

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC120043-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss vom 28. November 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Bestellung eines Kindervertreeters)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 21. August 2012 (FP120009)

Erwägungen:

1. In der Hauptsache liegt zwischen den Parteien die Abänderung des Scheidungsurteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 31. August 2011 im Streit. Anlässlich der diesbezüglichen Einigungsverhandlung vom 19. April 2012 hat der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners unter anderem das Begehren gestellt, einen Prozessbeistand für den Sohn der Parteien in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ einzusetzen (Prot. I S. 5). Dieser hat das Kind der Parteien bereits im Scheidungsverfahren vertreten. In der Folge hat die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. Mai 2012 irrtümlicherweise die Vormundschaftsbehörde D. _____ mit der Bestellung eines Prozessbeistandes beauftragt (Urk. 5/12). Nachdem die Vormundschaftsbehörde D. _____ den zuständigen Gerichtsschreiber am 6. Juni 2012 telefonisch informiert hatte, dass gemäss Art. 299 ZPO der Prozessbeistand neu direkt durch das Gericht bezeichnet werde (Urk. 5/22) und die Vorinstanz daraufhin in der Verfügung vom 18. Juni 2012 ausgeführt hatte, es werde vom Gericht ein Beistand bezeichnet, hat die Vorinstanz schliesslich mit Verfügung vom 21. August 2012 Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als Prozessbeistand des Sohnes der Parteien bestellt (Urk. 2).

2. Hiergegen hat die Beschwerdeführerin am 7. September 2012 Beschwerde erhoben (Urk. 1). Nach fristgerechtem Eingang des Prozesskostenvorschusses (Urk. 7) wurde dem Beschwerdegegner und dem Sohn der Parteien als Verfahrensbeteiligter mit Verfügung vom 11. Oktober 2012 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 8), welche der Beschwerdegegner fristgerecht erstattete mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ im Amt als Kinderanwalt zu belassen (Urk. 9). Der Verfahrensbeteiligte liess sich innert Frist nicht vernehmen. Die Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners

wurde der Beschwerdeführerin und dem Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 11).

3. a) Der vorinstanzliche Entscheid betreffend Bestellung eines Kindesvertreters stellt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO dar und ist daher nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Ziff. 1) oder wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Ziff. 2), mit Beschwerde anfechtbar. Diesbezüglich kann vorab festgehalten werden, dass keine gesetzliche Bestimmung ersichtlich ist, welche eine Beschwerdemöglichkeit der Eltern gegen die Einsetzung eines Kindesvertreters direkt vorsieht. Nur das Kind kann gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO die Nichtanordnung einer Prozessvertretung voraussetzungslos mit Beschwerde anfechten. Entsprechend ist vorliegend die Anfechtung des Entscheids betreffend Einsetzung eines Kinderanwalts durch die Beschwerdeführerin nur möglich, wenn ihr durch den angefochtenen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

b) Beim drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Klar ist, dass in Fällen, in denen der geltend gemachte Nachteil auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann, die Voraussetzung von Ziff. 2 erfüllt ist. Darüber hinaus ist eine Anfechtung aber auch dann möglich, wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. Damit umfasst der Begriff zwei Elemente: den drohenden Nachteil und die nicht einfach zu bewerkstellende Wiedergutmachung. Entgegen der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 93 BGG können nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile geltend gemacht werden (A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/P. GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 26 Rz. 31; BLICKENSTORFER, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 39; HOHL, Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, S. 449 N 2485).

c) Die betroffene Partei muss einen nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil dartun. Die Beschwerdeführerin bringt einerseits vor, dass ihr rechtliches Gehör im Zusammenhang mit der Einsetzung des Kinderanwalts verletzt worden

sei, sowie dass andererseits eine Zusammenarbeit mit dem ernannten Prozessbeistand unmöglich sei (Urk. 1 S. 2). In den genannten Vorbringen kann noch kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil erblickt werden. Dieser kann jedoch in der Verfahrensverzögerung und Verfahrensverteuerung gesehen werden, welche dann entstehen würde, wenn die geltend gemachten Beanstandungen gegen die Einsetzung eines Kindesvertreters erst im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids überprüft werden könnten, woraus eine Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens resultieren würde, sollte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und ein Ablehnungsgrund bejaht werden. Darin ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu erblicken, weshalb die Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt sind und auf die Beschwerde einzutreten ist.

4. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz ihr rechtliches Gehör verletzt habe, indem Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als Prozessvertreter eingesetzt worden sei, ohne sie vorher zu informieren sowie ihr die Möglichkeit zu gewähren, sich zu dessen Person zu äussern und ihre Meinung zu ihm einzuholen. Weiter rügt die Beschwerdeführerin die Verletzung des Gehörsanspruchs ihres Sohnes (Urk. 9 S. 1 f.). Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin und dasjenige des Sohnes im Zusammenhang mit der Bestellung des Kinderanwalts verletzt wurde.

Es stellt sich damit die Frage, ob die Parteien zur Person des möglichen Beistands anzuhören sind, und ob die Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Bestellung des Beistandes hatte.

5. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zählt zu den zentralen Verfahrensmaximen. Er wird durch Art. 53 ZPO und durch die Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 2 BV sowie durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistet, wobei er seine nähere inhaltliche Ausgestaltung, Konkretisierung und Begrenzung in einer Vielzahl von Verfahrensvorschriften findet. So ist beispielsweise das Recht auf die Zulassung der form- und fristgerecht angebotenen Beweise, das sog. "Recht auf Beweis" ausdrücklich in Art. 150 ZPO normiert. Der von der Beschwerdeführerin angerufene Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklä-

rung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gibt dem Betroffenen das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 Erw. 2.b m.w.H.).

6. a) Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes im Prozess an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorglichen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Die Ernennung des Beistandes erfolgt seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung neu direkt durch das Gericht und nicht mehr durch die Vormundschaftsbehörde. Im Gegensatz zum Verfahren betreffend Anordnung eines Gutachtens, gemäss welchem die Parteien vorgängig zur Anordnung anzuhören sind (vgl. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 ZPO), wird in der Zivilprozessordnung nicht geregelt, ob den Parteien vor dem Erlass des Entscheids über die Einsetzung eines Kindesvertreters das rechtliche Gehör zu gewähren ist.

b) Die Anordnung einer Prozessbeistandschaft stellt eine Beschränkung der elterlichen Sorge dar und hat zur Folge, dass die Eltern die durch die Prozessvertretung entstehenden Kosten zu tragen haben (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Insofern wird in die Rechtsstellung der Eltern eingegriffen, weshalb in Übereinstimmung mit der Lehre davon auszugehen ist, dass den Eltern vor Erlass des fraglichen Entscheids das rechtliche Gehör zu gewähren ist (SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 32 zu Art. 299; THORMANN, in: Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 299 N 5; PFÄNDER BAUMANN, in: Dike-Kommentar, Art. 299 ZPO N 9; VAN DE GRAAF, in: KUKO ZPO Art. 299 N 13; SCHWANDER, in: Orell Füssli ZPO-Kommentar, Art. 299 N 3). Zu prüfen bleibt, ob der Gehörsanspruch das Anhörungsrecht der Parteien auch zur Person des beabsichtigten Beistandes mitumfasst.

c) Ein ausdrückliches Anhörungsrecht postulieren PFÄNDER BAUMANN (in: Dike-Kommentar, Art. 299 ZPO N 9) sowie VAN DE GRAAF (in: KUKO ZPO Art. 299 N 13). Dieses Anhörungsrecht wurde auch bereits zur alten Bestimmung von Art. 147 ZGB postuliert, welcher von Art. 299 ZPO abgelöst worden ist (vgl. SUTTER/FREIBURGHHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 146/147 aZGB N 37 m.w.H.; FREIBURGHHAUS, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Amstutz und andere [Hrsg.], 2007, Art. 146 aZGB N 5). SCHWANDER (in: Orell Füssli ZPO-Kommentar, Art. 299 N 3) und THORMANN (in: Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 299 N 4) sprechen sich zumindest indirekt für ein Anhörungsrecht aus, indem sie festhalten, dass mit Bezug auf die Person des Beistandes auf die Wünsche des Kindes Rücksicht zu nehmen sei. Aus der Formulierung von SCHWEIGHAUSER (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 299 N 32), wonach den Parteien vor Erlass der Verfügung betreffend Einsetzung eines Prozessvertreters das rechtliche Gehör zu gewähren sei, geht nicht klar hervor, ob das rechtliche Gehör zur Beistandschaft die Stellungnahme zur Person des beabsichtigten Beistandes miteinschliesst.

d) Ein umfassendes Anhörungsrecht scheint deshalb geboten, weil der zu ernennende Beistand diverse Anforderungen zu erfüllen hat. So muss es sich beim zu ernennenden Beistand gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO um eine in fürsorge- und rechtlichen Fragen erfahrene Person handeln. Damit ist einerseits psychologische und sachliche Kompetenz, andererseits Kenntnis im Ehe- und Kindschaftsrecht sowie Prozessrecht gefordert. Obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, kommt der Unabhängigkeit des Beistandes als weiteres Anforderungskriterium grosse Bedeutung zu. Der Beistand muss vom ernennenden Gericht, von den Parteien sowie von der Vormundschaftsbehörde unabhängig sein (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Art. 299 ZPO N 27 ff.; PFÄNDER BAUMANN, a.a.O. Art. 299 N 8). Insofern besteht eine analoge Situation wie bei der Bestellung eines Gutachters gemäss Art. 183 ZPO, wo ein Anhörungsrecht der Parteien zur Person des Gutachters ausdrücklich statuiert wird.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass der Gehörsanspruch im Rahmen der Bestellung des Kindesvertreters das Anhörungsrecht der Parteien zur Person des beabsichtigten Beistandes mitumfasst. Im Folgenden ist daher zu

prüfen, ob dem Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Bestellung des Kindesvertreters Genüge getan wurde.

7. a) Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners hat – wie erwähnt – anlässlich der Einigungsverhandlung vom 19. April 2012 das Begehren gestellt, Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als Prozessvertreter im Sinne von Art. 299 ZPO zu bestellen (Prot. I S. 5). Es ist nicht akten- oder protokollkundig, ob sich die Beschwerdeführerin zu diesem Antrag geäußert hat bzw. ob sie angehalten wurde, dazu Stellung zu nehmen. Jedenfalls war die Beschwerdeführerin nicht gehalten, sich zum Antrag des Beschwerdegegners zu äussern, waren die Parteien für Parteilvorträge doch gar nicht zugelassen (Urk. 8). Die Beschwerdeführerin wusste zum damaligen Zeitpunkt nicht einmal, ob der Antrag protokolliert würde. Gemäss Protokoll wies der Richter lediglich darauf hin, dass gewisse wichtige Äusserungen protokolliert würden (Prot. I S. 5). Um die Protokollierung des fraglichen Antrags wusste die Beschwerdeführerin erst nach Erhalt der Verfügung vom 7. Mai 2012 (Urk. 12), in welcher in den Erwägungen der Antrag des Beschwerdegegners unter Verweis auf das Protokoll der Einigungsverhandlung erwähnt wurde.

b) Mit vorerwähnter Verfügung wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Ergänzung ihrer Klagebegründung angesetzt. Sie wurde indes nicht zu einer Stellungnahme zum fraglichen Antrag des Beschwerdegegners aufgefordert. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin zur Verfügung vom 7. Mai 2012, in welcher der Antrag des Beschwerdegegners um Einsetzung von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ festgehalten wurde, von sich aus hätte vernehmen lassen müssen (Urk. 12). Diese Frage ist aus nachfolgenden Gründen zu verneinen. Da die Vormundschaftsbehörde mit der fraglichen Verfügung ersucht wurde, einen Prozessbeistand zu bestellen, hätte sich die Beschwerdeführerin – wenn schon – zunächst gegenüber der Vormundschaftsbehörde äussern müssen. Mit Schreiben vom 18. Mai 2012 äusserte sich die Beschwerdeführerin denn auch gegenüber dieser (Urk. 20). Der Inhalt ihres Schreibens ist indes nicht bekannt. Ebenfalls nicht bekannt ist, ob die Vormundschaftsbehörde das Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz weitergeleitet hat. Mit Schreiben vom 5. Juni 2012 teilte die Vormundschaftsbehörde – unter Verweis auf eine Aktennotiz – der Beschwerdeführerin mit, das Bezirksgericht werde nötigenfalls selbst einen Beistand bestel-

len (Urk. 20). Bis zum Eingang der Klageantwort erfolgte bezüglich der Bestellung eines Prozessbeistandes keine weitere Prozesshandlung. In der Verfügung vom 18. Juni 2012, mit welcher dem Beschwerdegegner Frist zur Klageantwort angesetzt wurde, wird lediglich ausgeführt, die Verfügung vom 7. Mai 2012 sei unrichtig, ein Beistand sei vom Gericht zu bezeichnen, woraufhin aber keine Bestellung erfolgte (Urk. 24). Erst als am 20. August 2012 die Klageantwort einging, wurde mit Verfügung vom gleichen Tag Rechtsanwalt lic. iur Y. _____ als Kinderbeistand bestellt (Urk. 35).

Nach dem vorstehend Erwogenen ist nicht bekannt, ob sich die Beschwerdeführerin gegenüber der Vormundschaftsbehörde zur Person des nachmalig eingesetzten Prozessbeistandes geäußert hat und damit von sich aus ihren Äusserungsanspruch wahrgenommen hat. Auch hat sie in der Folge keine formelle Rechtsschrift mehr eingereicht, aus welcher sich eine Stellungnahme zum fraglichen Antrag des Beschwerdegegners ergeben könnte. Damit bleibt offen, ob die Beschwerdeführerin selbständig und ohne entsprechende gerichtliche Aufforderung ihr Äusserungsrecht wahrgenommen hat. Im Folgenden bleibt daher noch zu prüfen, ob von der Beschwerdeführerin verlangt werden konnte, gegenüber der Vorinstanz unaufgefordert zum Antrag des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen oder ob der fragliche Antrag des Beschwerdegegners der Beschwerdeführerin nicht vielmehr mit formeller Fristansetzung zur Stellungnahme hätte unterbreitet werden müssen.

c) Der Antrag betreffend Einsetzung eines Kindesvertreters stellt einen prozessualen Antrag dar. Ein solcher ist normalerweise der Gegenpartei zur Stellungnahme zu unterbreiten, wobei sich das Anhörungsrecht auf eine schriftliche Stellungnahme beschränkt (Göksu, in: DIKE-Komm, Art. 53 ZPO N 17).

Wie erwähnt, lässt sich die Stellung des Kinderbeistandes mit derjenigen eines Gutachters vergleichen, da beide über eine besondere Fachkunde sowie über Unabhängigkeit in Bezug auf die sie ernennende Behörde und die Prozessparteien verfügen müssen. In der zürcherischen Zivilprozessordnung war hinsichtlich der Ernennung eines Gutachters im Rahmen von § 172 Abs. 2 ZPO/ZH klar, dass den Parteien *Frist* für Einwendungen gegen den vom Gericht in Aussicht genommenen oder vom Gegner vorgeschlagenen Experten angesetzt werden

musste (Frank/Sträuli/Messmer, N 3 zu § 172 ZPO/ZH). Es ist zwar richtig, dass die Parteien sich nicht darauf verlassen können, vom Gericht immerzu ausdrücklich zu einer Stellungnahme aufgefordert zu werden. So muss beispielsweise eine Partei, welcher eine Vernehmlassung oder Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt wird, von sich aus unverzüglich eine Stellungnahme einreichen, sofern sie dies als notwendig erachtet, ansonsten dies als Verzicht auf das Äusserungsrecht gewertet wird (BGE 133 I 00, E. 4.8; BGE 133 I 98, E. 2.2; BGE 132 I 42, E. 3.3.3 und 3.3.4). Doch ist die vorliegende Konstellation zu unterscheiden von der eben beschriebenen Situation betreffend freiwillige Stellungnahme zur letzten Rechtschrift. Die Einsetzung eines Kindesbeistandes und die Wahl der zu ernennenden Person stellt eine zentrale Frage im Hauptprozess dar. Bei der Stellungnahme zur Person des Kinderanwalts handelt es sich um potentiell erstmalig vorgetragene Argumente und nicht nur um eine Vernehmlassung zu einer Eingabe, welche häufig keine neuen Gesichtspunkte mehr enthält. Aussergewöhnlich war im vorliegenden Fall zudem, dass der fragliche Antrag nicht in einer Rechtschrift, welche die Beschwerdeführerin zugestellt erhalten hat, gestellt wurde, sondern im Rahmen einer Einigungsverhandlung, wo keine Parteivorträge zugelassen waren.

Nach dem Gesagten hätte der prozessleitende Antrag des Beschwerdegegners bzw. der von der Vorinstanz in Aussicht genommene Kinderbeistand der Beschwerdeführerin mit formeller Fristansetzung zur Stellungnahme unterbreitet werden müssen. Eine explizite Aufforderung zur Stellungnahme wäre insbesondere deshalb geboten gewesen, weil einerseits unklar war, ob sich die Beschwerdeführerin gegenüber der Vormundschaftsbehörde zur Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ geäußert hat, und es andererseits bis zur Bestellung des nachmalig ernannten Vertreters nicht klar war, ob das Gericht tatsächlich den vorgeschlagenen Prozessbeistand in die engere Auswahl einbezieht. Indem die Vorinstanz keine formelle Fristansetzung vorgenommen hat, hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

d) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass durch die angefochtene Verfügung das rechtliche Gehör ihres Sohnes verletzt worden sei. Da der Beschwerde gemäss Art. 325 ZPO keine aufschiebende Wirkung zukommt, gilt der Sohn der Parteien zum jetzigen Zeitpunkt als durch Rechtsanwalt lic. iur.

Y._____ vertreten, weshalb die Beschwerdeführerin vorliegend keine Gehörsverletzung ihres Kindes geltend machen kann.

8. a) Zu prüfen ist, welche Rechtsfolgen die Verletzung des rechtlichen Gehörs nach sich zieht. Das Recht, gehört zu werden, ist formeller Natur. Das bedeutet, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 127 V 1, E. 3.d.aa; BGE 127 III 576 E. 2.d; BGE 126 V 130, E. 2.b; BGE 121 III 331, E. 3.c). Ausnahmsweise kann die Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist zulässig, wenn die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Tatfragen wie die Vorinstanz verfügt (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 126 I 68 E. 2; BGer. 6B.568/2007 E. 6.4; BGer. 1A.57/2000 E. 6.a).

b) Im Beschwerdeverfahren können unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit.a ZPO) und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) gerügt werden. In Bezug auf Rechtsfragen verfügt die Beschwerdeinstanz demnach über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz, nicht jedoch bezüglich Tatfragen. Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9. Für das Beschwerdeverfahren ist einstweilen nur die Entscheidgebühr in Anwendung der §§ 5 und 9 Abs. 2 und 12 Abs. 1 GebVO auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Deren Verlegung sowie die Regelung der Parteientschädigung sind dem Entscheid der Vorinstanz aufgrund des dannzumaligen Obsiegens bzw. Unterliegens vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 21. August 2012 wird aufgehoben und die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.

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

Zürich, 28. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:
ss