

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC200021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Beschluss vom 8. Oktober 2020

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. März 2020; Proz. FE150038

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei erwachsene Kinder. Seit dem 16. Februar 2015 standen sie sich vor dem Bezirksgericht Dietikon im Scheidungsverfahren gegenüber (act. 1; act. 233 S. 2; Geschäfts-Nr. FE150038-M). Mit Urteil vom 25. März 2020 wurde die Ehe der Parteien unter Regelung der Nebenfolgen vom genannten Gericht (nachfolgend: Vorinstanz) geschieden (act. 242/1). Dagegen erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) mit Eingabe vom 18. Mai 2020 (Datum Poststempel) Berufung beim hiesigen Gericht, welches unter der Verfahrensnummer LC200014-O darüber zu befinden hat (act. 240).

2. In ihrer als Berufungsschrift bezeichneten Eingabe stellt die Beklagte, neben den gegen das Scheidungsurteil gerichteten Anträgen, auch ein Begehren um Abänderung der zusammen mit dem Scheidungsurteil ergangenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz unter anderem das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abwies (act. 240 S. 2; act. 242/1 S. 34). Die Beklagte verlangt, Ziff. 1 der erwähnten Verfügung folgendermassen abzuändern: "Der Beklagten sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand [zu bestellen, Erg. hinzugefügt]."

Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege abgelehnt wird, ist prozessleitender Natur. Gegen ihn steht ausschliesslich das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Demnach ist das vorerwähnte Begehren der Beklagten nicht als Berufungs-, sondern als Beschwerdeantrag zu behandeln. Entsprechend wurde hierfür unter der vorliegenden Geschäftsnummer ein eigenständiges Beschwerdeverfahren eröffnet.

II.

1. Wird ein im summarischen Verfahren ergangener Entscheid oder eine prozessleitende Verfügung angefochten, so beträgt die Beschwerdefrist nicht dreissig, sondern zehn Tage, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Im vorliegenden Fall beträgt die Beschwerdefrist mangels anderslautender gesetzlicher Regelung demzufolge zehn Tage. Die Beklagte wurde von der Vorinstanz auch entsprechend belehrt. Ebenfalls wurde sie von dieser auf die Nichtgeltung der gesetzlichen Fristenstillstände nach Art. 145 Abs. 2 ZPO hingewiesen (Verfügungen und Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. März 2020, S. 34 [act. 242/1]).

2. Gemäss Sendungsverfolgung der Post traf der an die Beklagte als Gerichts-urkunde verschickte vorinstanzliche Entscheid am 7. April 2020 an der Abhol-/Zustellstelle in Zürich C. _____ ein und wurde am selben Tag ins Postfach der Beklagten bzw. von deren Vertreter zur Abholung am Schalter avisiert. Nachdem die entsprechende Sendung innert der siebentägigen Frist nicht abgeholt wurde, sandte die Post diese am 15. April 2020 wieder an die Vorinstanz zurück (act. 242/3). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine Zustellung von nicht abgeholt eingeschriebenen Postsendungen am siebten Tag nach erfolglosem Zustellversuch als erfolgt, sofern die betroffene Person mit einer Zustellung rechnen musste (sog. Zustellfiktion). Aufgrund des hängigen Scheidungsverfahrens mussten die Parteien mit diesbezüglichen gerichtlichen Zustellungen rechnen (BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 138 N 18a). Zudem erkundigte sich die Beklagte am 5. Februar 2020 bei der Vorinstanz nach dem Verfahrensstand, worauf ihr unter anderem mitgeteilt wurde, dass der Endentscheid kurz bevorstehe (act. 215). Dieser erging dann auch kurze Zeit später mit Urteil vom 25. März 2020 (act. 242/1).

Die Beklagte führt in ihrer Eingabe aus, sie habe hinsichtlich der Zustellung des vorinstanzlichen Entscheids kein Avis ins Postfach erhalten (act. 240 Rz 4). Aufgrund der vorerwähnten Postinformation, wonach der Beklagten die fragliche Sendung ins Postfach zur Abholung avisiert wurde, besteht jedoch die (natürliche)

Vermutung der effektiven Zustellung der Abholungseinladung (BSK ZPO-GSCHWEND, Art. 138 N 18a; BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, 3. Aufl. 2018, Art. 44 N 31; BGE 142 IV 201 E. 2.3). Zur Widerlegung dieser Vermutung hätte die Beklagte ihr Vorbringen jedoch zunächst einmal substantiieren und sodann auch den entsprechenden Gegenbeweis antreten müssen (Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung [siehe vorerwähntes BSK BGG-Zitat]). Beides unterliess sie jedoch, indem sie es diesbezüglich bei einer blossen, in einem Nebensatz kurz erwähnten Behauptung belliess. Stattdessen geht die Beklagte vielmehr selber davon aus, dass die Rechtsmittelfrist nach Ablauf der siebentägigen Aufbewahrungsfrist der Post am 15. April 2020 zu laufen begonnen habe (act. 240 Rz 4). Weitergehende Ausführungen zur Frage der Zustellung der Abholungseinladung erübrigen sich damit.

3. Demnach lief der Beklagten die zehntägige Beschwerdefrist vom 15. April 2020 an, nachdem die siebentägige Frist gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am 14. April endete (Avisierung der Sendung ins Postfach am 7. April 2020). Die Beschwerde wäre deshalb spätestens am 24. April 2020 im Sinne von Art. 143 ZPO einzureichen gewesen. Die Beklagte reichte ihre insgesamt als Berufung bezeichnete Rechtsmittelschrift indes erst am 18. Mai 2020 (Datum Poststempel) ein (act. 240 S. 1). Damit wahrte sie zwar die Frist hinsichtlich der Berufungsanträge (Geschäfts-Nr. LC200014-O), bezüglich der vorliegenden Beschwerde erfolgte die Eingabe allerdings (entgegen der Ansicht der Beklagten [act. 240 Rz 4]) verspätet. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb auf diese (ohne Einholung einer Beschwerdeantwort [Art. 322 Abs. 1 ZPO]) nicht einzutreten ist.

III.

1. Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Oberge-

richts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Kosten sind der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).

2. Die Beklagte beantragt gestützt auf die ihrer Ansicht nach für das Rechtsmittelverfahren zu erwartende Gerichtsgebühr und Parteientschädigung, den Kläger zu einem Prozesskostenvorschuss von Fr. 57'250.– zu verpflichten. Eventualiter sei sie für das vorliegende Rechtsmittelverfahren gänzlich von den Gerichtskosten zu befreien und es sei ihr in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 240 S. 2 und Rz 71 ff.). Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Ehepartei im Zeitpunkt des Entscheids voraus. Es sind bei der Beurteilung eines solchen Gesuchs die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze der Mittellosigkeit und der Nicht-Aussichtslosigkeit analog anzuwenden (OGer ZH, PC150059 vom 30. November 2015, E. 3.3.1).

Da die Beklagte ihre Rechtsmittelschrift insgesamt als Berufung bezeichnet, ist unklar, welcher (grössere) Anteil des verlangten Prozesskostenvorschusses auf das eigentliche, unter der Geschäfts-Nr. LC200014-O geführte Berufungsverfahren entfallen soll und welcher (kleinere) Teil hiervon das vorliegende Beschwerdeverfahren betrifft. Nach vorstehend Ausgeführtem erweist sich die Beschwerde jedoch ohnehin als offensichtlich unzulässig (Art. 321 Abs. 1 ZPO), weshalb sowohl das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch das Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von vornherein zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen sind (Art. 117 lit. b ZPO). Entsprechend kann an dieser Stelle auch auf eine betragsmässige Ausscheidung des Prozesskostenvorschuss-Begehrens verzichtet werden.

3. Dem Kläger ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche der Beklagten um Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren werden abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dietikon, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: