

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE170012-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 14. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Y. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz (superprovisorische vorsorgliche Massnahmen)**

Beschwerden gegen die Verfügungen des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 6. Juli 2017 und vom 10. Juli 2017 (EE160025-B)

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 6. Juli 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers vom 30. Juni 2017 um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/10) hinsichtlich der superprovisorischen Anordnung derselben ab, stellte das Gesuch der Beklagten zur Kenntnisnahme zu und entschied, dass über die beantragten vorsorglichen Massnahmen an der Verhandlung vom 23. August 2017 verhandelt werde (Urk. 2). Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 setzte die Vorinstanz sodann der Beklagten eine Frist von 10 Tagen zur Stellungnahme zur Eingabe des Klägers vom 7. Juli 2017 (mit welcher dieser im Wesentlichen einen Entscheid über die von ihm am 30. Juni 2017 verlangten vorsorglichen Massnahmen vor dem 17. Juli 2017, eventualiter vor dem Beginn des neuen Schuljahres am 21. August 2017, verlangte; Urk. 6/12) an (Urk. 3).

b) Gegen beide Verfügungen hat der Kläger am 13. Juli 2017 fristgerecht Beschwerde erhoben und stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 6. Juli 2017 (EE160005-B) aufzuheben und der Beschwerdegegnerin eine nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen anzusetzen, um schriftlich zu den vom Beschwerdeführer beantragten vorsorglichen Massnahmen Stellung zu nehmen.

Für den Eventualfall, dass die nachfolgenden superprovisorisch gestellten Massnahmen nicht bewilligt würden, sei der Beschwerdegegnerin eine nicht erstreckbare Frist von 3 Tagen anzusetzen.

2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, umgehend nach Eingang der Stellungnahme über die vom Beschwerdeführer beantragten vorsorglichen Massnahmen zu entscheiden, sodass der Entscheid der Beschwerdegegnerin noch vor Monatsende zugestellt werden kann.

Für den Eventualfall, dass die nachfolgenden superprovisorisch gestellten Massnahmen nicht bewilligt würden, sei die Vorinstanz anzuweisen, vor dem 17. Juli 2017 einen Entscheid zu fällen.

3. Es sei Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 10. Juli 2017 (EE160005-B) ersatzlos aufzuheben.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin."

c) Da sich die Beschwerde des Klägers sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden

(Art. 322 Abs. 1 ZPO). Zwecks Verfahrensbeschleunigung wurde auf den Beizug der vorinstanzlichen Akten verzichtet.

2. Mit dem heutigen Endentscheid im Beschwerdeverfahren wird das in der Beschwerde gestellte Gesuch um Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen (Urk. 1 S. 2 f.) hinfällig.

3. Die angefochtene Verfügung vom 6. Juli 2017 betrifft die superprovisorische Anordnung (bzw. Nicht-Anordnung) der vom Kläger verlangten vorsorglichen Massnahmen. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend superprovisorische Massnahmen gibt es jedoch *kein Rechtsmittel*; vielmehr ist vor Ergreifung eines Rechtsmittels das obligatorische kontradiktorische Verfahren im Sinne der Art. 261 ff. ZPO vor dem Massnahmegericht zu durchlaufen, in dem der angestrebte vorläufige Rechtsschutz erwirkt werden kann (BGE 139 III 86 E. 1.1.1, BGE 137 III 417 E. 1.3, m. Hinw.; BK ZPO-Güngerich, Art. 265 N 17 f.; BK ZPO-Sterchi, Art. 308 N 21; Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer et al., Kurzkommentar zur ZPO, Art. 265 N 6; Huber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm. Art. 265 N 20 f.; a.A.: Reetz/Theiler, in Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 308 N 34). Insoweit kann daher auf die Beschwerde des Klägers nicht eingetreten werden.

4. a) Hinsichtlich der einzig noch zu beurteilenden Verfügung vom 10. Juli 2017 macht der Kläger in seiner Beschwerde im Wesentlichen eine Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung geltend (Urk. 1 S. 12 f.).

b) Eine Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung (vgl. Art. 319 lit. c ZPO) liegt dann vor, wenn ein (anfechtbarer) Entscheid vom dazu berufenen Gericht ungerechtfertigterweise nicht gefällt wird, obwohl er gefällt werden könnte. Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Gerichts, dem die Verfahrensleitung zusteht, zu berücksichtigen, weshalb eine eigentliche Pflichtverletzung und damit in diesem Sinne eine Rechtsverzögerung nur in klaren Fällen zu bejahen ist (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 320 N 7 und Art. 319 N 17). Wenn solcherart schliesslich eine Rechtsverzögerung bejaht wird, kann die Beschwerdeinstanz weder einen vorinstanzlichen Entscheid aufheben – einen solchen gibt es klassischerweise nicht –, noch kann sie anstelle der Vorinstanz in

der Sache selbst entscheiden; hierfür fehlt ihr die Zuständigkeit und den Parteien würde eine Instanz beschnitten. Die Beschwerdeinstanz kann einzig der Vorinstanz die Anweisung erteilen, den zu Unrecht verzögerten Entscheid zu erlassen und hierfür gegebenenfalls eine Frist ansetzen (Freiburghaus/ Afheldt, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 327 ZPO).

c) Vorliegend hat die Vorinstanz auf die Eingabe des Klägers vom 7. Juli 2017 (Urk. 6/12) hin bereits am 10. Juli 2017 einen prozessleitenden Entscheid erlassen (Urk. 3). Dass sie der Beklagten eine Frist von 10 Tagen angesetzt hat, ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverzögerung nicht zu beanstanden. Sodann ist festzuhalten, dass die Vorinstanz immer noch rechtzeitig vor Beginn des neuen Schuljahrs über die vom Kläger verlangten vorsorglichen Massnahmen entscheiden kann. Daher ist im heutigen Zeitpunkt eine Rechtsverzögerung zu verneinen und die Beschwerde des Klägers erweist sich insoweit als unbegründet.

d) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde des Klägers abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist (oben Erw. 3).

5. a) Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m § 12 GebV OG auf Fr. 500.-- festzusetzen.

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

c) Der Kläger hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 3). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Beschwerdeverfahren hat der Kläger zufolge des Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Beklagten erwuchs kein relevanter

Aufwand. Demgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Klägers um Erlasse vorsorglicher Massnahmen für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 5 und Urk. 6/4-26, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 14. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
mc