

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC220056-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Urteil und Beschluss vom 9. Januar 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

Bezirksgericht Winterthur,

Beschwerdegegner

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Rechtsverzögerung)**

**Beschwerde im Verfahren des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Winterthur (Prozess-Nr. FP210029-K)**

Erwägungen:

1. a) Mit Eingabe vom 9. Oktober 2021 (am 11. Oktober 2021 zur Post gegeben, am 12. Oktober 2021 bei der Vorinstanz eingegangen) stellte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) das Begehren um Abänderung des Scheidungsurteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 10. April 2012 (FE110268-K; Urk. 5/1). Mit Schreiben vom 29. November 2021 setzte die Vorinstanz dem Kläger bis 15. Dezember 2021 Frist an, um seine Klage zu verbessern und die notwendigen Rechtsbegehren zu ergänzen (Urk. 5/7), welcher Aufforderung der Kläger mit Eingabe vom 2. Dezember 2021 nachkam (Urk. 5/9). Er stellte dabei sinngemäss das Begehren, die Dispositivziffern 2 (elterliche Sorge), 3 (Beistandschaft), 4 (Besuchsrecht) und 5 (Unterhaltsbeiträge für die Kinder B._____, C._____ und D._____) des Scheidungsurteils seien abzuändern. Zudem sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 5/9). Mit Vorladung vom 6. Dezember 2021 wurden die Parteien auf den 31. März 2022 zur Einigungsverhandlung vorgeladen (Urk. 5/11). Anlässlich der Einigungsverhandlung konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. VI S. 3 f.). Mit Verfügung vom 20. April 2022 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um eine schriftliche Klagebegründung einzureichen (Urk. 5/25). Der Kläger erstattete die Klagebegründung mit Eingabe vom 3. Mai 2022 (Urk. 5/27). Mit Verfügung vom 6. Juli 2022 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die schriftliche Klageantwort einzureichen (Urk. 5/30). Nach zweimaliger Fristerstreckung (Urk. 5/33, Urk. 5/39) reichte die Beklagte ihre Klageantwort vom 29. September 2022 ein (Urk. 5/41). Mit Vorladung vom 19. Oktober 2022 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung und Parteibefragung auf den 6. März 2023 vorgeladen (Urk. 5/43). Der Kläger nahm die Vorladung am 20. Oktober 2022 persönlich in Empfang (Urk. 5/44). Mit Eingabe vom 22. Oktober 2022 (bei der Vorinstanz am 24. Oktober 2022 eingegangen) verlangte der Kläger unter anderem, dass die Verhandlung bereits im November stattzufinden habe (Urk. 5/45). Gemäss Aktennotiz vom 8. November 2022 teilte die vorinstanzliche Gerichtsschreiberin dem Kläger auf dessen Anruf hin mündlich mit, dass die Vorinstanz betreffend Termin leider nur eine begrenzte Verfügbarkeit und zur Verhandlung nach deren Möglichkeit vorgeladen habe. So dann habe der Kläger um eine Antwort auf sein Schreiben gebeten (Urk. 5/46).

Mit Schreiben vom 17. November 2022 (bei der Vorinstanz am 21. November 2022 eingegangen) forderte der Kläger die Vorinstanz auf, ihm umgehend auf seine Schreiben vom 22. Oktober 2022 und 17. November 2022 zu antworten (Urk. 5/47). Gemäss Aktennotiz vom 1. Dezember 2022 teilte der vorinstanzliche Richter dem Kläger auf dessen Anruf hin mit, dass dessen Schreiben keinen sachlichen Anlass für eine Rückmeldung gegeben habe. Die Verhandlungsführung sei Sache des Gerichts; es bestehe kein Anspruch darauf, eine Verhandlung vorzuverlegen. Die Hauptverhandlung sei in Absprache mit der Rechtsvertreterin der Beklagten im Rahmen des normalen Vorladungsablaufs angesetzt worden. Dass die Verhandlung erst Ende März 2023 stattfinden werde, sei kein böser Wille, sondern hänge insbesondere von der Verfügbarkeit der Gerichtssäle, der Verfügbarkeit und der Arbeitslast des Gerichts sowie der Verfügbarkeit der Rechtsvertreterin der Beklagten ab. Der vorinstanzliche Richter führte gemäss der Aktennotiz sodann aus, dass Verhandlungen auf Wunsch beider Parteien gelegentlich auf einen kurzfristig frei gewordenen Verhandlungstermin vorverschoben werden könnten. Im vorliegenden Fall sei das Gericht aber – vorerst nur per Telefon – um die Zustellung der Akten an das Obergericht angegangen worden, offenbar zur Behandlung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde. Aufgrund einer solchen würden die Akten der Vorinstanz bis zur rechtskräftigen Erledigung nicht zur Verfügung stehen. In dieser Situation erscheine eine Vorverlegung nicht angezeigt, da ansonsten die Gefahr bestehe, dass die Akten dem Gericht nicht rechtzeitig zum Verhandlungstermin wieder vorliegen würden (Urk. 5/49). Mit Schreiben vom 1. Dezember 2022 (bei der Vorinstanz am 2. Dezember 2022 eingegangen) hält der Kläger unter anderem fest, dass er die beim Obergericht anhängig gemachte Rechtsverzögerungsbeschwerde nicht zurückziehen werde, da auf den Januar 2023 vorgeladen und entschieden werden könne, sofern das Obergericht zusammen mit der Vorinstanz noch dieses Jahr einen raschen und ehrlichen Entscheid anstrebe (Urk. 5/50).

b) Mit Eingabe vom 22. November 2022 (gleichentags der Post übergeben, hierorts am 23. November 2022 eingetroffen) erhob der Kläger eine Rechtsverzögerungsbeschwerde. Er stellte dabei den Antrag, die von der Vorinstanz auf den 6. März 2023 vorgeladene Hauptverhandlung sei auf einen früheren Termin anzu-

setzen. Aus seiner Eingabe vom 10. Juni 2022 gehe hervor (unter Hinweis auf Urk. 2/F), wie die Vorinstanz nach der Einigungsverhandlung vom 31. März 2022 absichtlich viel Zeit verzögert habe, um ihm erst nach vielen Wochen die Verfügung zuzustellen. Sodann zeige seine Eingabe vom 2. September 2022 (unter Hinweis auf Urk. 2/G) auf, wie viel Zeit die Vorinstanz benötigt habe, um der Rechtsvertreterin der Beklagten die Unterlagen zukommen zu lassen. Diese absichtliche Verzögerung habe der Rechtsvertreterin 30 Tage mehr Zeit eingeräumt, da scheinbar in den Sommerferien bei den Gerichten Fristenstillstand herrsche. Trotzdem sei der Rechtsvertreterin zwei Mal die Frist erstreckt worden, einmal um 20 bis 30 Tage und danach nochmals um 20 Tage. Auf Hinauszögerungen gehe die Vorinstanz umgehend ein, wohingegen sein Gesuch um Vorverlegung des Verhandlungstermins nicht mal innert eines Monats beantwortet würde. Am vorliegenden Beschwerdeverfahren hätten Oberrichterin E._____ (wohl Oberrichterin lic. iur. E._____) und Oberrichter lic. iur. F._____ nicht teilzunehmen, da er schlechte Erfahrungen mit ihnen beiden machen müssen. Sie würden zudem den Ämtern in Winterthur, wie KESB, Bezirksrat und Bezirksgericht, zu nahe stehen. Da er ohne Erwerb und Vermögen sei, beantrage er sodann die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. Urk. 5/1-60).

Auf die Ausführungen des Klägers in seinen Eingaben im Beschwerdeverfahren (Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 6) ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO leitet das Gericht den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. Art. 124 Abs. 1 ZPO konkretisiert den verfassungsmässigen Anspruch auf Beurteilung einer Sache innert nützlicher Frist (BK ZPO-Frei, Art. 124 N 5). Art. 124 Abs. 1 ZPO stellt grundsätzlich lediglich eine Ordnungsvorschrift dar. Wird die Pflicht zur beförderlichen Prozessleitung verletzt, kann dies jedoch als Rechtsverzögerung gerügt werden (Art. 319 lit. c ZPO; BK ZPO-Frei, Art. 124 N 10 m.w.H.)

Gestützt auf Art. 319 lit. c ZPO können Unterlassung oder Verzögerung von Handlungen zur Weiterführung des Verfahrens aller erstinstanzlichen Gerichte mit Beschwerde gerügt werden (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 45). Die Angemessenheit der Dauer ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 49). Die Beschwerdeinstanz prüft mit freier Kognition, ob eine Rechtsverweigerung oder -verzögerung vorliegt. Es ist aber der Gestaltungsspielraum des erstinstanzlichen Gerichts zu berücksichtigen, weshalb eine Pflichtverletzung nur in klaren Fällen angenommen werden soll (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 51 m.w.H.). Rechtsverzögerung ist nicht allein deshalb zu bejahen, weil ein Verfahren längere Zeit (unter Umständen mehrere Monate) in Anspruch genommen hat. Als massgebend muss vielmehr gelten, ob das Verfahren in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen zügig durchgeführt worden ist und die Gerichtsbehörden insbesondere keine unnütze Zeit haben verstreichen lassen (BGer 5A_339/2016 vom 27. Januar 2017, E. 2.2 m.w.H.). Dem Gericht ist eine Rechtsverzögerung dann vorzuwerfen, wenn es ohne ersichtlichen Grund und ohne ausgleichende Aktivität während längerer Perioden untätig geblieben ist (vgl. BGer 5A_207/2018 vom 26. Juni 2018, E. 2.1.2 m.w.H.).

b) Die Vorinstanz hat das Verfahren bis anhin nicht während längerer Zeit ohne sichtbare Prozesshandlungen liegengelassen. So betrug die längste Periode, innert derer keine Frist lief bzw. kein Termin angesetzt war, etwa zwei Monate (3. Mai bis 6. Juli 2022), was in einem Prozess, welcher dem ordentlichen Verfahren gemäss Art. 219 ff. ZPO (i.V.m. Art. 284 Abs. 3 ZPO) untersteht (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 284 N 32b), als vertretbar zu bezeichnen ist. In erstinstanzlichen Gerichtsverfahren praxisgemäss üblich ist sodann, dass der beklagten Partei für ihre Antwortschrift auf Ersuchen hin eine zweimalige Fristerstreckung gewährt wird, sofern dafür zureichende Gründe gegeben sind. Lehre und Rechtsprechung qualifizieren unter anderem Abwesenheit, (unverschuldete) Arbeitsüberlastung, Auslandsaufenthalt und Büroabwesenheit als zureichend (CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 144 N 10 m.w.H.). Vorliegend begründete die Rechtsvertreterin der Beklagten ihre beiden Gesuche um Erstreckung der Frist zur Ein-

reichung der Klageantwort mit Ferienabwesenheit der Beklagten, Kurzabwesenheiten ihrerseits, weiteren nötigen Abklärungen und Sichtung umfangreicher Akten, anderen nicht aufschiebbaren Arbeiten bzw. nicht erstreckbaren Fristen und Verhandlungen (Urk. 5/33) sowie Ferien ihrerseits (Urk. 5/39), weshalb der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden kann, dass sie die beantragten Fristerstreckungen zu Unrecht gewährt habe. Demnach verbleibt vorliegend die Frage, ob die mit Vorladung vom 19. Oktober 2022 erst auf den 6. März 2023 festgesetzte Hauptverhandlung mit Parteibefragung eine Rechtsverzögerung bzw. eine Verletzung des Beschleunigungsgebots darstellt. In einem ordnungsgemäss geführten Verfahren sollte stets – ausser im Fall der Sistierung – entweder eine Frist laufen oder ein Termin angesetzt sein (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 49; BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 17). Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet ist vorliegend von einem ordnungsgemäss geführten Verfahren auszugehen, da der Termin der Hauptverhandlung bereits seit dem 19. Oktober 2022 festgesetzt ist. Der Kläger brachte in der schriftlichen Klagebegründung sowie seinen weiteren vorinstanzlichen Eingaben hauptsächlich vor, die Beklagte entfremde ihn von den Kindern und halte diese – gegen ihren Willen – davon ab, Besuche bei bzw. mit ihm wahrzunehmen. Die Beklagte versuche alles, um die Kinder von ihm zu entfremden; sie manipulierte diese. Der Kläger machte hierzu Vorfälle geltend, welche sich zwischen 2011 und Anfang 2022 zugetragen haben sollen. Der von ihm geschilderte aktuellste Vorfall habe sich zu Beginn des Jahres 2022 zugetragen. Er habe der Tochter B._____ ein kleines Paket mit zwei Produkten von G._____ und etwas später ein kleines Paket mit einer Versteinerung geschenkt. Noch etwas später habe er der Tochter C._____ an der Türe für B._____ eine Tasche mit ungefähr zehn Produkten von G._____ geschenkt, welche sie sich von ihm zu Weihnachten gewünscht habe. Daraufhin sei kein Dank, kein Anruf und keine Mail erfolgt. Um diese unnatürliche Reaktion einem Kinde einzuhämmern, sei brutalste seelische Gewalt notwendig (Urk. 5/27 S. 2). Auch wenn im erstinstanzlichen Abänderungsverfahren hauptsächlich das Eltern-Kind-Verhältnis Thema ist, war im Zeitpunkt der Vorladung zur Hauptverhandlung am 19. Oktober 2022 keine besondere Dringlichkeit ersichtlich, welche die Vorinstanz hätte veranlassen müssen, die Hauptverhandlung so schnell wie möglich durchzuführen. Gemäss den

Vorbringen des Klägers besteht die durch die Beklagte verursachte Entfremdung zwischen den Kindern und ihm bereits seit elf Jahren (Urk. 5/2 S. 1). Eine unmittelbar bevorstehende neue Kindswohlgefährdung war im Zeitpunkt der Vorladung aufgrund der erstinstanzlichen Ausführungen des Klägers nicht ersichtlich. Sodann stellte der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren den Antrag, es seien die von ihm monatlich zu leistenden Unterhaltsbeiträge rückwirkend auf Januar 2021 aufzuheben. Auch betreffend diesen Antrag sowie die weiteren in der Klagebegründung gestellten Anträge (Urk. 5/27 S. 9 ff.) ist aufgrund der Ausführungen des Klägers keine besondere Dringlichkeit erkennbar, welche die Vorinstanz bei der Vorladung zur Hauptverhandlung hätte berücksichtigen müssen. Eine durch die Vorinstanz verursachte Rechtsverzögerung bzw. Verletzung des Beschleunigungsgebots gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO ist demnach nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerde des Klägers abzuweisen ist. Dennoch ist festzuhalten, dass die Terminierung der Hauptverhandlung am 19. Oktober 2022 auf den 6. März 2023, mithin fast fünf Monate später, (selbst unter Beachtung des Fristenstillstandes vom 18. Dezember 2022 bis und mit 2. Januar 2023 [Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO]) als ungewöhnlich, aber noch nicht übermässig langer Zeitraum erscheint. Es wird davon ausgegangen, dass die Vorinstanz im vorliegenden familienrechtlichen Verfahren, in dem vor allem die Gestaltung der Beziehung von Kindern zu einem Elternteil in Frage steht, dem Aspekt der Prozessbeschleunigung Rechnung getragen wird.

3. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen kann offenbleiben, ob es sich vorliegend um eine Rechtsverzögerungsbeschwerde im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO und nicht um eine Beschwerde gegen die Vorladung vom 19. Oktober 2022 im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO handelt, welche innert Frist (Art. 321 Abs. 2 ZPO) hätte erhoben werden müssen.

4. Es rechtfertigt sich, für das Beschwerdeverfahren umständehalber auf Kostenerhebung zu verzichten. Da der Kläger im Beschwerdeverfahren keine Kosten zu tragen hat, ist sein Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Der Kläger hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei er im Beschwerdeverfahren ohnehin keinen diesbezüglichen Antrag stellte (Urk. 1).

Es wird beschlossen

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Dem Kläger wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage von Kopien der Urk. 1, 3 und 6, sowie an die Beklagte, je gegen Empfangsschein.

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

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. 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. Januar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
Im