

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC180040-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 28. März 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Ehescheidung (Anerkennung, Sistierung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Oktober 2018
(FE120549-L)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen vor Erstinstanz in einem Scheidungsverfahren. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 entschied der erstinstanzliche Richter das Folgende (Urk. 2 S. 5):

- " 1. Das vorliegende Scheidungsverfahren wird weder ausgesetzt noch sistiert.
2. Das decree absolute vom 5. März 2018 des Family Court Oxford wird nicht als Scheidungsurteil anerkannt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger als Gerichtsurkunde, an die Beklagte gegen Empfangsschein und unter Zustellung des Doppels von act. 308.
4. Die Entscheidunggebühr wird angesetzt auf Fr. 500.– und dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 600.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. (Rechtsmittelbelehrung.)"

b) Innert Frist erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) mit Eingabe vom 31. Oktober 2015 (recte: 2018) Berufung mit dem Antrag, die vorinstanzliche Verfügung vom 22. Oktober 2018 sei aufzuheben und das englische Scheidungsurteil vom 5. März 2018 anzuerkennen, unter Kostenfolge zulasten der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte). Zudem sei das vorinstanzliche Verfahren auszusetzen (Urk. 1 S. 1).

Mit Verfügung vom 22. November 2018 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 1'200.– zu leisten (Urk. 6). Mit Verfügung vom 26. November 2018 wurde das Gesuch des Klägers vom 24. November 2018 um Gewährung von Ratenzahlungen zur Leistung des Kostenvorschusses abgewiesen (Urk. 8). Innert Frist leistete der Kläger den Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– (Urk. 6, Urk. 9, Urk. 11). In der Folge verzichtete die Beklagte mit Eingabe vom 21. Dezember 2018 auf die Beantwortung der Beschwerde (Urk. 13 i.V.m. Urk. 12). Die an die Vorinstanz adressierte Eingabe vom 31. Dezember 2018 stellte der Kläger als Kopie unaufgefordert der beschliessenden Kammer zu (Urk. 14), welche diese wiederum der Be-

klagten zur Kenntnisnahme zukommen liess (Urk. 14 S. 1, Urk. 15). Die diesbezügliche Stellungnahme an die Vorinstanz vom 18. Februar 2019 stellte die Beklagte der beschliessenden Kammer zur Kenntnisnahme zu (Urk. 16). Mit Eingabe vom 14. März 2019 bat der Kläger die beschliessende Kammer unter anderem um Zustellung einer Kopie der vorinstanzlichen Urk. 5/293 (Urk. 17).

2. a) Der Kläger hat vorliegend gegen die angefochtene Verfügung "Berufung" (Urk. 1 S. 1) bzw. "Rekurs" (Urk. 1 S. 2) erhoben. Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) sieht im "9. Titel: Rechtsmittel" den "Rekurs" nicht vor (vgl. Art. 308 ff. ZPO). Wie der vorinstanzliche Richter auf Seite 5 der angefochtenen Verfügung (Urk. 2 Dispositivziffer 6) zu Recht ausgeführt hat, ist vorliegend das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben. Die beschliessende Kammer hat demnach ein Beschwerdeverfahren gemäss Art. 319 ff. ZPO eröffnet.

b) Die angefochtene Verfügung ist betreffend die Dispositivziffer 1 prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen (z.B. Art. 126 Abs. 2 ZPO) – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines solchen Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7377).

Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels) ist von Amtes wegen zu prüfen, doch, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 60 N 1). Entsprechend muss die betroffene Partei den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein of-

fenkundig ist (BK ZPO-Sterchi, Art. 319 N 15 m.w.H.). Zudem muss sie darlegen, warum sich der von ihr geltend gemachte Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen darüber Nachforschungen anzustellen. Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die entsprechende prozessleitende Verfügung kann in diesem Fall erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden.

Der Kläger macht in seiner Rechtsmitteleingabe betreffend die angefochtene Dispositivziffer 1 weder einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend, noch ist ein solcher offenkundig. Entsprechend ist auf die Beschwerde gegen die Dispositivziffer 1 nicht einzutreten.

c) In analoger Anwendung von Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. a ZPO ist betreffend die angefochtene Dispositivziffer 2 auf die Beschwerde des Klägers einzutreten. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Im Rahmen dieses Beschlusses kann offen bleiben, ob der Scheidungsrichter nicht nur für eine formlose, inzidente Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils sachlich zuständig ist, sondern auch – wie mit Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung geschehen – für eine selbstständige Anerkennung bzw. Verweigerung der Anerkennung im Dispositiv. So entscheidet betreffend selbstständige Anerkennung das Gericht gemäss Art. 339 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 335 Abs. 3 ZPO im summarischen Verfahren, wohingegen für die Aussetzung des Scheidungsverfahrens (Art. 9 IPRG) das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren zuständig ist. Dies ist jedoch vorliegend nicht von Belang, da – wie gesagt – ohnehin davon ausgegangen wird, dass es sich bei der Dispositivziffer 2 um einen Entscheid des Vollstreckungsgerichts im Sinne von Art. 309 lit. a ZPO handelt.

3. a) Der Kläger macht in der Rechtsmitteleingabe unter anderem geltend, ihm sei nie eine Kopie der Urk. 5/293 zugestellt worden. Die Vorinstanz habe in

der angefochtenen Verfügung jedoch auf diese Urkunde hingewiesen (Urk. 1 S. 9). Damit sei sein rechtliches Gehör verletzt worden.

b) Aus dem Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, Art. 53 ZPO und Art. 6 Abs. 1 EMRK) ergibt sich das Recht der Parteien, von allen dem Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dieses Äusserungsrecht steht einer Partei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue und erhebliche Elemente enthält und ob sie im konkreten Fall massgebend sein kann. Die Partei allein entscheidet, ob eine neue Eingabe Bemerkungen ihrerseits erfordert. Das Recht auf Kenntnisnahme und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten dient dem fairen Verfahren in dem Sinne, dass die Verfahrensparteien die Möglichkeit haben, sich substantiell zu Vorbringen der Gegenpartei zu äussern. Das blosses Beharren darauf, das letzte Wort zu haben, ohne dass damit eine effektive Rechtswahrnehmung verbunden wäre, ist demgegenüber nicht schutzwürdig. Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt ferner voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Entscheids zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zur Replik einzuräumen. Hierzu genügt es grundsätzlich, den Parteien die Eingaben zur Information zuzustellen (Urteil des Bundesgerichts 5A_615/2018 vom 28. Januar 2019, E. 2.3 m.w.H.).

In der angefochtenen Verfügung wird unter Verweis auf die Urk. 5/293 ausgeführt, die Beklagte habe mit Eingabe vom 3. Juli 2018 dargelegt, dass sie in England ein Verfahren auf Regelung der Scheidungsnebenfolgen anhängig gemacht habe, weil der Kläger das Verfahren in der Schweiz immer wieder erfolgreich verzögert habe; dies sei Gegenstand der Verhandlung vom 4. Juni 2018 in Oxford gewesen (Urk. 2 S. 3 E. 3). Die Vorinstanz begründete in der Folge die angefochtene Verfügung unter anderem damit, es sei nicht evident, dass es sich beim britischen und beim schweizerischen Verfahren um den absolut gleichen Gegenstand handle, da nicht restlos geklärt worden sei, ob es sich beim "decree absolute" um ein Scheidungsurteil oder – wie von Beklagtenseite dargetan – um ein Verfahren betreffend Regelung der Nebenfolgen der Scheidung handle (Urk. 2

S. 3 E. 4). Der erstinstanzliche Richter stützte sich somit für seine Begründung auch auf die Ausführungen der Beklagten in der Urk. 5/293. Trotz zweimaligen Antrags des Klägers um Zustellung einer Kopie der Urk. 5/293 (Urk. 5/296, Urk. 5/307) unterliess es der erstinstanzliche Richter aber, dem Kläger diese Eingabe zukommen zu lassen. Somit verletzte er dessen Recht, vor Erlass der angefochtenen Verfügung von dieser Eingabe Kenntnis und allenfalls dazu Stellung nehmen zu können. Dies stellt eine gravierende Verletzung des klägerischen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO festgehalten ist.

c) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung an sich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_27/2018 vom 3. Januar 2019, E. 3.2.4 m.w.H.). Da die Verletzung – wie aufgezeigt – vorliegend gravierend ist und die Beschwerdeinstanz in Tatsachenfragen nicht über die gleiche Kognition verfügt wie die Vorinstanz, ist die angefochtene Dispositivziffer 2 aufzuheben und das Verfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Klägers an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde ist diesbezüglich gutzuheissen.

d) Zu ergänzen bleibt, dass der Kläger in der Beschwerdeschrift zu Recht darauf hinweist (Urk. 1 S. 7), dass der erstinstanzliche Richter zu seiner Erwägung "Gemäss Ausführungen der Parteien wurde das hier vom Kläger geltend gemachte Verfahren in Grossbritannien nach Sommer 2017 eingeleitet, mithin zu einem Zeitpunkt, in welchem sich die Beklagte bereits in Frankreich niedergelassen hatte." (Urk. 2 S. 4) keine Fundstelle angegeben hat, worin sich diese Behauptung finden liesse.

4. a) Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

b) Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Kläger die Gerichtskosten des gegen Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung gerichteten Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Auf das gegen Dispositivziffer 1 gerichtete Beschwerdeverfahren entfällt ein Drittel der gesamten zweitinstanzlichen Gerichtskosten. Mangels wesentlicher Umtriebe und mangels eines entsprechenden Antrags ist der Beklagten für das Beschwerdeverfahren diesbezüglich keine Entschädigung zuzusprechen.

c) Da die Beklagte die Kosten des Beschwerdeverfahrens betreffend Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung nicht veranlasst und sich nicht mit dieser Dispositivziffer identifiziert hat, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von zwei Dritteln auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist die Beklagte diesbezüglich für das Beschwerdeverfahren nicht entschädigungspflichtig (Urteil des Bundesgerichts 5A_932/2016 vom 24. Juli 2017, E. 2.2.4).

5. Es wird der Vorinstanz überlassen, dem Kläger – wie von ihm in seiner Eingabe vom 14. März 2019 beantragt (Urk. 17) – eine Kopie der Urk. 5/293 zuzustellen, damit sie bei einer allfälligen diesbezüglichen klägerischen Stellungnahme die Einhaltung der Replikfrist prüfen können. Ebenfalls wird es der Vorinstanz überlassen, dem Kläger in der aus ihrer Sicht geeigneten Form eine Kopie der an sie adressierten Stellungnahme der Beklagten vom 18. Februar 2019 zukommen zu lassen (vgl. Urk. 16).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Klägers gegen Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Oktober 2018 wird nicht eingetreten.
2. Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. Oktober 2018 wird auf-

gehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden im Umfang von einem Drittel dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

Im Umfang von zwei Dritteln werden die Kosten für das Beschwerdeverfahren auf die Gerichtskasse genommen.

5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels der Urk. 13, an die Beklagte unter Beilage des Doppels der Urk. 17, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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. 92 BGG und 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, 28. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
am