am 23. Juni 2009 sowie seit dem 20. April 2012 Rechtsanwalt Dr. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
6. Die Kosten für diesen Entscheid bleiben dem Endentscheid vorbehalten.
7. (Schriftliche Mitteilung.)
8. (Rechtsmittelbelehrung.)"

Der Kläger nahm diese Verfügung am 4. Juli 2012 (Urk. 3/54/1) und die Beklagte am 27. Juni 2012 (Urk. 3/54/2) in Empfang.

Innert Frist erhob der Kläger mit Eingabe vom 13. Juli 2012 Berufung gegen den Entscheid, wobei er folgende Anträge stellte (LY120022 Urk. 1 S. 2):

1. Ziff. 2 der Verfügung des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juni 2012 [FE120025-L/Z3] sei vollumfänglich aufzuheben und der Gesuchsgegner und Appellant sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Appellatin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung für die Kinder während der Dauer des vorliegenden Verfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge rückwirkend zu zahlen:
 - ab Januar 2009 bis Ende des Verfahrens: gesamthaft Fr. 250.–und es sei vorzumerken, dass der Gesuchsgegner und Appellant ab März 2007 bis Dezember 2008 keine Unterhaltsbeiträge schuldet.
2. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollstreckung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 2 der Verfügung des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 26. Juni 2012 sei aufzuschieben.
3. Dem Gesuchsgegner sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

2. 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). Die vorinstanzliche Verfügung vom 18. Juni 2012 wurde am 19. Juni 2012 vom Kläger entgegengenommen (Urk. 3/51 S. 1). Somit richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.

3. a) Gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist eine prozessleitende Verfügung mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Geltend gemacht werden können sowohl rechtliche wie auch tatsächliche Nachteile (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 319 N 15 m.w.H.; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO),

Zürich/St. Gallen 2011, Art. 319 N 39; Reich, in: Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 319 N 9).

b) Nachdem die Vorinstanz bezüglich des Massnahmebegehrens der Beklagten und des Gesuchs des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von § 84 ff. ZPO/ZH mit Verfügung vom 26. Juni 2012 den Endentscheid gefällt hat, kommt dem Streit um Erlass des persönlichen Erscheinens an der Verhandlung vom 14. Juni 2012 diesbezüglich keine selbständige Bedeutung mehr zu; die in diesem Zusammenhang erhobenen Vorwürfe sind im Rahmen der Beurteilung der Berufung gegen die Verfügung vom 26. Juni 2012 zu prüfen.

c) Im vorliegenden Verfahren bleibt die Beschwerde hinsichtlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung zu beurteilen. Es obliegt dem Beschwerdeführer, detailliert darzutun, dass die Eintretensvoraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt sind, soweit deren Vorliegen nicht offensichtlich ist (Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Online-Stand 16. April 2012, Art. 319 N 39 m.w.H.).

Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO muss so beschaffen sein, dass er durch einen dem Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht mehr vollständig behoben werden kann. Dadurch ist in erster Linie der raschen Prozesserledigung gedient. Dies kann namentlich der Fall sein bei prozessleitenden Verfügungen wie Vorladungen (Art. 133 ZPO), Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO), Fristerstreckungen (Art. 144 Abs. 2 ZPO) oder Beweisanordnungen (Art. 154 und 229 ZPO). Fehlt es an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, so können die entsprechenden Entscheide nicht selbständig angefochten werden. Vielmehr können angebliche Fehler erst mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid geltend gemacht werden (Reich, a.a.O., Art. 319 N 8 m.w.H. und N 11; Brunner, in: Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 319 N 12).

Der Kläger begründet den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO einzig mit den Nachteilen, die ihm im Verfahren betreffend die vorsorglichen Massnahmen erwachsen könnten (Urk. 1 S. 3,

S. 9). Die Eintretensvoraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sind bezüglich des Hauptverfahrens nicht offensichtlich erfüllt. Eine allfällige Fehlerhaftigkeit des angefochtenen prozessleitenden Entscheides und ein allenfalls dem Kläger daraus aufgrund der Anwendung von §§ 148 und 154 ZPO/ZH entstandener Nachteil ist mit dem Hauptrechtsmittel gegen den Endentscheid vorzubringen.

e) Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

4. Soweit die Beschwerde den Erlass des persönlichen Erscheinens an der Hauptverhandlung beschlägt, war die Beschwerde von vornherein aussichtslos. Es rechtfertigt sich daher, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zur Hälfte nicht zu gewähren (Art. 117 lit. b ZPO). Im Übrigen ist über das Gesuch im Berufungsverfahren betreffend den Massnahmeentscheid zu befinden.

5. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Kläger die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens zur Hälfte aufzuerlegen sind. Über eine allfällige Kostenauflage der andern Hälfte ist ebenfalls im Berufungsverfahren betreffend den Massnahmeentscheid zu urteilen. Für die Bemessung der Gerichtsgebühr gelangen § 1 lit. b, § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 10 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts zur Anwendung. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Beklagten für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren zur Hälfte nicht gewährt. Im Übrigen wird über das Gesuch im Berufungsverfahren betreffend den Massnahmeentscheid entschieden.
2. Auf die Beschwerde des Klägers wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.

4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger zur Hälfte auferlegt. Über eine allfällige Kostenauflage der andern Hälfte wird im Berufungsverfahren betreffend den Massnahmeentscheid entschieden.
5. Der Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Urk. 1, und an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, je gegen Empfangsschein, sowie zuhanden des Berufungsverfahrens LY120022.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten verbleiben nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zuhanden des Berufungsverfahrens LY120022 bei der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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, 26. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:

ss