

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC180039-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil vom 9. November 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law and Economics X. _____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Pfäffikon

betreffend **Ehescheidung (Rechtsverzögerung)**

**Beschwerde im Verfahren des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Pfäffikon (Prozess-Nr. FE170094-H)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen seit dem 22. September 2017 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (vgl. Urk. 5/1 S. 1).

Mit bei der Vorinstanz am 12. Oktober 2018 per Fax und am 15. Oktober 2018 per Post eingegangener Eingabe stellte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) folgende Anträge (Urk. 5/45 S. 2, Urk. 5/49 S. 2):

1. Die Obhut über die gemeinsamen Kinder B._____ und C._____ sei superprovisorisch dem Gesuchsteller zuzuteilen.
2. Für die Dauer der Massnahme sei für die Gesuchstellerin ein angemessenes begleitetes Besuchsrecht festzulegen.
3. Dem Gesuchsteller sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin D._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
4. Die Kosten des Verfahrens seien der Gesuchstellerin aufzuerlegen und es sei diese zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine angemessene Parteientschädigung inkl. 8 % MwSt. zu bezahlen.

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2018 entschied der erstinstanzliche Richter das Folgende (Urk. 5/48 S. 5):

- " 1. Das Begehren um Anordnung superprovisorischer Massnahmen wird abgewiesen.
2. Das Begehren des Gesuchstellers wird als Begehren für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen behandelt. Eine Vorladung für die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen erfolgt separat.
3. Schriftliche Mitteilung an
- die Parteien, vorab per Fax,
 - die KESB des Bezirks Pfäffikon.
4. Die Prozesskosten werden zusammen mit dem Endentscheid in der Hauptsache geregelt."

Mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 (bei der Vorinstanz am 26. Oktober 2018 eingegangen) stellte der Gesuchsteller folgende Anträge (Urk. 5/53 S. 2 f.):

1. Die Verhandlung um vorsorgliche Massnahmen sei spätestens bis zum 19. November 2019 festzusetzen.
2. Die Obhut über die gemeinsamen Kinder B._____ und C._____ sei für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Gesuchsteller zuzuteilen.
3. Der Gesuchstellerin sei ein angemessenes begleitetes Besuchsrecht einzuräumen.
4. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller für die Pflege und Erziehung der gemeinsamen Kinder C._____ und B._____ angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
5. Es sei ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin anzuordnen.
6. Frau med. pract. E._____ sei vom Gericht zur schriftlichen Stellungnahme zu den Erzählungen von C._____ sowie dem Verhalten der Gesuchstellerin aufzufordern.
Eventualiter sei Frau med. pract. E._____ als Zeugin vorzuladen.
7. (...)
8. Dem Gesuchsteller sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin D._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
9. Die Kosten des Verfahrens seien der Gesuchstellerin aufzuerlegen und es sei diese zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine angemessene Parteientschädigung inkl. 8 % MwSt. zu bezahlen.

Mit Vorladung vom 2. November 2018 wurden die Parteien zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf Donnerstag, 24. Januar 2019, 08:00 Uhr vorgeladen (Urk. 5/56).

b) Mit Eingabe vom 30. Oktober 2018 (hierorts am 31. Oktober 2018 eingegangen) erhob der Gesuchsteller beim Obergericht Beschwerde wegen Rechtsverzögerung mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

1. Das Bezirksgericht Pfäffikon sei zu verpflichten, die Verhandlung um vorsorgliche Massnahmen spätestens bis zum 19. November 2018 festzusetzen.
2. Das Bezirksgericht Pfäffikon sei zu verpflichten, die Zeugenaussage oder einen Bericht der Kinderpsychologin med. pract. E._____ im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen als Beweis abzunehmen.

3. Eventualiter sei festzustellen, dass die späte Ansetzung der Verhandlung um vorsorgliche Massnahmen durch das Bezirksgericht Pfäffikon rechtswidrig war.
4. Dem Gesuchsteller sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin D. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
5. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Gesuchsteller sei eine angemessene Parteientschädigung inkl. 7.7 % MwSt. zu bezahlen.

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

Auf die im Beschwerdeverfahren gemachten Ausführungen des Gesuchstellers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidung als notwendig erweist.

2. Beim Antrag des Gesuchstellers, die Vorinstanz sei zu verpflichten, die Zeugenaussage oder einen Bericht der Kinderpsychologin med. pract. E. _____ im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen als Beweis abzunehmen, handelt es sich um einen gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossenen neuen Antrag, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

3. Der Gesuchsteller macht geltend, seine Beschwerde richte sich gegen eine Anordnung des Bezirksgerichts Pfäffikon, weshalb das Obergericht des Kantons Zürich für die Beschwerde zuständig sei. Grundsätzlich könne die Rechtsverzögerungsbeschwerde jederzeit vorgebracht werden. Ergebe sich eine Rechtsverzögerung aus einer formellen Entscheidung, so sei die Beschwerde innert Frist zu erheben. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2018 habe er beim Bezirksgericht Pfäffikon um den Erlass superprovisorischer Massnahmen ersucht. Dieses Gesuch sei mit Verfügung vom 12. Oktober 2018 abgelehnt worden, wobei das Gericht eine Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen in Aussicht gestellt habe. Am 22. Oktober 2018 habe er auf telefonische Nachfrage seiner Rechtsvertreterin erfahren, dass die Verhandlung erst Mitte Januar 2019 stattfinden werde. Auch nach Hinweis auf die ausserordentliche Dringlichkeit der Angelegenheit habe das Gericht das Ersuchen um eine zeitnahe Verhandlung mit mündlicher Mitteilung

abgewiesen. Die vorliegende Eingabe erfolge damit fristgerecht (Urk. 1 S. 3 Ziff. 2 f.).

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sowie des Beschwerdeantrags Ziffer 1 ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller die telefonische Auskunft als die die Rechtsverzögerung auslösende vorinstanzliche Handlung betrachtet und ausschliesslich wegen der Ansetzung der Verhandlung betreffend die vorsorglichen Massnahmen auf den 24. Januar 2019 eine Rechtsverzögerung geltend macht.

4. a) Gemäss den Vorbringen des Gesuchstellers sei eine sofortige Gewährung des rechtlichen Gehörs unabdingbar, da es beim vorliegenden Fall um physische und psychische Gewalt gehe, welche erhebliche gesundheitliche Folgen für die Kinder bedeuten könne. Sowohl die Kinder als auch er müssten umgehend angehört werden. Kinderschutzmassnahmen seien regelmässig dringlich. Diese Dringlichkeit präge das Verfahren nach allen Richtungen. Das Gefährdungspotential sei besonders ausgeprägt, da der kindliche Zeitbegriff von jenem der Erwachsenen abweiche (Urk. 1 S. 9 Ziff. 15). Aufgrund der Aussagen des Sohnes C._____ und der blauen Flecken des Sohnes B._____ sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin gegenüber ihren Kindern aktuell körperliche und psychische Gewalt anwende. Dieser Verdacht sei umso begründeter, als er in den Jahren 2015/2016 selbst häufig miterlebt habe, wie die Gesuchstellerin C._____ mit körperlicher Gewalt bestraft und ihm mit Schlägen und Liebesentzug gedroht habe. Die andauernde Beeinträchtigung der körperlichen und psychischen Integrität von C._____ und B._____ stelle einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar (Urk. 1 S. 9 Ziff. 16). Angesichts der starken Belastungslage der Kinder und der weiterhin drohenden Gewalt sei es nicht hinnehmbar, dass die Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen erst im Januar 2019 stattfinden solle (Urk. 1 S. 10 Ziff. 17).

b) Die Regel des Art. 265 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht bei erfolgter superprovisorischer Anordnung einer Massnahme die Gegenpartei unverzüglich anzuhören und danach ebenso unverzüglich zu entscheiden hat, ist grundsätzlich auch zu berücksichtigen, wenn das beantragte Superprovisorium verweigert wird

(BGer 4A_242/2011 vom 13. Mai 2011, E. 1.4). Die Gegenpartei ist gemäss Art. 265 Abs. 2 ZPO unverzüglich anzuhören, da ihr im Rahmen des Verfahrens betreffend Anordnung einer superprovisorischen Massnahme das rechtliche Gehör nicht gewährt werden konnte, was einen schwerwiegenden Eingriff in eine grundlegende Verfahrensgarantie darstellt. Eine solche Einschränkung ist nur hinzunehmen, wenn die Anhörung wenigstens im Nachhinein noch erfolgt (BK ZPO-Güngerich, Art. 265 N 15). Die unverzügliche Anhörung ist somit zur Wahrung der Rechte der Gegenpartei notwendig. Vorliegend erfolgte zwar ein Eingriff in das Recht der Gegenpartei auf Wahrung des rechtlichen Gehörs, da diese hingegen durch die Verfügung vom 12. Oktober 2018 nicht beschwert ist, besteht für die Verhandlung betreffend die vorsorglichen Massnahmen unter diesem Gesichtspunkt nicht die gleiche Dringlichkeit, wie wenn die beantragten superprovisorischen Massnahmen gutgeheissen worden wären.

c) Zwischen dem Erlass der Verfügung vom 12. Oktober 2018 sowie der durch die Vorinstanz angesetzten Verhandlung vom 24. Januar 2019 liegen beinahe dreieinhalb Monate. Auch wenn – wie soeben dargelegt – bei Abweisung der beantragten superprovisorischen Massnahmen nicht die gleiche Dringlichkeit gegeben ist wie bei deren Gutheissung, sind im summarischen Verfahren ohne Fristenstillstand dreieinhalb Monate bei der vorliegend im Raum stehenden physischen und psychischen Gewaltanwendung gegenüber Kindern eindeutig zu lange. Die Dauer von knapp dreieinhalb Monaten ist auch nicht mehr mit organisatorischen Gründen des vorinstanzlichen Gerichtsbetriebs zu rechtfertigen. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde des Gesuchstellers ist demnach gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, bis spätestens am 21. Dezember 2018 die auf den 24. Januar 2019 angesetzte Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen durchzuführen. Die erstinstanzlichen Akten sind für die unverzügliche Anhandnahme der weiteren Verfahrensschritte durch die Vorinstanz zusammen mit diesem Entscheid an diese zurückzusenden.

5. a) Da der Gesuchsteller im überwiegenden Teil obsiegt und ihm gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO keine Kosten auferlegt werden und weil der Beschwerdegegner dem Gesuchsteller eine volle Parteientschädigung zu zahlen haben wird,

ist das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. dazu BGer 4A_112/2018 vom 20. Juni 2018, E. 1.2.3 m.w.Hinw.; s.a. BGer 5A_428/2015 vom 9. Oktober 2015, E. 5).

b) In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 200 lit. a GOG sind vom mehrheitlich unterliegenden Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben. Es erscheint sodann nicht angezeigt, den geringen Umfang des Unterliegens des Gesuchstellers bei der Kostenaufgabe zu berücksichtigen. Folglich wird der Beschwerdegegner voll entschädigungspflichtig (BGE 139 III 471). Die Beschwerdeschrift (Urk. 1 S. 5 ff. und S. 10 ff.) ist in grossen Teilen mit der bei der Vorinstanz am 15. Oktober 2018 eingegangenen Eingabe (Urk. 5/49 S. 3 ff.) sowie der Eingabe vom 25. Oktober 2018 (Urk. 5/53 S. 4-7) identisch, weshalb es sich rechtfertigt, dem Gesuchsteller in Anwendung von § 1, § 2 Abs. 1 lit. a, c, d und e, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV für das Beschwerdeverfahren eine volle Entschädigung von Fr. 800.– (inkl. 7,7 % Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde wird gutgeheissen und die Vorinstanz angewiesen, die auf den 24. Januar 2019 angesetzte Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen bis spätestens am 21. Dezember 2018 durchzuführen.
2. Auf den Antrag, das Bezirksgericht Pfäffikon sei zu verpflichten, die Zeugenaussage oder einen Bericht der Kinderpsychologin med. pract. E. _____ im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen als Beweis abzunehmen, wird nicht eingetreten.

3. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller, an die Gesuchstellerin unter Beilage von Kopien der Urk. 1, 3 und 4/2-13 sowie an die Vorinstanz unter Beilage der Urk. 5/1-57 und der Doppel der Urk. 1, 3 und 4/2-13, je gegen Empfangsschein.
7. 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, 9. November 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:

mc