

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 7. Oktober 2013

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Ehescheidung**

Rechtsverzögerungsbeschwerde

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. Juli 2004 verheiratet und haben zwei Kinder, geboren tt.mm.2004 und tt.mm.2007 (Vi-Urk. 2). Sie stehen seit 26. Juli 2007 ununterbrochen in familienrechtlichen Verfahren. Mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Dezember 2007 wurden die Kinder unter die Obhut der Klägerin gestellt, dem Beklagten ein zunächst begleitetes und nach vier Monaten unbegleitetes Besuchsrecht zugesprochen und der Beklagte zu Unterhaltszahlungen verpflichtet (Vi-Urk. 40/63). Auf Rekurse beider Parteien hin erhöhte das Obergericht Zürich schliesslich mit Beschluss vom 22. April 2009 die Dauer des begleiteten Besuchsrechts auf ein Jahr; im Übrigen wurden die Rekurse abgewiesen (Vi-Urk. 40/73). Dagegen erhobene Rechtsmittel des Beklagten blieben ohne Erfolg (Vi-Urk. 40/76+77).

Seit dem 17. August 2009 stehen die Parteien vor dem Bezirksgericht Hinwil (Vorinstanz) im Scheidungsverfahren (Vi-Urk. 3). Der Beklagte erhob eine Unzuständigkeitseinrede, weil er bereits zuvor im Bezirk Pfäffikon die Scheidungsklage eingeleitet habe. Mit Verfügung vom 20. November 2009 wurde das Scheidungsverfahren bis zum Entscheid des Bezirksgerichts Pfäffikon über seine Zuständigkeit sistiert (Vi-Urk. 24). Ein Massnahmebegehren des Beklagten vom 25. Januar 2010 wurde mit Verfügung vom 17. März 2010 an das Bezirksgericht Pfäffikon überwiesen (Vi-Urk. 39). Mit Urteil vom 30. November 2010 wies das Bezirksgericht Pfäffikon die Scheidungsklage des Beklagten [dortiger Kläger] mangels Ablauf der zweijährigen Trennungsfrist ab, ebenso dessen Massnahmebegehren (Vi-Urk. 45). Dagegen erhobene Rechtsmittel zog der Beklagte schliesslich zurück; die entsprechenden Abschreibungsbeschlüsse des Obergerichts datieren vom 16. März 2011 (Urk. 3/9+10). Am 3. Oktober 2011 fand der erste Teil der Hauptverhandlung statt (Klagebegründung; Vi-Prot. S. 16 f., Vi-Urk. 53), am 4. April 2012 die Fortsetzung (Klageantwort; Vi-Prot. S. 29 ff., Vi-Urk. 77). Danach wurde ein Gutachten über den Verkehrswert der ehelichen Liegenschaft eingeholt (Vi-

Urk. 84, 103 und 104); dieses datiert vom 12. Juli 2012 (Vi-Urk. 108). Ebenso wurde bei Dr. C._____ ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Parteien, die Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut und die Ausgestaltung des Besuchsrechts eingeholt (Vi-Urk. 115 und 120). Am 13. November 2012 vereinbarten die Parteien eine einstweilige Besuchsregelung für den Sohn (Vi-Urk. 137; mit der Tochter fand schon seit längerem kein persönlicher Verkehr statt). Mit supervisorischer Verfügung vom 16. Januar 2013 wurde das Besuchsrecht des Beklagten für den Sohn sistiert (Vi-Urk. 146), wogegen der Beklagte am 18. Januar 2013 Einsprache erhob (Vi-Urk. 148; sinngemäss). Am 25. Februar 2013 erstattete Dr. C._____ das Gutachten (Vi-Urk. 155). Am 12. Juli 2013 fand die Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen statt (Vi-Prot. S. 64 ff.). Am 5. September 2013 entschied die Vorinstanz über die vorsorglichen Massnahmen, indem sie (u.a.) das Besuchsrecht des Beklagten für die Dauer des Verfahrens aufhob und dessen Begehren um Abänderung der Unterhaltsbeiträge abwies (Vi-Urk. 187). Die vom Beklagten dagegen erhobene Berufung ist am Obergericht hängig (Verfahren LY130027-O). Am 9. September 2013 erstattete die Klägerin die Replik im Hauptverfahren (Vi-Urk. 189).

b) Am 16. September 2013 hat der Beklagte eine Rechtsverzögerungsbeschwerde erhoben; er stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

"1.

Die Rechtsverzögerung am Bezirksgericht Hinwil sei sofort zu beseitigen, indem die Sache an das eigentlich zuständige Bezirksgericht Pfäffikon überwiesen wird.

2.

Eventualiter sei das Bezirksgericht Hinwil anzuweisen, die Sache einem erfahrenen Richter zu übergeben, der verpflichtet wird, das Scheidungsverfahren, inklusive neues Fachgutachten eines studierten Fachpsychologen, innerhalb von vier Monaten abzuschliessen, wobei dem Obergericht ein Fahrplan überreicht wird, über dessen Einhaltung das Obergericht wacht.

3.

Dem Beklagten sei zu erlauben, seine beiden Kinder jeden ganzen Samstag zu treffen.

4.

Die Rechtsverzögerung sei dem Beklagten angemessen zu entschädigen.

5.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse und der Klägerin."

c) Die vorinstanzlichen Akten (in welchen auch die Akten der Eheschutzverfahren der Parteien enthalten sind) wurden beigezogen. Da sich die Rechtsverzögerungsbeschwerde sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf Weiterungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen war das vorinstanzliche Verfahren nach den bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) zu führen, während für die Zulässigkeit und das Verfahren von Rechtsmitteln, mithin auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren, das neue Recht zur Anwendung kommt (Art. 404 f. ZPO).

b) Der Beklagte macht unter dem Titel "Aufsichtsbeschwerde" geltend, ein Richter habe aus Gründen der Feindschaft von sich aus zurückzutreten. Geschehe dies nicht, dürfe der Betroffene den Ausstand gerichtlich geltend machen. Vorliegend sei der vorinstanzliche Richter gegen den Beklagten wegen Entziehen von Unmündigen straffällig geworden (Urk. 1 S. 2).

Das vom Beklagten als Aufsichtsbeschwerde bezeichnete Vorbringen ist inhaltlich ein Ablehnungsbegehren. Ein solches ist jedoch nicht bei der Rechtsmittelinstanz, sondern vorab bei der Vorinstanz einzureichen (§ 98 ff. GVG/ZH; im Streitfalle wird die Verwaltungskommission des Obergerichts zu entscheiden haben). Dementsprechend ist darauf vorliegend nicht einzutreten.

c) Der Beklagte stellt das Gesuch, es sei seiner Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen; dadurch solle die superprovisorische Verfügung vom 16. Januar 2013 gehemmt werden (Urk. 1 S. 3).

Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bedeutet, dass die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eines angefochtenen Entscheids gehemmt wird (Art. 325 ZPO). Da bei einer Rechtsverzögerungsbeschwerde gerade kein bestimmter Entscheid angefochten wird, ist bei einer solchen eine aufschiebende Wirkung begriffsnotwendig ausgeschlossen. Die superprovisorische Verfügung vom 16. Januar 2013 ist sodann nicht Gegenstand der vorliegenden Rechtsverzögerungsbe-

schwerde. Schliesslich wird durch den vorliegenden Endentscheid im Beschwerdeverfahren das Gesuch des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohnehin obsolet.

3. a) Mit der Beschwerde kann Rechtsverzögerung geltend gemacht werden (vgl. Art. 319 lit. c ZPO). Darunter ist die Rechtsverweigerung in formeller Hinsicht zu verstehen, d.h. dass ein (anfechtbarer) Entscheid vom dazu berufenen Gericht 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 angenommen werden sollte (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 7 zu Art. 320 ZPO und N 17 zu Art. 319 ZPO). Wenn derart schliesslich eine Rechtsverzögerung bejaht wird, kann die Beschwerdeinstanz weder einen vorinstanzlichen Entscheid aufheben – einen solchen gibt es gerade 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 sie kann der Vorinstanz hierfür eine Frist ansetzen. In besonders schweren Fällen kann auch eine Anzeige an die Aufsichtsbehörden in Frage kommen (Sutter-Somm et al., a.a.O., N 15 ff. zu Art. 327 ZPO).

b) Der Beklagte verlangt primär, die Rechtsverzögerung der Vorinstanz sei zu beseitigen, indem "die Sache an das eigentlich zuständige Bezirksgericht Pfäffikon überwiesen" werde (Beschwerdeantrag 1). Dem kann nicht gefolgt werden. Selbst wenn eine Rechtsverzögerung bejaht würde, wäre, wie erwähnt (soeben Erw. 3.a), der Scheidungsprozess der Parteien von der damit befassten Vorinstanz weiterzuführen und nicht an ein anderes Gericht zu überweisen. Demgemäss kann hierauf nicht eingetreten werden.

c) Auch auf das – wohl eigenständige – Begehren des Beklagten, es sei ihm zu erlauben, seine beiden Kinder jeden ganzen Samstag zu treffen (Beschwerdeantrag 3) kann nicht eingetreten werden. Wie erwähnt (oben Erw. 3.a),

könnte selbst bei Bejahung einer Rechtsverzögerung (hierzu noch unten Erw. 3.e) nicht ein materieller Entscheid anstelle der Vorinstanz getroffen werden.

d) Schliesslich kann auch auf das – wohl ebenso eigenständige – Begehren des Beklagten, er sei für die Rechtsverzögerung angemessen zu entschädigen (Beschwerdeantrag 4) nicht eingetreten werden. Wie erwähnt (oben Erw. 3.a), könnte selbst bei Bejahung einer Rechtsverzögerung einzig die Vorinstanz zu einem bestimmten Handeln angewiesen, nicht jedoch eine Entschädigung für die Rechtsverzögerung zugesprochen werden.

e) Für den – nun vorliegenden – Fall der Nichtüberweisung des Scheidungsprozesses an ein anderes Gericht verlangt der Beklagte die Anweisung der Vorinstanz, die Sache einem erfahrenen Richter zu übergeben (anstelle des aktuell damit befassten Ersatzrichters), der verpflichtet werde, das Scheidungsverfahren, inklusive neues Fachgutachten eines studierten Fachpsychologen, innerhalb von vier Monaten abzuschliessen (Beschwerdeantrag 2).

Selbst bei Bejahung einer Rechtsverzögerung könnte der Vorinstanz zum jetzigen Zeitpunkt nicht eine verbindliche Frist für den Abschluss des gesamten Verfahrens angesetzt werden. Denn vorab ist das Hauptverfahren noch nicht spruchreif (in diesem ist der nächste prozessuale Schritt die Erstattung der Duplik des Beklagten; vgl. Vi-Urk. 191) und sodann hängt die Verfahrensdauer nicht von der Vorinstanz allein ab, sondern wird massgeblich auch vom Verhalten der Parteien beeinflusst.

Aus den Beschwerdevorbringen wird nicht ganz klar, welchen konkreten Entscheid der Vorinstanz der Beklagte mit seiner Beschwerde überhaupt erreichen will. Offensichtlich ist, dass er wieder einen Kontakt zu seinen Kindern haben möchte (vgl. etwa Urk. 1 Beschwerdeantrag 2 und S. 10 und 12), was ohne weiteres verständlich ist. Genau darüber hat die Vorinstanz nun aber mit Massnahmeverfügung vom 5. September 2013 und mithin noch vor der Beschwerdeerhebung entschieden (Vi-Urk. 187). In dieser Hinsicht ist damit die Rechtsverzögerungsbeschwerde unbegründet. Das Gleiche gilt für die vom Beklagten verlang-

te Einholung eines neuen Gutachtens eines andern Gutachters; auch darüber hat die Vorinstanz in der Verfügung vom 5. September 2013 entschieden.

Im Übrigen hat der Beklagte gegen diese Verfügung Berufung erhoben (welche hierorts unter der Verfahrensnummer LY130027-O angelegt wurde). Über die Besuchsrechtsregelung ebenso wie über das Begehren nach einem neuen Gutachten wird in diesem Verfahren zu entscheiden sein. Es liegt sodann auf der Hand, dass auch das Berufungsverfahren eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen und damit den Abschluss des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens der Parteien entsprechend verzögern wird.

f) Nach dem Gesagten ist die Rechtsverzögerungsbeschwerde des Beklagten abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

4. a) Die Verteilung der Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens erfolgt von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Daher können hierfür auch Umstände berücksichtigt werden, die von den Parteien nicht konkret vorgebracht wurden. Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 16. Januar 2013 das Besuchsrecht des Beklagten für den Sohn einstweilen sistiert, unter Ansetzung einer Frist für eine Einsprache (Vi-Urk. 146). Der Beklagte hat mit Schreiben vom 18. Januar 2013 verlangt, dass das plötzliche Kontaktverbot sofort aufzuheben sei (Vi-Urk. 148), was – auch wenn nicht ausdrücklich so bezeichnet – nicht anders denn als Einsprache verstanden werden kann. Dass die Vorinstanz daraufhin erst am 5. Juni 2013 zu einer Verhandlung auf den 12. Juli 2013 vorgeladen hat (Vi-Urk. 171), ist angesichts der Tragweite der Verfügung vom 16. Januar 2013 als erheblich zu spät anzusehen und kann auch nicht mit einem Abwarten des am 25. Februar 2013 erstatteten Gutachtens von Dr. C._____ begründet werden, denn der superprovisorische Entscheid wurde auch ohne dasselbe gefällt und die von der Vorinstanz am 13. Dezember 2012 mit der Rechtsvertreterin des Beklagten getroffene Vereinbarung, dass mit der Regelung der vorsorglichen Massnahmen bis nach der Erstattung des Gutachtens zugewartet werde (Vi-Prot. S. 53) war ohnehin durch die superprovisorische Verfügung vom 16. Januar 2013 überholt. Dass über die Einsprache gegen den am 16. Januar 2013 erfolgten superprovisorischen Entzug des Besuchsrecht schliesslich erst am 5. September 2013, mithin

über sieben Monate nach Eingang der Einsprache, entschieden wurde, ist als erheblich zu spät anzusehen. Es erscheint daher angemessen, die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO trotz des Unterliegens des Beklagten auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Für das Beschwerdeverfahren hat der Beklagte zufolge seines grundsätzlichen Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Klägerin erwuchs kein erheblicher Aufwand. Demgemäss sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Hinwil, an die Klägerin und die Vorinstanz je unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen in die Akten des Berufungsverfahrens LY130027-O.

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. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
dz