

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE140027-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 7. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Eheschutz (Verschiebungsgesuch)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. November 2014 (EE140050-G)

Erwägungen:

1.1 Die Parteien stehen seit dem 12. September 2014 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 7/1-3). Mit Schreiben vom 5. November 2014 ersuchte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) um Erlass superprovisorischer Massnahmen (Urk. 7/8 S. 2). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 7. November 2014 abgewiesen (Urk. 7/11). In der Folge wurden die Parteien mit Verfügung vom 10. November 2014 zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 27. November 2014 vorgeladen (Urk. 7/13). Daraufhin ersuchte der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) mit Schreiben vom 25. November 2014 (vorab per Fax) um Verschiebung der angesetzten Verhandlung (Urk. 7/17-19; Urk. 7/23-27). Mit Verfügung vom 27. November 2014 wies die Vorinstanz das entsprechende Gesuch ab (Urk. 7/31 S. 3 = Urk. 2 S. 3); die Verhandlung wurde durchgeführt (Urk. 7/28).

1.2 Mit Schreiben vom 18. Dezember 2014 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 19. Dezember 2014) erhob der Gesuchsgegner innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"Es sei die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren vom 27. November 2014 betreffend Abweisung des Verschiebungsgesuchs des Gesuchsgegners und Beschwerdeführers vollumfänglich aufzuheben und es sei die Einzelrichterin im summarischen Verfahren anzuweisen, zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorzuladen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin."

Sodann stellte er folgenden prozessualen Antrag (Urk. 1 S. 2):

"Es sei der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren."

2.1 Bei der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 27. November 2014 handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung. Eine solche ist gemäss Art. 319 lit. b ZPO anfechtbar in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b

Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

2.2 Der Gesuchsgegner ist der Ansicht, dass die Ablehnung eines begründeten Verschiebungsgesuchs als Rechtsverweigerung selbständig mit Beschwerde angefochten werden könne (Urk. 1 S. 10). Er beruft sich dabei auf die von Bühler in der ersten Auflage des Basler Kommentars zur ZPO geäusserten Auffassung (BSK ZPO-Bühler, N 11 [recte N 10] zu Art. 136 [recte Art. 135]). In der 2. Auflage scheint derselbe Autor an dieser Auffassung nicht mehr festhalten zu wollen. Er schreibt zwar, dass ein Entscheid, mit dem ein Verschiebungsgesuch zu Unrecht abgelehnt werde, eine Rechtsverweigerung darstellen könne, sieht aber die Möglichkeit der selbständigen Anfechtung nur für den Fall vor, dass der gesuchstellenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO drohe; eine solche Konstellation werde allerdings nur selten gegeben sein. Regelmässig sei daher der ablehnende Verschiebungsentscheid erst mit dem gegen den Entscheid gegebenen Rechtsmittel anfechtbar (BSK ZPO-Bühler, 2. A., Art. 135 N 36 f.). Gegenstand der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO bildet ausschliesslich die sogenannte formelle Rechtsverweigerung, die sich in einer unrechtmässigen Verweigerung oder Verzögerung eines anfechtbaren Entscheides äussert, nicht aber die materielle Rechtsverweigerung. Letztere liegt vor, wenn die zuständige Behörde zwar entscheidet, ihr Entscheid jedoch in der Sache – wie vorliegend vom Gesuchsgegner geltend gemacht (Urk. 1 S. 9) – willkürlich ist (Freiburghaus/ Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 319 N 17; BSK ZPO-Spühler, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 319 N 22). Vorliegend hat die Vorinstanz entschieden, weshalb eine Beschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO nicht greift.

2.3.1 Die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides, in dem ein Verschiebungsgesuch abgewiesen wird, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Entsprechend aber ist lediglich eine Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO möglich, wobei für deren Zulassung ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender

Nachteil vorausgesetzt ist (Stahelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 135 N 5; Huber in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, Art. 135 N 16; Frei in: BK-ZPO, Art. 135 N 11; KUKO ZPO-Weber, Art. 135 N 7). Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Darüber hinaus ist eine Anfechtung auch dann möglich, wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. In der Literatur wird unter Verweis auf die Botschaft die Auffassung vertreten, dass bei Vorladungen (Art. 133/134 ZPO), Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO), Fristansetzungen und -erstreckungen (Art. 144 ZPO) oder Beweisanordnungen (Art. 231 ZPO) ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kaum je in Betracht fallen könne (Sterchi in: BK-ZPO, Art. 319 N 14; Blickensdorfer in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, Art. 319 N 41).

2.3.2 Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Art. 60 N 1). Entsprechend muss die betroffene Partei den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (Sterchi, a.a.O., Art. 319 N 15). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.3.3 Der Gesuchsgegner sieht den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil in einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, führt er doch an, mit der ungerechtfertigten Abweisung seines durchaus begründeten Verschiebungsgesuchs keine Möglichkeit gehabt zu haben, sich gegen die zahlreichen bewusst wahrheitswidrigen Vorbringen der Gesuchstellerin angemessen und unmittelbar zu verteidigen. So habe das Gericht in der Vorladung vom 10. November 2014 angedroht, dass es die Eingaben berücksichtige, welche dem Gericht eingereicht worden seien, und seine Entscheid gestützt auf die Akten und Vorbringen der anwesenden Partei fälle. Das ungenügend entschuldigte Fernbleiben einer Partei

solle auch zu ihrem Nachteil gewürdigt werden. Dies seien alles offensichtliche Nachteile, welche die willkürliche und ungerechtfertigte Ablehnung des Verschiebungsgesuchs nach sich ziehe (Urk. 1 S. 8 f.).

2.3.4 Dem kann nicht zugestimmt werden, da die Rüge der Gehörsverletzung im Rechtsmittel gegen den Endentscheid vorgebracht werden kann (vgl. BGer 5A_307/2011 vom 13. Juli 2011, E. 2; vgl. BGE 133 III 629 E. 2.3.1). Mit dem Endentscheid können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Es steht somit ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, und es können sowohl materielle als auch verfahrensrechtliche (prozessuale) Fehler gerügt werden (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 310 N 13). Der Gesuchsgegner behauptet nicht, er könne die Rüge, wonach die seiner Auffassung nach zu Unrecht nicht verschobene Verhandlung ihn von Parteivorträgen ausschliesse und seine Parteirechte verletze, nicht mehr im Rahmen des Rechtsmittels in der Hauptsache zusammen mit dem Endentscheid vortragen. Damit kann nicht von einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO gesprochen werden. Entsprechend sind die Anfechtungsvoraussetzungen für die Verfügung vom 27. November 2014 nicht erfüllt und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

3. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Entsprechend muss auch nicht mehr über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung entschieden werden.

4.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Gesuchsgegner die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind.

4.2 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage je eines Doppels von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-4, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, 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.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: js