

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschlüsse vom 17. Januar 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

sowie

Stadt C._____,

weitere Verfahrensbeteiligte

betreffend **Ehescheidung / persönliches Erscheinen zur Verhandlung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 29. Juni 2021; Proz. FE190195

Erwägungen:

1.

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Oktober 2004 im Iran. Aus ihrer Ehe sind der Sohn D._____, geboren am tt.mm.2005, und die Tochter E._____, geboren am tt.mm.2009, hervorgegangen (act. 5/3). Im Jahr 2017 durchliefen die Parteien ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Horgen (act. 5/5). In den Eheschutz(teil)entscheiden vom 23. Mai und 31. Oktober 2017 wurde u.a. das Getrenntleben der Parteien seit dem 9. Mai 2017 vorgemerkt, die Kinder wurden unter die Obhut der Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Klägerin) gestellt und der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagte) wurde zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet (act. 5/5/38 S. 5; act. 5/5/59 S. 31).

1.2. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2019 machte die Klägerin beim Bezirksgericht Horgen (fortan Vorinstanz) eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB anhängig (act. 5/1-2). Die Parteien teilten übereinstimmend mit, der Beklagte könne den Iran wegen eines Verfahrens betreffend Herausgabe der von der Klägerin geforderten Mitgift nicht verlassen, es bestehe eine Ausreisesperre (act. 5/12; act. 5/14). Am 25. November 2019 bezeichnete der Beklagte in der Schweiz eine Zustelladresse (act. 5/15). Die Vorinstanz verzichtete vorerst auf die Ansetzung einer Einigungsverhandlung; sie setzte der Klägerin eine Frist an, um schriftlich ihre Anträge zur Scheidung zu formulieren und Belege einzureichen (act. 5/32). Die Klägerin reichte am 16. April 2020 eine Eingabe samt Belegen ein (act. 5/36-37). Auf Nachfrage der Vorinstanz teilte der Beklagte mit, seine Rechte im Verfahren persönlich (in der Schweiz) wahrnehmen zu wollen (act. 5/40). Die Vorinstanz bestellte dem Beklagten in der Folge einen Rechtsvertreter nach Art. 69 ZPO (act. 5/48). Mit Eingabe vom 7. August 2020 erklärte der Rechtsvertreter des Beklagten, dass dieser nicht auf sein Recht auf persönliche Teilnahme (an einer Verhandlung) verzichte. Zudem stellte er ein Gesuch um Erlass vorsorglicher

Massnahmen: Er verlangte eine Verpflichtung der Klägerin, alles in ihrer Macht Stehende zu unternehmen, dass der Beklagte wieder in die Schweiz einreisen könne. Zudem verlangte er eine Aufhebung der Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen, rückwirkend ab 1. Februar 2018 (act. 5/53 S. 2 f.). Die Klägerin nahm zu den Anträgen des Beklagten mit Schreiben vom 1. Oktober 2020 Stellung (act. 5/76). Mit Verfügung vom 10. November 2020 lud die Vorinstanz zur Einigungsverhandlung sowie Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor. Sie setzte der Klägerin eine Frist zur Ergänzung ihrer Scheidungsklage an und forderte beide Parteien zudem zur Einreichung ergänzender Belege auf (act. 5/80). Die Ladung zur Verhandlung wurde in der Folge wegen eines Anwaltswechsels auf Seiten des Beklagten abgenommen (act. 5/85 und act. 5/87). Die Klägerin reichte am 26. Januar 2021 die ergänzte Scheidungsklage ein (act. 5/87A). Am 6. Mai 2021 lud die Vorinstanz die Parteien auf den 29. Juni 2021 zur Einigungsverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor (act. 5/91). Mit Eingabe vom 7. Juni 2021 beantragte der Beklagte die Ladungsabnahme und die Sistierung des Scheidungs- sowie Massnahmeverfahrens. Zudem verlangte er, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihr Gesuch um Erlass eines Ausreiseverbotes gegen ihn im Iran zurückzuziehen und/oder sämtliche notwendigen Handlungen zur Aufhebung des verhängten Ausreiseverbotes vorzunehmen (act. 5/95 S. 2). Die Klägerin reichte dazu am 18. Juni 2021 eine Stellungnahme ein und schloss auf Abweisung der Anträge (act. 5/99 S. 2). Mit Verfügung vom 23. Juni 2021 stellte die Vorinstanz dem Beklagten in Aussicht, zur Eingabe der Klägerin anlässlich der anberaumten Verhandlung Stellung nehmen zu können. Sie dispensierte den Beklagten zudem von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen zur Verhandlung vom 29. Juni 2021 (act. 5/103). Zur Verhandlung erschienen die Klägerin mit ihrer Rechtsvertreterin sowie der Rechtsvertreter des Beklagten. Es wurde über die vom Beklagten am 7. Juni 2021 gestellten Anträge sowie die beantragten vorsorglichen Massnahmen verhandelt. Es fand eine persönliche Befragung der Klägerin statt. Anschliessende Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. Vi S. 17-30).

1.3. Mit anlässlich der Verhandlung eröffneter, unbegründeter Verfügung vom 29. Juni 2021 entschied die Vorinstanz was folgt (act. 5/107 S. 2; Prot. Vi S. 21):

1. Der Antrag des Beklagten, es sei die Vorladung für die Einigungsverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 29. Juni 2021 abzunehmen und sowohl das Scheidungs- als auch das Massnahmeverfahren bis zur Aufhebung des gegen den Beklagten verhängten Ausreiseverbots aus dem Iran zu sistieren, wird abgewiesen.
 2. Der Antrag des Beklagten, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihr Gesuch um Erlass eines Ausreiseverbots gegen den Beklagten im Iran zurückzuziehen und / oder sämtliche notwendigen Handlungen vorzunehmen, damit das am 16. August 2017 gegen den Beklagten verhängte Ausreiseverbot aus dem Iran aufgehoben wird, wird abgewiesen.
- 3./4. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, 10 Tage].

Der Beklagte verlangte am 7. Juli 2021 eine Begründung der Verfügung (act. 5/110). Die Verfügung vom 29. Juni 2021 wurde ihm am 4. Oktober 2021 in begründeter Fassung zugestellt (act. 5/116 = act. 4; act. 5/117/2).

2.

2.1. Hiergegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 14. Oktober 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen (act. 2 S. 2; act. 5/117/2):

- "1. Es sei die Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 29. Juni 2021 aufzuheben und das Verfahren zur Wiederholung der Einigungsverhandlung und der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 29. Juni 2021 zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdegegnerin."

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-117). Da sich die Beschwerde sogleich als unzulässig erweist (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Klägerin verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Ihr ist lediglich mit diesem Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift samt Beilagen zuzustellen.

3.

3.1.1. Die vorinstanzliche Verfügung vom 29. Juni 2021 ist prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde, soweit das Gesetz keine Ausnahme vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO), nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

Ein im Gesetz ausdrücklich genannter Beschwerdefall gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO liegt nicht vor. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Anfechtung der Nichtsistierung im Gesetz nicht vorgesehen ist, dies im Unterschied zur erleichterten Anfechtung der Sistierung des Verfahrens (Art. 126 Abs. 2 ZPO). Für die Anfechtung der vorinstanzlichen Verfügung vom 29. Juni 2021 bildet das Drohen eines Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO folglich eine Rechtsmittelvoraussetzung.

3.1.2. Das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist ohne Weiteres zu bejahen, wenn ein solcher auch durch einen für den Ansprecher günstigen (Zwischen- oder) Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Der drohende Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO muss nach der Praxis der Kammer und der herrschenden Auffassung nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es genügt unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil. Er muss aber erheblich sein, und das Eintreten auf die Beschwerde ist unter dem Aspekt der Interessen des Beklagten abzuwägen gegen die Verzögerung des Verfahrens, welche mit der Beschwerde verbunden ist (vgl. zum Ganzen OGer ZH RB160036 vom 20. Januar 2017, E. 3.2 sowie auch OGer ZH PC190014 vom 21. August 2019 E. B.2.1., je mit Hinweisen). Die Entscheidung, ob unter den konkreten Umständen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-Freiburg-haus/Afheldt, 3. A. 2016, Art. 319 N 13). Es ist indes Zurückhaltung angebracht. Der Ausschluss der Beschwerde ist in diesen Fällen die gesetzliche Regel, die Zulässigkeit die Ausnahme. Im Grundsatz überprüft die obere Instanz das Verfahren der unteren Instanz, wenn sie mit dem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid befasst ist. Die Beweislast für das Drohen eines Nachteils nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vorn-

herein offenkundig ist. Fehlt es an der Rechtsmittelvoraussetzung des Drohens eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH PC140011 vom 7. April 2014, E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. ferner etwa BK ZPO-Sterchi, Bern 2012, Art. 319 ZPO N 15).

3.2. Der Beklagte rügt in seiner Beschwerde zusammengefasst, dass die Vorinstanz in der Ausreisesperre gegen ihn aus dem Iran einen Dispensationsgrund gemäss Art. 273 Abs. 2 ZPO erkannt habe. Er bringt vor, Art. 273 ZPO eröffne einer Partei die Möglichkeit, auf ihr Recht auf persönliche Teilnahme an einer Verhandlung zu verzichten. Die Vorinstanz habe ihn jedoch von sich aus, ohne gesetzliche Grundlage, ohne entsprechenden Antrag und entgegen seinem ausdrücklich sowie mehrfach geäusserten Willen von der persönlichen Teilnahme an der Verhandlung vom 29. Juni 2021 ausgeschlossen. Durch ihr Vorgehen habe die Vorinstanz eine Verletzung seines Rechts auf persönliche Teilnahme an der Verhandlung vom 29. Juni 2021 sowie eine Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör begangen. Zudem habe die Vorinstanz keinen persönlichen Eindruck von ihm erhalten resp. keine Parteibefragung von ihm durchgeführt. Sein Recht auf Beweis als Teilgehalt seines Anspruchs auf rechtliches Gehör sei verletzt. Durch die Anwesenheit seines gerichtlich bestellten Rechtsvertreters sei dieses nicht gewahrt worden. Auch sei der Grundsatz der Waffengleichheit in eklatanter Art und Weise verletzt worden, da nur eine ausführliche persönliche Befragung der Klägerin stattgefunden habe (act. 2 S. 4 f.).

Konkret zum drohenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bringt der Beklagte vor, seine "Dispensation" von der Verhandlung vom 29. Juni 2021 greife unwiderruflich in seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ein und könne auch in einem zweitinstanzlichen Verfahren im Rahmen der Anfechtung des Massnahmenentscheides nicht korrigiert werden. Er habe einen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die von ihm offerierten Beweise (seine persönliche Befragung) von der Vorinstanz als erster Instanz und nicht erst von der Rechtsmittelinstanz abgenommen würden. Eine Heilung sei unter diesen Umständen nicht möglich. Die von ihm gerügten Verfahrensmängel (Gehörsverletzung) würden besonders schwer wiegen, gegen grundlegende Parteirechte verstossen und die Nichtigkeit

eines in der Folge erlassenen Urteils zur Folge haben. Es liege daher ein nicht wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher Natur vor (act. 2 S. 3).

3.3. Die Rügen, wonach die Vorinstanz das rechtliche Gehör resp. das Recht auf persönliche Teilnahme an Verhandlungen, das Recht auf Beweis und den Grundsatz der Waffengleichheit verletzt habe, können im Rahmen des Rechtsmittels gegen den Zwischen- oder Endentscheid vorgetragen werden. Dass dem nicht so wäre, behauptet selbst der Beklagte nicht. Gegen einen Massnahmeentscheid resp. ein Teil- oder Endurteil im Scheidungsverfahren wird das Rechtsmittel der Berufung offen stehen (Art. 308 f. ZPO). Mit diesem kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Damit steht ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, mit dem sowohl materielle als auch verfahrensrechtliche (prozessuale) Fehler gerügt und mit welchem die rechtlichen Konsequenzen der angefochtenen Verfügung – sofern notwendig – korrigiert werden können. Der Beklagte bezieht den drohenden Nachteil auf die Schwere der seiner Ansicht nach durch die Vorinstanz begangenen Verfahrensmängel und darauf, dass es bei einer späteren Rüge zu einem Instanzenverlust kommen würde. Das kann so jedoch nicht gesagt werden. Nach Art. 318 Abs. 1 ZPO kann der Berufungsentscheid nicht nur reformatorisch, sondern auch kassatorisch ausfallen. Eine Kassation erfolgt etwa, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lic. c Ziff. 2 ZPO). Die Berufungsinstanz sieht grundsätzlich davon ab, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen resp. (erstmalig) Beweiserhebung durchzuführen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 35). Im Falle schwerwiegender Verfahrensmängel bzw. schwerer Gehörsverletzung erfolgt regelmässig eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhaltes sowie neuen Entscheidung (vgl. nicht im vom Beklagten zitierten ZR 116/2017 S. 214 ff. publizierte Erwägung III.6. von OGer ZH LE170017 vom 11. Oktober 2017; auch OGer ZH LY140024 vom 12. September 2014 E. II.5.). Das Argument des Beklagten, eine Heilung der gerügten Verfahrensmängel in erster Instanz sei später nicht mehr möglich, verfängt daher nicht.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil aus einer (allfälligen) Verletzung des Rechts auf Beweis resp. einer unzutreffenden Nichtabnahme eines Beweises unter Umständen vorliegen kann, wenn der Beweis später nicht mehr abgenommen werden könnte oder eine wesentliche Beweiserschwerung drohen würde (vgl. Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 154 N 205). Solches ist vorliegend in Bezug auf die persönliche Befragung des Beklagten allerdings nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Vielmehr konnte der Beklagte nach seinen Angaben mittlerweile trotz bestehender Ausreisesperre den Iran verlassen und befindet sich seit Mitte September 2021 wieder in der Schweiz (vgl. act. 2 S. 5 Rz. 13). Einer allfälligen (späteren) persönlichen Befragung anlässlich einer Gerichtsverhandlung steht nichts im Wege.

3.4. Nach dem Gesagten fehlt es an der notwendigen Zulassungsvoraussetzung im Sinne des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

4

4.1. Der Beklagte hat mit seiner Eingabe vom 14. Oktober 2021 für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.00 gestellt, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ersucht (act. 2 S. 2 und 6 f.).

4.2. In einem Scheidungsverfahren kann eine Partei verpflichtet werden, der anderen Partei einen Beitrag zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen, sofern es der beistands- oder unterhaltsverpflichteten Person möglich ist, der anderen die Kosten, die sie zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010, E. 2.2; Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB). Dabei sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO analog anzuwenden. Der ansprechenden Partei müssen die Mittel fehlen, um neben ihrem Lebensunterhalt den Prozess zu finanzieren (Art. 117 lit. a ZPO), und Letzterer darf zudem nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Da die Gewinnaussichten der Beschwerde von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustrisiken (vgl. vorstehende Erwägungen),

ist diese als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen. Aus diesem Grund ist das Gesuch des Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Weiterungen erübrigen sich.

4.3. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 400.00 festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr keine wesentlichen Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten und Beschwerdeführers um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten und Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Beschluss.

Sodann wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beklagten und Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels der Beschwerdeschrift samt Beilagen (act. 2 und act. 3/1-4), sowie unter Rücksendung der vollständigen Verfahrensakten an das Bezirksgericht Horgen, 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.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: