

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ170016-O/U/jo

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 2. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Unterhalt**

**Berufung gegen die Zweitverfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 25. April 2017 (FK160033-C)**

Erwägungen:

1. a) Mit Erstverfügung vom 25. April 2017 wies das Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege ab und mit Zweitverfügung vom gleichen Datum wies sie die vorsorglichen Massnahmebegehren des Klägers zu seiner am 19. Oktober 2016 eingereichten Klage auf Abänderung des Kindesunterhaltes ab (Vi-Urk. 48; nachträglich begründet, Vi-Urk. 63 = Urk. 2).

b) Hiergegen hat der Kläger am 17. September 2017 mit als Beschwerde bezeichneter Eingabe Berufung erhoben und stellt die Anträge (Urk. 2 S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei gutzuheissen und die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 25. April 2017 (Geschäfts-Nr.: FK160033-C) aufzuheben und die vorsorglichen Massnahmen dem klägerischen Begehren gemäss zu bewilligen.
2. Der Beschwerdeführer sei für das unter vorstehender Ziffer aufgeführte bezirksgerichtliche Verfahren gänzlich von den Gerichtskosten zu befreien und es sei ihm dafür in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen.
3. Der Beschwerdeführer sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren gänzlich von den Gerichtskosten zu befreien und es sei ihm dafür in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen.
4. Prozessualiter sei die Beschwerdefrist wiederherzustellen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

c) Da im Beschwerdeverfahren gegen die vorinstanzliche Erstverfügung nicht die Beklagte, sondern der Kanton Zürich Beschwerdegegner ist, wurde jenes Verfahren vom vorliegenden abgetrennt und wird unter der Geschäfts-Nummer RZ170008-O geführt.

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich das vorliegende Rechtsmittel sogleich als unzulässig erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1, Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Der Kläger hat sein Rechtsmittel insgesamt als Beschwerde bezeichnet (Urk. 1). Da gemäss dem Rechtsbegehren des Klägers die Unterhaltsbeiträge für

den am tt.mm.2010 geborenen Sohn von bisher Fr. 1'000.-- pro Monat im Streit stehen (Vi-Urk. 2 S. 2), ist ohne weiteres von einem Streitwert von (weit) mehr als Fr. 10'000.-- auszugehen, weshalb hinsichtlich der angefochtenen Zweitverfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen die Berufung das zulässige Rechtsmittel ist (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO; wie von der Vorinstanz korrekt angegeben, Urk. 2 S. 19). Die als Beschwerde bezeichnete Rechtsmitteleingabe des Klägers ist daher als Berufung entgegenzunehmen.

3. a) Der angefochtene Entscheid wurde dem Rechtsvertreter des Klägers am 4. September 2017 zugestellt (Vi-Urk. 64; Urk. 1 S. 2). Die Berufungsfrist endete damit am 14. September 2017 (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO). Die am 17. September 2017 zur Post gegebene und am Folgetag beim Obergericht eingegangene Berufung ist damit verspätet (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

b) Der Kläger hat mit seiner Berufung ein Fristwiederherstellungsgesuch gestellt. Der Rechtsvertreter des Klägers begründet dieses im Wesentlichen damit, dass er mit einer unglaublich arbeitsintensiven Woche konfrontiert gewesen sei, wie er es in fünfzehn Jahren anwaltlicher Tätigkeit nicht erlebt habe; seine zeitliche Kapazität sei dadurch völlig ausgelastet gewesen. Verhinderung wegen Arbeitsüberlastung bzw. vollständiger Ausschöpfung der persönlichen Arbeitsressourcen bilde einen Wiederherstellungsgrund (Urk. 1 S. 2-4; die verschiedenen Termine werden auf S. 2 f. näher substantiiert).

c) Die Frist zur Einreichung eines Rechtsmittels kann wiederhergestellt werden, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden an der Säumnis trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Arbeitsüberlastung und Zeitmangel einer Rechtsvertretung bilden regelmässig – ganz aussergewöhnliche Umstände vorbehalten – keine genügenden Gründe für eine Wiederherstellung; die Rechtsvertretung hat sich rechtzeitig so zu organisieren, allenfalls auch durch Bestellung einer Substitution (was vorliegend aufgrund der eine Substitution zulassenden Bevollmächtigung möglich gewesen wäre; vgl. Vi-Urk. 3), dass Fristen gewahrt werden können (Staehein, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 148 N 9, mit Hinw. auf BGE 99 II 349 E. 4; BK ZPO I-Frei, Art. 148 N 21, m.w.Hinw.; Merz, DIKE-Komm-ZPO, 2.A 2016, Art. 148 N 18 und 21).

Der Rechtsvertreter des Klägers macht zwar geltend, die Arbeitsüberlastung sei ganz aussergewöhnlich gewesen; er macht jedoch nicht einmal geltend (geschweige denn glaubhaft), dass die Arbeitsüberlastung plötzlich und unvorhersehbar eingetreten wäre. Im Gegenteil datieren die von ihm als Belege für die behauptete Arbeitsüberlastung eingereichten Vorladungen bzw. Verhandlungsanzeigen vom 17. Juli 2017, 17. Mai 2017, 18. August 2017 und 19. Juni 2017 (Urk. 4/2/1-4; die Vorladung vom 28. August 2017 für eine Verhandlung vom 23. November 2017 ist vorliegend ohne Relevanz, Urk. 4/2/5), womit dem Rechtsvertreter des Klägers hinreichend Zeit für eine entsprechende Organisation blieb. Aus der vom Rechtsvertreter des Klägers eingereichten Monatsübersicht für den September 2017 (Urk. 4/2/6) ergibt sich sodann keineswegs, dass für die Ausarbeitung der vorliegenden Berufung keine Zeit vorhanden gewesen wäre; so ist beispielsweise am Dienstag, 12. September 2017, überhaupt nichts eingetragen. Der Rechtsvertreter des Klägers macht ohnehin lediglich geltend, dass er in einer Woche (vom 11. bis 15. September 2017) überlastet gewesen sei; dass er die Berufung – bei rechtzeitiger Organisation – nicht bereits in der Woche davor (Woche vom 4. bis 8. September 2017) hätte bearbeiten können, macht er nicht geltend. Schliesslich fällt auch auf, dass in der eingereichten Monatsübersicht am 4., 7., 14., 18. und 25. September 2017 jeweils ein Fristablauf eingetragen ist, die am 14. September 2017 endende Frist für die vorliegende Berufung jedoch fehlt; dies lässt für die Säumnis, oder allenfalls die zu späte Inangriffnahme der Berufungsbearbeitung, auch andere Interpretationen als eine Arbeitsüberlastung zu. Der Rechtsvertreter des Klägers hat jedenfalls nicht glaubhaft machen können, dass ihn an der Säumnis kein oder ein lediglich leichtes Verschulden trifft.

d) Nach dem Gesagten ist das Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist abzuweisen und demgemäss auf die Berufung zufolge Verspätung nicht einzutreten.

4. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 3, § 8, § 10 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Kläger hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt (Urk. 1 S. 8). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Kläger zufolge seines Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

e) Von den vom Kläger eingereichten Vorladungen bzw. Verhandlungsanzeigen und der Monatsübersicht, auf welchen die Namen der jeweiligen Prozessparteien nicht abgedeckt wurden (Urk. 4/2/1-6), sind der Beklagten keine Kopien zuzustellen, da ihr daraus kein Nachteil erwächst.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Klägers um Wiederherstellung der Berufungsfrist wird abgewiesen.
3. Auf die Berufung des Klägers wird nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 1 und einer Kopie von Urk. 4/3, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: jo