

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130043-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 8. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Verschiebungsgesuch)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 19. August 2013 (FE100157-I)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit 25. Mai 2010 im Scheidungsprozess. Mit Verfügung vom 19. August 2013 wies die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) für die Verhandlung betreffend Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 6. September 2013 ab (Urk. 2 S. 4). Am 22. August 2013 reichte die Klägerin gegen diesen Entscheid Beschwerde ein und stellte den prozessualen Antrag, es sei der Beschwerde ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung zu erteilen; zudem sei das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, sollte das gleichentags bei der Vorinstanz eingereichte Wiedererwägungsgesuch gutgeheissen werden (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 28. August 2013 wurde dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) eine kurze Frist zur Stellungnahme zum prozessualen Antrag angesetzt (Urk. 5). In seiner Stellungnahme vom 30. August 2013 schloss der Beklagte auf umgehende Abweisung der Beschwerde, enthielt sich aber eines Antrages zur Frage der aufschiebenden Wirkung (Urk. 6). Mit Verfügung vom 4. September 2013 wurde die Vollstreckbarkeit der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren vom 19. August 2013 aufgeschoben; gleichzeitig wurde dem Beklagten Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 12). Am 9. September 2013 reichte der Beklagte ein Schreiben ein und verwies dabei auf die Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebende Wirkung (Urk. 14). Mit Verfügung vom 23. September 2013 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zu allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zu äussern, dem die Parteien je mit einer Eingabe vom 26. September 2013 nachkamen und welche am 27. September 2013 je der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 16, 18).

2. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO). In Bezug auf das Verfahren gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Demzufolge hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

3. Der angefochtene Entscheid ist eine prozessleitende Verfügung. Prozessleitende Verfügungen sind mit Beschwerde anfechtbar, in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 329 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides, in dem ein Verschiebungsgesuch abgewiesen wird, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn der Klägerin durch die Verfügung vom 19. August 2013 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. 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. Geltend gemacht werden können sowohl rechtliche wie (zumindest nach einem Teil der Lehre) auch tatsächliche Nachteile (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 319 N 13 f.).

4. Die betroffene Partei muss einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15). In der Literatur wird unter Verweis auf die Botschaft die Auffassung vertreten, dass bei Vorladungen (Art. 133/134 ZPO) und Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO) ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kaum je in Betracht fallen kann (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 14). Die entsprechenden prozessleitenden Verfügungen können somit erst im Rahmen des Hauptrechtsmittels gegen den Endentscheid beanstandet werden.

5. Die Klägerin macht geltend, die angedrohten Säumnisfolgen an ihre Adresse bei unentschuldigtem Nichterscheinen an der fraglichen Verhandlung (Ausschluss weiterer Vorträge im Hauptverfahren / Anerkennung der Sachdarstellung der Gegenpartei und Verzicht auf Einreden im Verfahren betr. vorsorgliche Massnahmen) seien massiv und würden ihre Situation im Prozess und Leben unwiderruf-

lich verschlechtern. Durch die Abweisung des Verschiebungsgesuchs drohe zweifellos ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Ziffer 2 des Art. 319 lit. b ZPO (Urk. 1 S. 3f.). Im Ergebnis macht die Klägerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend (Urk. 1 S. 4, 5). Sie betont denn, dass der Grundsatz der beförderlichen Verfahrenserledigung im vorliegenden Fall hinter dem Anspruch auf rechtliches Gehör zurückzustehen habe (Urk. 1 S. 13). Dies stellt jedoch keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar, 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). Die Klägerin behauptet nicht, sie könne die Rüge, wonach die ihrer Auffassung nach zu Unrecht nicht verschobene Verhandlung sie von Parteivorträgen ausschliesse und ihre Parteirechte verletze, nicht mehr im Rahmen des Rechtsmittels in der Hauptsache zusammen mit dem Endentscheid vortragen. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher Natur im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist nicht ersichtlich. Dass der Klägerin erhebliche Umtriebe tatsächlicher Natur (Zeit und Geld) - mit anderen Worten tatsächliche Nachteile - drohen, bringt sie nicht vor. Damit braucht hier auch nicht auf die in der Lehre umstrittene Frage eingegangen werden, ob es sich beim nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil um einen solchen rechtlicher Natur handeln muss (BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 7, BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 12), oder ob auch ein tatsächlicher Nachteil ausreichen würde und von welcher Qualität er sein müsste (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 39; Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 319 N 15).

6. Da die Anfechtungsvoraussetzungen der Verfügung vom 19. August 2013 nicht erfüllt sind, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Zuzufolge des gewährten Vollstreckungsaufschubs und des in der Zwischenzeit erfolgten Zeitablaufs wird

die Vorinstanz den Termin für die Fortsetzung der Hauptverhandlung neu anzusetzen haben.

7. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Klägerin die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Zudem ist sie zu verpflichten, dem Beklagten eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. Ein Mehrwertsteuerzusatz ist nicht beantragt.

8. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich auf die Frage der Gegenstandslosigkeit und die allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen einzugehen, was indessen im Zeitpunkt der Einholung der Stellungnahme nicht festgestanden hat (Urk. 15).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 400.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen umgehend 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, 8. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
dz