

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC240019-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. K. Vogel und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Frangi

Urteil vom 19. August 2024

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

Bezirksgericht Affoltern,

Beschwerdegegner

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Rechtsverzögerung)**

**Beschwerde im Verfahren des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Affoltern (FP230007-A)**

Erwägungen:

1.1. Der Kläger (Beschwerdeführer) und die Beklagte sind die geschiedenen Eltern der gemeinsamen Töchter B._____, geboren am tt.mm.2009, und C._____, geboren am tt.mm.2016. Sie stehen sich seit dem 13. September 2023 in einem Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils gegenüber. Mit Verfügung vom 26. April 2024 ordnete die Vorinstanz (Beschwerdegegnerin) u.a. die Sistierung des Besuchsrechts des Klägers zu C._____ an (Urk. 4/155 Dispositiv-Ziffer 10). Gleichzeitig setzte sie den Parteien und dem Prozessbeistand von C._____ eine erstreckbare Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Stellungnahme zur Sistierung an (Urk. 4/155 Dispositiv-Ziffer 11). Die Stellungnahmen gingen am 14. Mai 2024, am 16. Mai 2024 und innert zweimal erstreckter Frist am 17. Juni 2024 ein (Urk. 4/170, 4/174, 4/175, 4/181 und 4/182). Mit Verfügung vom 24. Juni 2024 wurde den Parteien und dem Prozessbeistand von C._____ eine nicht erstreckbare Frist von 20 Tagen angesetzt, um zu den jeweiligen Eingaben schriftlich Stellung zu nehmen (Urk. 11/185 = Urk. 5). Die Stellungnahmen erfolgten fristgerecht; sie datieren vom 11. Juli 2024, 16. Juli 2024 und 17. Juli 2024 (Urk. 11/ 197, Urk. 11/199 und Urk. 11/200).

1.2. Mit elektronischer Eingabe vom 8. Juli 2024 reichte der Kläger eine Rechtsverzögerungsbeschwerde mit folgendem Antrag ein (Urk. 1 und 1A):

"Es sei festzustellen, dass die Vorinstanz im rubrizierten Fall eine formelle Rechtsverweigerung begangen hat, indem sie es unterlassen hat, mit den Parteien Kontakt zwecks Anberaumung einer mündlichen Verhandlung bzw. Anhörung aufzunehmen. Die Vorinstanz sei anzuweisen, umgehend für eine Terminierung einer mündlichen Verhandlung bzw. Anhörung besorgt zu sein.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolgen –"

1.3. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 4/1-184 und Urk. 11/185-209) wurden dem Wunsch des Klägers entsprechend in Kopie beigezogen (Urk. 1 in Geschäfts-Nr.: PC240015-O) und ansonsten der Vorinstanz belassen. Die Vorinstanz teilte der Kammer am 12. August 2024 auf entsprechende Anfrage mit, dass sie auf eine Vernehmlassung verzichte (Urk. 13).

2.1. Mit Beschwerde kann Rechtsverzögerung geltend gemacht werden (vgl. Art. 319 lit. c ZPO). Unter Rechtsverzögerung ist auch die Rechtsverweigerung in formeller Hinsicht zu verstehen, welche eine qualifizierte Form der Rechts-

verzögerung darstellt. Rechtsverzögerung liegt jeweils vor, wenn das Gericht nicht oder nicht innert angemessener Frist tätig wird und somit einen gebotenen Akt nicht vornimmt oder diesen ungebührlich verzögert. 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 anzunehmen ist (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 320 N 7 und Art. 319 N 17, je mit Hinweisen). Eine Rechtsverzögerung bildet zwar grundsätzlich einen Nicht-Akt. Sie kann aber auch Folge von positiven Anordnungen sein, z. B. wenn einer Partei eine dritte oder eine überlange Fristerstreckung gewährt wird (BSK ZPO-Spühler, Art. 319 N 21). Wenn schliesslich eine Rechtsverzögerung bejaht wird, kann die Beschwerdeinstanz weder einen vorinstanzlichen Entscheid aufheben – einen solchen gibt es ja gerade nicht –, noch kann sie anstelle der Vorinstanz in der Sache selbst entscheiden; hierfür fehlt ihr die Zuständigkeit. 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 (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 327 N 15 ff.).

2.2. Der Kläger macht im Wesentlichen geltend, er habe im vorliegenden Fall explizit und schriftlich die Durchführung einer Anhörung im Sinne von Art. 297 Abs. 1 ZPO verlangt. Nach ihm hätte die Vorinstanz im summarischen Verfahren, welches sie mit Verfügung vom 26. April 2024 eingeleitet habe, schon längst einen vorsorglichen Entscheid zur Besuchssistierung fällen müssen. Vor dem Entscheid habe sie die Eltern aber persönlich anzuhören. Auf seine telefonische Erkundigung hin vom 2. Juli 2024 habe die Vorinstanz dem Unterzeichneten gegenüber bestätigt, dass sie in rubrizierter Angelegenheit keine mündliche Verhandlung plane. Es bestehe schweizweit eine einheitliche Gerichtspraxis zur Anhörungspflicht in Fallkonstellationen, in welchen Kinder involviert seien. Ein Ausnahmetatbestand, bei dem auf eine Anhörung der Eltern verzichtet werden könne, liege nicht vor. Der Kontaktunterbruch von C._____ zu ihm könnte allenfalls noch hingenommen werden, doch bekämen sich auch die Töchter seit der Flucht von B._____ aus dem mütterlichen Elternhaus und seit der angeordneten Besuchssistierung kaum mehr zu Gesicht. Ferner sei es ihm nicht zumutbar, die verweigerte Anhörung erst im Berufungsverfahren gegen den demnächst zu ergehenden vorsorglichen Entscheid

zu rügen. Durch die damit verbundene Rechtsverzögerung würden ihm und den Kindern nicht wiedergutzumachende Nachteile erwachsen (Urk. 1 S. 2 ff.).

3.1. Gemäss Art. 297 Abs. 1 ZPO hört das Gericht die Eltern an, sofern Anordnungen über Kinder zu treffen sind. Obwohl – anders als in Art. 278 ZPO – keine Ausnahmetatbestände vorgesehen sind, müssen solche zugelassen werden (Fam-Komm ZPO-Schweighauser, Art. 297 N 4b; KuKo ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 297 N 2). Art. 297 Abs. 1 ZPO statuiert somit keinen absoluten Anspruch auf die Durchführung einer Anhörung. Es liegt nicht in der Kognition der angerufenen Kammer, im Rahmen einer Rechtsverzögerungsbeschwerde über das Bestehen einer derartigen Ausnahme zu entscheiden. Ob eine Anhörung auch im vorliegenden Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen und somit noch vor Erlass des Massnahmenentscheids durchzuführen wäre, hat deshalb an dieser Stelle offen zu bleiben. Ohnehin hätten die Parteien keinen Anspruch, den Zeitpunkt der allfälligen Anhörung (innerhalb des Massnahmenverfahrens) zu bestimmen; darüber entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen (BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 297 N 9; Art. 124 ZPO). So ist nicht ausgeschlossen, auch erst nach Einholung von schriftlichen Stellungnahmen, eine Verhandlung mit persönlicher Anhörung durchzuführen (BSK ZPO-Sprecher, Art. 265 N 39; vgl. auch Huber, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., Art. 265 N 16 f.). Dass die Vorinstanz dem Kläger auf seine telefonische Erkundigung hin bestätigt habe, sie plane keine mündliche Verhandlung in der rubrizierten Angelegenheit (siehe sein diesbezügliches Vorbringen, Urk. 1 S. 2), belegt der Kläger nicht und ergibt sich auch nicht aus den vorinstanzlichen Akten.

3.2. Entscheidend ist somit einzig, ob die Vorinstanz im Hinblick auf den zu fällenden Massnahmenentscheid zu lange untätig blieb und deshalb eine Rechtsverzögerung vorliegt. Diesbezüglich ist Folgendes festzuhalten: Der Kläger machte bereits mit Eingabe vom 24. Juni 2024 eine Rechtsverzögerung geltend (Verfahren PC240015-O), weil die Vorinstanz noch keinen vorsorglichen Massnahmenentscheid getroffen habe (Urk. 1 in Geschäfts-Nr. PC240015-O). Mit Urteil vom 22. Juli 2024 im genannten Verfahren wurde die Rechtsverzögerungsbeschwerde abgewiesen. Dazu wurde als Begründung ausgeführt, dass die Vorinstanz den vorsorglichen Massnahmenentscheid infolge der angesetzten Fristen gar noch nicht habe erlassen dürfen. So hätten nach Eingang der letzten Stellungnahme vom 19. Juni

2024 alle Stellungnahmen vor einer Entscheidung zwecks Einräumung des rechtlichen Gehörs den Gegenparteien zugestellt werden müssen. Ferner sei die Dauer zwischen der superprovisorischen Anordnung und der Beschwerdeerhebung noch nicht derart lang, dass von einem klaren Fall einer Rechtsverzögerung auszugehen wäre (Urk. 7 S. 4 in Geschäfts-Nr. PC240015-O). Die vorinstanzliche Verfügung vom 24. Juni 2024 (Urk. 5) erging am Tag der ersten Rechtsverzögerungsbeschwerde (Geschäfts-Nr. PC240015-O) und fand im Verfahren PC240015-O noch keine Berücksichtigung. Die vorliegende Rechtsverzögerungsbeschwerde wurde am 8. Juli 2024 eingereicht. Die Verfügung vom 24. Juni 2024 ist entsprechend in die Beurteilung der Rechtsverzögerungsbeschwerde miteinzubeziehen.

3.3. Nachdem die Vorinstanz mit Verfügung vom 26. April 2024 superprovisorisch die Sistierung des Besuchsrechts des Klägers zu C. _____ angeordnet hatte, setzte sie den Parteien und dem Prozessbeistand von C. _____ zunächst eine Frist von 20 Tagen zur Stellungnahme zu dieser Sistierung an (vgl. vorstehend E. 1.1.). Gemäss Art. 265 Abs. 2 ZPO lädt das Gericht die Parteien nach Anordnung der superprovisorischen Massnahmen vor oder setzt der Gegenpartei Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen, statuiert das Gesetz keine Frist zur Einreichung der Stellungnahme. Üblich dürften fünf bis zehn Tage sein (BSK ZPO-Sprecher, Art. 265 N 40). Wie schon mit Urteil vom 22. Juli 2024 erwogen (Geschäfts-Nr. PC240015-O), erscheint bei einer derart einschneidenden Massnahme wie dem vollständigen Entzug des Besuchsrechts eine Fristansetzung von 20 Tagen nach superprovisorischer Anordnung zu lang, zumal sie (notabene im Kontrast zu anderen, von der Thematik her prima vista weniger dringlich erscheinenden Fristen in der gleichen Verfügung; vgl. Urk. 2 Dispositiv-Ziffern 3, 6 und 8) als erstreckbare Frist ausgestaltet wurde (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 11). Damit war vorliegend aufgrund der Interessenlage von vornherein damit zu rechnen, dass die Beklagte eine Fristerstreckung in Anspruch nehmen würde. Dies ist denn auch mehrfach geschehen (vgl. Urk. 4/174 und 4/181), was dazu führte, dass die letzte Stellungnahme erst am 19. Juni 2024 bei der Vorinstanz einging (Urk. 4/182).

Dass die Vorinstanz den Parteien und dem Prozessstand von C. _____ in der Folge mit Verfügung vom 24. Juni 2024 nochmals eine zwanzigtägige Frist an-

setzte, um sich zu den Stellungnahmen zu äussern (Urk. 5), ist angesichts einer derart einschneidenden Massnahme nicht mehr vertretbar und stellt eine Rechtsverzögerung dar. Dies gilt umso mehr, als die Stellungnahmen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO) wiederum den Parteien und C.____s Prozessbeistand zur Kenntnis gebracht werden müssen.

3.4. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde des Klägers, insoweit er damit im Hinblick auf den zu fällenden Massnahmenentscheid eine Rechtsverzögerung geltend macht, gutzuheissen. Darüber hinaus – in Bezug auf die Verpflichtung der Vorinstanz zur Kontaktaufnahme zwecks zwingend durchzuführender mündlicher Verhandlung – ist sie abzuweisen.

4. Bei Gutheissung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde kann die Rechtsmittelinstanz der Vorinstanz eine Frist zur Behandlung der Sache setzen (Art. 327 Abs. 4 ZPO) und entsprechende Weisungen erteilen (KUKO ZPO-Brunner/Vischer, Art. 327 N 8).

Die mit vorinstanzlicher Verfügung vom 24. Juni 2024 angesetzte Frist zur Einreichung der Stellungnahmen ist in der Zwischenzeit abgelaufen; die Parteien und C.____s Prozessbeistand nahmen mit Eingaben vom 11. Juli 2024 (Urk. 11/197), 16. Juli 2024 (Urk. 11/199) und 17. Juli 2024 Stellung (Urk. 11/197, 11/199 und 11/200). Aus den beigezogenen Akten (letzter Stand: 8. August 2024 [Versanddatum vorinstanzlicher Restakten, Urk. 11/185-209]) ergibt sich, dass den Parteien zu den Stellungnahmen noch nicht das rechtliche Gehör (Art. 53 ZPO) gewährt wurde. Die Vorinstanz ist anzuweisen, das Verfahren beförderlich fortzuführen. Insbesondere hat sie die Stellungnahmen den Gegenparteien resp. dem Prozessbeistand von C.____ unverzüglich zur Kenntnis zu bringen oder zu einer zeitnahen Verhandlung vorzuladen. Sollte eine weitere Fristansetzung notwendig sein, ist diese kurz zu halten (grundsätzlich fünf Tage, maximal einmal erstreckbar, oder einmalig 10 Tage, nicht erstreckbar). Ferner ist die Vorinstanz anzuweisen, nach Spruchreife der Sache unverzüglich im Sinne von Art. 265 Abs. 2 ZPO den vorsorglichen Massnahmenentscheid zu fällen.

5. Da die Rechtsverzögerungsbeschwerde überwiegend gutzuheissen ist, ist der Kanton als unterliegend zu betrachten (vgl. BGE 139 III 471 E. 3.3; BGE 140 III 501

E. 4.1.1). Ihm können keine Kosten auferlegt werden (Art. 116 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 200 lit. a GOG), weshalb keine Gerichtskosten zu erheben sind. Überdies ist der Kläger für das Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO und § 13 in Verbindung mit § 2, § 4 und § 11 Abs. 1 AnwGebV mit Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Eine Mehrwertsteuer ist nicht geschuldet, da sie nicht beantragt wurde (vgl. Urk. 1 S. 2).

Es wird erkannt:

1. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Der Vorinstanz wird die Weisung erteilt, das vorsorgliche Massnahmenverfahren betreffend Besuchssistierung des Klägers zu C._____ beförderlich weiterzuführen. Insbesondere hat sie den Parteien und dem Prozessbeistand von C._____ die jeweiligen Stellungnahmen vom 11. Juli 2024 (Urk. 11/197), 16. Juli 2024 (Urk. 11/199) und 17. Juli 2024 (Urk. 11/200) unverzüglich zur Kenntnis zu bringen oder unverzüglich zu einer zeitnahen Verhandlung vorzuladen. Weitere allfällig *notwendige* Fristansetzungen im Zusammenhang mit dem vorsorglichen Massnahmenverfahren sind kurz zu halten (grundsätzlich fünf Tage, maximal einmal erstreckbar, oder einmalig 10 Tage, nicht erstreckbar). Nach Spruchreife der Sache ist unverzüglich über das vorsorgliche Massnahmengesuch zu entscheiden.

Darüber hinaus wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird mit Fr. 500.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Schriftliche Mitteilung an den Kläger, die Beklagte des vorinstanzlichen Verfahrens und die Vorinstanz, an die Vorinstanz unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein.
5. 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. 92 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, 19. August 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Frangi

versandt am:
ip