

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC160039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Beschluss vom 5. Oktober 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Teilurteil)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 13. Juli 2016 (FE100157-I)

Erwägungen:

1. Erstinstanzliches Verfahren

Die Parteien sind seit August 1996 verheiratet. Aus der Ehe ging der mittlerweile volljährige Sohn C._____ (geb. tt.mm.1996) hervor. Die Parteien leben seit April 2008 getrennt. Am 23. Dezember 2009 leitete der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan: Beklagter) ein Eheschutzverfahren ein (Vi-Urk. 7/1), welches mit Verfügung vom 26. Januar 2010 endete (Vi-Urk. 7). Am 25. Mai 2010 machte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Klägerin) die Scheidung beim (damaligen) Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) anhängig (Urk. 1). Bezüglich des Verfahrensgangs vor Vorinstanz ist auf die angefochtene Verfügung vom 13. Juli 2016 zu verweisen (Urk. 2). Mit dieser wies die Vorinstanz den Antrag des Beklagten, es sei über den Scheidungspunkt ein Teilurteil zu fällen und es sei die Ehe der Parteien in Gutheissung der Klage sofort zu scheiden, ab (Vi-Urk. 244). Die Verfügung vom 13. Juli 2016 nahm der Beklagte am 20. Juli 2016 entgegen (Vi-Urk. 259).

2. Beschwerdeverfahren

Mit Eingabe vom 1. August 2016 erhob der Beklagte dagegen innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 3 und 4/2-5):

- "1. Die angefochtene Verfügung FE100157-//Ma/Z18 des Bezirksgerichtes Uster vom 13. Juli 2016 sei aufzuheben;
 2. es sei über den Scheidungspunkt ein Teilurteil zu fällen,
 3. die Ehe der Parteien sei in Gutheissung der Klage sofort zu scheiden, unter hälftiger Auferlegung der Kosten des Teilurteils an die Parteien und unter Wettschlagung der Prozessentschädigungen für das Teilurteil;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Den mit Verfügung vom 5. August 2016 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– bezahlte der Beklagte rechtzeitig (Urk. 7 und 8). Da die Beschwerde

offensichtlich unzulässig ist, konnte auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

3. Anwendbares Recht

Das Verfahren vor Vorinstanz wurde noch vor Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung rechtshängig. Das Scheidungsverfahren wird von der Vorinstanz folglich nach der bisherigen Zürcher Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) durchgeführt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach neuem Recht, denn die angefochtene Verfügung vom 13. Juli 2016 ist nach Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung ergangen (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

4. Anfechtungsobjekt

4.1. *Beschwerdefähige Anfechtungsobjekte*

Beschwerdefähig sind gemäss Art. 319 ZPO nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (lit. a), andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen in den vom Gesetz bestimmten Fällen (lit. b Ziff. 1) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (lit. b Ziff. 2), sowie Fälle von Rechtsverzögerung (lit. c).

4.2. *Vorbringen des Beklagten im Beschwerdeverfahren*

Der Beklagte macht geltend, durch die angefochtene Verfügung drohe ihm insofern ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, als die Verweigerung eines Teilurteils zum Scheidungspunkt ihm verunmögliche, seine neue Lebenspartnerin, mit welcher er die gemeinsame Tochter D._____, geboren tt.mm.2014, erziehe und betreue, zu heiraten (Urk. 1 S. 3). Ferner macht der Beklagte geltend, die Beschwerde sei auch unter dem Thema Rechtsverzögerung zu prüfen, nachdem der Scheidungsprozess seit Juni 2010 anhängig sei, der Scheidungswille beider Parteien seit Jahren übereinstimmend bestehe und die Ehe der Parteien schon lange jeden Sinn verloren habe (Urk. 1 S. 4).

4.3. *Wesen des angefochtenen Entscheids / Voraussetzungen für dessen Beschwerdefähigkeit*

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO; er betrifft den rein formellen Ablauf des Verfahrens und stellt keinen materiellen Entscheid über den Scheidungspunkt dar. Er ist folglich nur beschwerdefähig, soweit das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch ihn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) bzw. wenn die darin getroffenen Anordnungen einen Fall von Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung darstellen (Art. 319 lit. c ZPO).

4.4. *Kein gesetzlich vorgesehenes Rechtsmittel*

Da sich in der eidgenössischen ZPO keine ausdrückliche Anordnung der Beschwerdefähigkeit für Entscheide dieser Art findet, ist der angefochtene Entscheid nicht beschwerdefähig gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO.

4.5. *Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil*

4.5.1. Beim drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Geltend gemacht werden können sowohl rechtliche wie nach einem Teil der Lehre auch tatsächliche Nachteile (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N 13 ff.; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40); nach anderer Lehrmeinung reicht ein tatsächlicher Nachteil nicht aus (BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 7).

Das Bundesgericht erwog in BGE 137 III 380, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG müsse nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtlicher Natur sein, was voraussetze, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lasse. Die blosser Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur genüge (E. 1.2.1). Ob ein solcher Nachteil vorliege, bemesse sich an

den Auswirkungen des Zwischenentscheids auf die Hauptsache bzw. das Hauptverfahren (Regeste a). Dagegen reichten rein tatsächliche Nachteile wie die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung nicht aus (E. 1.2.1). Wenn ein nicht wiedergutmachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG gegeben sei, sei in jedem Fall auch ein solcher im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO gegeben (Regeste b). Ob aber mit Bezug auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO auch ein tatsächlicher Nachteil zu genügen vermöchte, liess es offen (E. 2.1 f.).

Rechtliche Nachteile im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG sind folglich zunächst solche prozessualer Art, welche die rechtliche Stellung der beschwerdeführenden Partei *im Verfahren* beeinträchtigen können und damit potentiell für den Verfahrensausgang entscheidend sind (z.B. die Verweigerung einer Einigungsverhandlung) und sodann solche, die zwar ohne Einfluss auf den Verfahrensausgang bleiben, indessen im *Rahmen des Prozesses* direkt in die Rechtsstellung der Partei eingreifen, wie Beweisverfügungen, die das Persönlichkeitsrecht oder das Geschäftsgeheimnis der betroffenen Partei verletzen. Dies ergibt sich aus der Formulierung "Auswirkungen des Zwischenentscheids auf die Hauptsache bzw. das Hauptverfahren" (BGE 137 III 380, Regeste a), welche keinen Raum lässt, auch Nachteile, die sich ausserhalb des Verfahrens verwirklichen, gelten zu lassen.

Soweit rechtliche Nachteile angesprochen sind, muss dies auch im Rahmen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO gelten. Es gibt keinen Grund, den Begriff des rechtlichen Nachteils bei der Anwendung von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG und von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht kongruent zu verwenden.

Wollte man mit einem Teil der Lehre auch tatsächliche Nachteile genügen lassen, könnte es sich ebenso nur um solche handeln, die sich direkt im Verfahren auf die Rechtsstellung der Parteien nachteilig auswirken (wie etwa die verweigerte Dispensation vom persönlichen Erscheinen einer auslandsabwesenden Partei oder die Abnahme von Beweismitteln, die über Gebühr Zeit beansprucht oder Kosten verursacht). Das Bundesgericht beschäftigt sich in den Entscheiden, mit welchen es einen tatsächlichen Nachteil im Geltungsbereich von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht genügen lässt (z.B. BGE 137 III 380, E. 1.2.1; mit Hinweisen auf die Rechtsprechung), jedenfalls regelmässig bloss mit den tatsächlichen Nachteilen, die

sich direkt im Prozess auswirken (namentlich Verfahrensverlängerung oder -verteuerung). Die richterliche Pflicht beschränkt sich darauf, ein faires und beförderliches Verfahren durchzuführen und auf Anordnungen zu verzichten, die in unzulässiger Weise in die geschützte Rechtsstellung der Parteien eingreifen. Folglich ist auf Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen, die bloss ausserhalb des Verfahrens *reflexartig* Nachteile verursachen (können), nicht einzutreten. Es ist dementsprechend der in Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (wie auch in Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) verwendete Begriff des nicht (leicht) wiedergutmachenden Nachteils so auszulegen, dass nur solche rechtliche oder tatsächliche Nachteile gemeint sind, die sich direkt im Verfahren auf die Rechtsstellung der Parteien auswirken (können).

4.5.2. Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils trägt in jedem Fall die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 15; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40). Ist die Gefahr nicht offenkundig, hat die Beschwerde führende Partei den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil somit substantiiert zu behaupten und allenfalls zu beweisen. Weiter hat sie Ausführungen zur Frage zu machen, inwiefern und weshalb sich der Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen. Bei der Anwendung eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils ist Zurückhaltung angebracht (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 40, mit Hinweisen auf die einschlägige kantonale und bundesrechtliche Rechtsprechung).

4.5.3. Die angefochtene Verfügung, mit der einzig die separate vorgängige Entscheidung über den Scheidungspunkt abgelehnt wurde, begründet für sich keinen nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil rechtlicher Natur im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, der sich direkt im Verfahren oder potentiell auf den Verfahrensausgang auswirkt. Weder geht ein bestehender Scheidungsanspruch dadurch unter oder wird gefährdet, noch ist ersichtlich, inwiefern sonst die rechtliche Stellung des Beklagten im Verfahren dadurch beeinträchtigt würde, namentlich durch einen unmittelbaren Eingriff in geschützte Rechte des Beklagten.

4.5.4. Der behauptungsbelastete Beklagte hat mit Ausnahme seines Willens, die neue Lebenspartnerin zu heiraten, keine weiteren Umstände dargetan, welche dafür sprechen, dass und welche tatsächlichen Nachteile sich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit verwirklichen könnten. Im Umstand allein, dass der scheidungswillige Ehegatte noch für die weitere Dauer des Verfahrens mit dem bisherigen Ehegatten verheiratet bleiben muss und noch keine Ehe mit dem neuen Lebenspartner eingehen kann, kann jedenfalls noch kein nicht leicht wiedergutmachender tatsächlicher Nachteil gesehen werden. Allfällige mögliche tatsächliche Nachteile wirken sich zudem gerade nicht im Scheidungsverfahren selbst auf die Rechtsstellung des Beklagten aus, sondern reichen diesem bzw. der neuen Lebenspartnerin allenfalls ausserhalb des Verfahrens zum Nachteil; namentlich werden dem Beklagten damit keinerlei *prozessuale* Pflichten auferlegt oder das Verfahren derlei ausgestaltet, dass es sich verzögert, verteuert oder umständlicher wird. Entsprechend sind auch keine relevanten, mithin sich im Verfahren direkt auswirkende, tatsächliche Nachteile im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ersichtlich.

4.5.5. Der Beklagte vermochte im Ergebnis nicht darzulegen, dass ihm durch die angefochtene Verfügung ein rechtlicher oder tatsächlicher Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO droht, weshalb gestützt auf diese Bestimmung nicht auf die Beschwerde einzutreten ist.

4.6. *Rechtsverzögerung bzw. -verweigerung*

Der Beklagte verlangt darüber hinaus eine Überprüfung der angefochtenen Verfügung unter dem Thema "Rechtsverzögerung" gemäss Art. 319 lit. c ZPO. Die Lehre ist sich einig, dass Art. 319 lit. c ZPO sowohl Beschwerden in Fällen von Rechtsverzögerung wie auch in Fällen von Rechtsverweigerung zulässt. Gegenstand der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde bildet die sogenannte formelle Rechtsverweigerung, die sich in einer unrechtmässigen Verweigerung oder Verzögerung eines anfechtbaren Entscheids äussert (anstatt vieler: ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 319 N 16). Anfechtungsobjekt ist regelmässig ein Nicht-Akt. Eine Rechtsverzögerung oder -verweigerung kann ausnahmsweise aber auch Folge von positiven Prozessanordnungen (z.B. Verfah-

renssistierung, verfahrensverlängernde Beweismassnahmen, Einräumen über-
langer Fristen) sein. Diesfalls muss die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist
der angefochtenen Verfügung erhoben werden (BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 21,
m.w.H.; vgl. z.B. BGE 138 III 705, E. 2.1 f.).

Inwiefern eine Rechtsverzögerung oder -verweigerung vorliegen soll, zeigt der
Beklagte nicht konkret auf. Die Vorinstanz hat über seinen Antrag auf Erlass eines
Teilentscheidendes mit der angefochtenen Verfügung innert angemessener Frist ei-
nen Entscheid gefällt. Der Umstand, dass das Scheidungsverfahren trotz überein-
stimmendem Scheidungswillen schon mehrere Jahre dauert und das Beweisver-
fahren noch nicht aufgegleist ist, lässt für sich allein nicht auf eine Rechtsverzöge-
rung durch die Vorinstanz schliessen. Ob eine Verfahrensdauer im Einzelfall noch
vernünftig und angemessen ist, muss nach der Natur und dem Umfang des
Rechtsstreits sowie den gesamten Umständen beurteilt werden (BGE 130 I 312
E. 5.1 und 5.2 = Pra 2006 279 f.; BGE 107 Ib 160 E. 3b und 3c). Eine positive
Prozessanordnung hat die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung sodann
nicht getroffen. Die Ablehnung der Vorinstanz, über den Scheidungspunkt ein
Teilurteil zu fällen, führt weder zu einer Verzögerung des Scheidungsverfahrens
(wenn schon ist das Gegenteil der Fall, da durch den Erlass eines Teilurteils Res-
ourcen in Anspruch genommen werden), noch stellt sie eine Verweigerung eines
anfechtbaren Entscheids dar, denn die Vorinstanz lehnte nicht ab, über den
Scheidungspunkt zu entscheiden, sondern lediglich, diesen in ein Separatverfah-
ren zu verweisen. Sollte der Beklagte hingegen geltend machen wollen, dass die
Abweisung seines Begehrens auf Erlass eines Teilurteils im Scheidungspunkt an
sich eine Rechtsverweigerung darstelle, betrifft das die materielle Entscheidfin-
dung, die von vornherein nicht von Art. 319 lit. c ZPO erfasst ist.

Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde auch nicht gestützt auf Art. 319 lit. c
ZPO einzutreten.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beklagten
aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese sind in Anwendung von § 9 Abs. 1 und

§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zu verrechnen. Mangels wesentlichen Aufwands ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

6. Minderheitsantrag

Eine Minderheit des Gerichts hat eine abweichende Meinung zu Protokoll gegeben (Urk. 9; Prot. II. S. 5).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz unter Beilage von Urk. 9, an die Klägerin ferner unter Beilage von Urk. 1, Urk. 3 und Urk 4/2-5, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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, 5. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
kt