

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_638/2016

Urteil vom 2. Dezember 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Herrmann, Bovey,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

A.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Robert Simmen und Rechtsanwalt Kurt Mäder,
Beschwerdeführer,

gegen

B.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Paul Langner,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Verweigerung eines Teilurteils (Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 27. Juli 2016.

Sachverhalt:

A.

A.a. A.A. _____ hat am xx.xx.2009 in zweiter Ehe B.A. _____ geheiratet. Die Ehegatten sind die Eltern der C.A. _____ (geb. 2011). Sie leben seit Juni 2012 getrennt.

A.b. Am 4. Juli 2014 reichte A.A. _____ beim Bezirksgericht Zürich eine Scheidungsklage ein. Die Ehefrau beantragte widerklageweise ebenfalls die Scheidung.

A.c. Am 7. Januar 2016 ersuchte A.A. _____ darum, über den Scheidungspunkt ein Teilurteil zu fällen und in Gutheissung von Klage und Widerklage die Ehe zu scheiden; er wolle seine erste Ehefrau, mit der er seit der Trennung von seiner zweiten Ehefrau zusammen lebe, wieder heiraten. Mit Verfügung vom 4. Mai 2016 wies das Bezirksgericht das Gesuch ab.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich, an das A.A. _____ fristgerecht mit Beschwerde wegen Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung gelangt war, trat auf das Rechtsmittel nicht ein (Beschluss vom 27. Juli 2016).

C.

Mit Eingabe vom 5. September 2016 wendet sich A.A. _____ (Beschwerdeführer) an das Bundesgericht, dem er beantragt, den Beschluss des Obergerichts aufzuheben, über den Scheidungspunkt ein Teilurteil zu fällen und die Ehe der Parteien in Gutheissung von Klage und Widerklage zu scheiden, eventuell die Sache zur Neuerteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet. In ihrer Vernehmlassung vom 26. Oktober 2016 beantragt B.A. _____ (Beschwerdegegnerin) auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell

diese abzuweisen. Der Beschwerdeführer hat am 7. November 2016 repliziert und die Beschwerdegegnerin am 21. November 2016 dupliziert. Damit hatten die Parteien ausreichend Gelegenheit, sich zu den Vorbringen der Gegenpartei zu äussern.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 75 BGG), in dem eine behauptete Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung des erstinstanzlichen Gerichts beurteilt wurde. Der Entscheid über die Rechtsverzögerungs- bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde gilt als Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG. Weil die geltend gemachte Rechtsverzögerung selbst mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht behoben würde, ist von einem drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auszugehen (vgl. Urteil 5A_499/2014 vom 18. November 2014 E. 1.1 mit Hinweisen). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Diese beschlägt ein Ehescheidungsverfahren und damit eine insgesamt nicht vermögensrechtliche Zivilsache im Sinne von Art. 72 Abs. 1 BGG. Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit grundsätzlich auch gegen den Zwischenentscheid gegeben. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

1.2. Das Obergericht ist auf die Beschwerde nicht eingetreten, hat aber im Übrigen ergänzend angemerkt, dass die Beschwerde auch bei einer materiellen Prüfung nicht gutgeheissen werden könne (E. 2.9 S. 6 des angefochtenen Beschlusses). Der Beschwerdeführer setzt sich sowohl mit dem Nichteintreten als auch mit der materiell-rechtlichen Eventualbegründung auseinander (S. 7 ff. und S. 11 ff. der Beschwerdeschrift), so dass sich seine Eingabe auch unter diesem Blickwinkel als zulässig erweist (BGE 139 II 233 E. 3.2 S. 235 f.; Urteil 5A_202/2015 vom 26. November 2015 E. 2.2, nicht veröffentlicht in: BGE 142 III 1, wohl aber in: FamPra.ch 2016 S. 563 f.).

1.3. Ihren Nichteintretensantrag begründet die Beschwerdegegnerin damit, dass der Beschwerdeführer den nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG nicht ausreichend begründe (S. 4 ff. der Beschwerdeantwort). Es trifft zu, dass die Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden in der Beschwerdeschrift darzutun sind, es sei denn, ihr Vorliegen springe geradezu in die Augen (BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 400). Letzteres ist im Fall von formeller Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung regelmässig und hier (E. 1.1 oben) gegeben. Entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerin genügt die Beschwerdeschrift auch allgemein den formellen Anforderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 134 II 244 E. 2.1-2.3 S. 245 ff.; 140 III 86 E. 2 S. 88 ff.). Es wird darauf im Sachzusammenhang hinzuweisen sein. Der Nichteintretensantrag der Beschwerdegegnerin ist insgesamt unbegründet.

2.

2.1. Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichtsinstanzen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Es handelt sich um einen von der Hauptsache unabhängigen Anspruch. Wird er verletzt, kann dies zu einer Anweisung an die rechtsverzögernde Instanz führen (vgl. Urteil 5A_208/2014 vom 30. Juli 2014 E. 4.3). Hat das Verfahren zulange gedauert, wurde es aber zwischenzeitlich beendet, besteht trotz Gegenstandslosigkeit des Vorwurfs unter Umständen ein Anspruch auf Feststellung einer unzulässigen Rechtsverzögerung (vgl. BGE 129 V 411 E. 1.3 S. 417; 130 I 312 E. 5.3 S. 333; 138 II 513 E. 6.5 S. 518 f.).

2.2. Das Obergericht ist der Auffassung, es liege von vornherein keine Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO vor, zumal die Erstinstanz über den Antrag auf Erlass eines Teilentscheids entschieden habe; wenn der Beschwerdeführer die Auffassung vertrete, dass die Abweisung seines Begehrens eine Rechtsverweigerung darstelle, so wende er sich damit gegen die materielle Begründetheit der angefochtenen Verfügung, was unzulässig sei. Ansonsten sei die Beschwerde gegen eine prozessleitende Verfügung nur dann zulässig, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO drohe. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt.

2.3. Der Beschwerdeführer behauptet, er habe einen Anspruch auf einen Teilentscheid im

Scheidungspunkt, zumal die Beschwerdegegnerin ihrerseits die Scheidung beantragt habe und die Eheleute in diesem Punkt einig seien. Er macht Rechtsverzögerung geltend, wenn dieser Teilentscheid nicht gefällt werde; eine gegebenenfalls jahrelange Verletzung seines Rechts auf einen Teilentscheid und damit seines Anspruchs auf (Wieder-) Verheiratung (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK) könne nicht wiedergutmacht werden.

2.4. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, der Beschwerdeführer setze sich ungenügend mit den Entscheidungsgründen des Obergerichts auseinander. Im Übrigen schliesst sie sich den Überlegungen des Obergerichts an.

2.5.

2.5.1. Die Beschwerdeschrift genügt den formellen Anforderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG (E. 1.3 oben).

2.5.2. Es kann offen bleiben, ob die Auslegung des Obergerichts zutrifft, wonach Art. 319 lit. c ZPO, der das Eintreten von keiner anderen Voraussetzung als der behaupteten Rechtsverzögerung abhängig macht, nur dann zur Anwendung gelangt, wenn das Gericht entweder stillschweigend untätig bleibt oder es zwar ausdrücklich ablehnt, innert angemessener Frist einen Entscheid zu fällen, ohne dies jedoch in einem formellen Entscheid festzuhalten. Denn auch bei dieser Betrachtungsweise hätte das Obergericht die behauptete Rechtsverzögerung unter dem Gesichtspunkt des drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils prüfen müssen, was es nicht getan hat.

2.5.3. Die vom Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren behauptete Rechtsverzögerung ist in doppelter Hinsicht relevant. Sie beschlägt sowohl die Eintretensfrage (droht ein im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil?) als auch die Hauptsache (hat der Beschwerdeführer Anspruch auf einen Teilentscheid und wird dieser zu Unrecht verzögert?). Gestützt auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist auf die Beschwerde einzutreten, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Von einem drohenden - und damit im Zeitpunkt der Prüfung der Eintretensfrage allenfalls hypothetischen - Nachteil ist auszugehen, wenn dieser selbst mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid in der Hauptsache nicht leicht wiedergutmacht werden kann (vgl. BGE 141 III 395 E. 2.5 S. 399 f.).

Wie bereits in E. 1.1 dargelegt, kann eine unrechtmässige Verzögerung des Verfahrens und damit eine Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV) selbst mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid in der Hauptsache nicht behoben werden, weil die Unterlassung der beantragten Rechtshandlung, so denn ein Anspruch darauf bestehen sollte, den unrechtmässigen Zustand perpetuiert und der Endentscheid die Rechtsverzögerung zwar beendet, aber nicht ungeschehen macht. In diesem Sinne drohtein nicht wieder gutzumachender Nachteil und damit erst recht ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (vgl. BGE 137 III 380 E. 2.2 S. 384).

Das Obergericht ist folglich zu Unrecht auf die Beschwerde nicht eingetreten.

3.

3.1. Das Obergericht ist auf die Beschwerde nicht eingetreten, hat aber "Im Übrigen ergänzend angemerkt", dass die Beschwerde auch bei einer materiellen Prüfung nicht gutgeheissen werden könne. Dabei handelt es sich um eine blosser, der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftige Meinungsäusserung, die den in erster Linie getroffenen Nichteintretensentscheid nicht zum Sachurteil zu machen vermag (BGE 95 II 242 E. 4 S. 253 f.). Gleichwohl ist auf die dagegen erhobenen Rügen einzutreten, da von der Aufhebung des angefochtenen Nichteintretensentscheids dann abgesehen werden könnte, wenn die Eventualerwägung des Obergerichts, in der es die Beschwerde auch als materiell unbegründet bezeichnete, sachlich richtig wäre. Denn in diesem Fall führte eine Gutheissung der Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung nur zu einer unnützen Verlängerung des Verfahrens (BGE 99 Ia 415 E. 3; 101 Ia 34 E. 2 S. 37; 103 Ia 14 E. 1c S. 16 f.; 105 Ia 115 E. 2 S. 118).

3.2. Das Obergericht hat dafürgehalten, das Bezirksgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass das Gesetz in Art. 283 ZPO das Prinzip der Einheit des Scheidungsurteils ausdrücklich festhalte. Demzufolge habe das Gericht im Entscheid über die Ehescheidung auch über deren Folgen zu befinden. Davon abzuweichen, widerspräche dem klaren Wortlaut des Gesetzes sowie dem (noch jungen) Willen des Gesetzgebers. Die vorinstanzlichen Erwägungen könnten demnach vollumfänglich bestätigt werden. Sollte sich das Verfahren aufgrund einer komplexen güterrechtlichen

Auseinandersetzung stark verzögern, so wäre nicht die Scheidung separat auszusprechen, sondern allenfalls zu prüfen, ob die güterrechtliche Auseinandersetzung gestützt auf Art. 283 Abs. 2 ZPO in ein separates Verfahren verwiesen werden könne. Schliesslich liege gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen im Gegensatz zum vom Beschwerdeführer zitierten Urteil des Bundesgerichts 5A_242/2015 vom 17. Juni 2015 - welches sich zur vorliegend strittigen Frage im Übrigen gar nicht geäussert habe - kein Einvernehmen der Parteien über die Fällung eines separaten Teilurteils im Scheidungspunkt vor (E. 2.9 S. 6 des angefochtenen Beschlusses).

3.3. Der Beschwerdeführer wendet ein, der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils stehe nach neuerer Lehre einem Teilurteil im Scheidungspunkt nicht entgegen. In den vom Obergericht gebilligten Erwägungen des Bezirksgerichts finde sich keine fundierte Auseinandersetzung mit der zitierten neueren Literatur und fehle eine fundierte Auseinandersetzung mit den von ihm angegebenen Präjudizien. Auch das Obergericht befasse sich mit keinem Wort mit seinen in der Beschwerdeschrift erneuerten Vorbringen. Die bezirksgerichtliche und - kraft Verweises - obergerichtliche Begründung der Verweigerung eines Teilurteils im Scheidungspunkt sei auch nicht stichhaltig. Offensichtlich unrichtig sei dabei die Annahme des Obergerichts, eine Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren könne geprüft werden, habe doch das Bezirksgericht mit Verfügung vom 14. August 2014 entschieden, dass eine Verweisung in casu nicht möglich sei. Durch die Verweigerung eines Teilurteils im Scheidungspunkt verletzen die Vorinstanzen sein Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV und Art. 8 i.V.m. Art. 12 EMRK), beantrage er doch den Erlass des Teilurteils um seine erste Ehefrau, mit der er seit der Trennung von der Beschwerdegegnerin zusammen lebe, wieder zu heiraten. Mit keinem Wort gehe das Obergericht auf diese von ihm in der Beschwerdeschrift genannten verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien auf Eheschliessung ein. Damit verletze das Obergericht erneut seinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Beschwerdeführer rügt ferner eine Verletzung des Beschleunigungsgebots und der Rechtsweggarantie (S. 11 ff. der Beschwerdeschrift).

3.4. Die Beschwerdegegnerin erwidert, sämtliche Rügen der Gehörsverletzung schlugen ins Leere, weil sich das Obergericht mit sämtlichen relevanten Argumenten des Beschwerdeführers auseinandergesetzt habe. In der Sache unterstützt sie mit weiteren Zitaten aus der Lehre die Beurteilung der kantonalen Gerichte. Teilurteile zum Scheidungspunkt und damit ein Abweichen vom Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils befürworte einzig der zitierte mit dem Beschwerdeführer befreundete und geschäftlich verbundene Autor, dessen Aufsatz kurz vor Einreichung des Antrages des Beschwerdeführers auf Erlass eines Teilurteils erschienen sei. Dessen ungeachtet könne der dort vertretenen Auffassung auch rechtlich nicht gefolgt werden. Mit Bezug auf die angerufenen Präjudizien unterlasse es der Beschwerdeführer, sich mit der Begründung des Bezirksgerichts, auf die das Obergericht verwiesen habe, auseinanderzusetzen. Auch der Rüge der Verletzung des Rechts auf Ehe und der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV und von weiteren Verfassungsrechten mangle es an der erforderlichen Begründungsdichte (S. 9 ff. der Beschwerdeantwort).

3.5.

3.5.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerin genügt die Rüge den formellen Anforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG (E. 1.3 oben). Sie ist wegen der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorweg zu beurteilen. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 141 V 495 E. 2.2 S. 500; 137 I 195 E. 2.2 S. 197).

3.5.2. Die als verletzt gerügte und aus Art. 29 Abs. 2 BV ableitbare Pflicht, Urteile zu begründen, schliesst nicht aus, dass die zweite Instanz, soweit sie das angefochtene Urteil bestätigt und auch mit der Begründung einig geht, auf die Begründung der ersten Instanz verweist. Denn in diesem Fall wissen die Betroffenen, aus welchen Gründen die zweite Instanz ihrem Antrag nicht gefolgt ist. Sie können die Gründe im erstinstanzlichen Urteil nachlesen. Anders ist es nur, wenn die Betroffenen vor der zweiten Instanz beachtliche Gründe vorbringen, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen hat, sei es, dass diese Gründe vor erster Instanz noch nicht vorgebracht wurden, aber trotzdem vor zweiter Instanz neu vorgebracht werden dürfen, oder sei es, dass sie vor erster Instanz schon vorgetragen wurden, diese aber dazu in der Entscheidungsbegründung nicht Stellung bezogen hat (BGE 103 Ia 407 E. 3a S. 409; 123 I 31 E. 2c S. 34). Welche ihrer erheblichen Vorbringen ohne die erforderliche Begründung übergangen worden sein sollen, haben die Betroffenen vor Bundesgericht im Einzelnen darzulegen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 103 Ia 407 E. 3a S. 410; Urteil 5A_704/2015 vom 22. März 2016 E. 3.2).

3.5.3. Der Beschwerdeführer wirft beiden kantonalen Instanzen vor, sie hätten sich mit seinem verfassungsmässig garantierten Recht auf Ehe nicht befasst und nicht begründet, inwiefern dieses Recht keine Ausnahme vom Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils zulasse. Die Beschwerdegegnerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass das Bezirksgericht, auf dessen Begründung das Obergericht verwiesen hat, ausdrücklich auf das angerufene Recht auf Ehe gemäss Art. 14 BV und Art. 8 i.V.m. Art. 12 EMRK eingegangen ist. Das Bezirksgericht hat die Frage jedoch einzig im Zusammenhang mit Art. 96 ZGB erörtert, wonach bei einer (erneuten) Eheschliessung darzulegen sei, dass eine frühere Ehe aufgelöst worden ist (E. 4.2.1 S. 6 der bezirksgerichtlichen Verfügung). Darauf hat das Obergericht verwiesen, ohne selber das Recht auf Ehe eigens zu erörtern (E. 2.9 S. 6 des angefochtenen Beschlusses).

Nicht beantwortet haben die kantonalen Gerichte die hier entscheidende Frage, ob das Recht auf Ehe eine Ausnahme vom Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils gemäss Art. 283 Abs. 1 ZPO gebietet, wie sie im Gesetz für die güterrechtliche Auseinandersetzung vorgesehen ist (Art. 283 Abs. 2 ZPO) und praxisgemäss für den Ausgleich der Ansprüche aus beruflicher Vorsorge in Betracht fallen kann (BGE 137 III 49 E. 3.5 S. 55 f.; SIEHR/BÄHLER, Basler Kommentar, 2013, N. 3 zu Art. 283 ZPO; TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 14 zu Art. 283 ZPO, mit Hinweis auf Ausnahmen in Fällen internationaler Scheidungen). Eine weitere Ausnahme und damit eine Verweisung des Scheidungspunktes in ein separates Verfahren wird gestützt auf das verfassungsmässige Recht auf Ehe, umfassend das Recht auf Wiederverheiratung, befürwortet, wenn die Scheidung liquid ist und sich die Auseinandersetzung über die Scheidungsfolgen stark in die Länge zieht (RUTH REUSSER, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 20 zu Art. 14 BV; MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, FamPra.ch 2011 S. 589, S. 628 ff.; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 22 Rz. 82 S.

344 bei/in Anm. 566; je mit Hinweisen).

Die Rechtsfrage kann heute nicht beantwortet werden, da dem Bundesgericht dazu die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen fehlen (BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 490; 135 III 31 E. 2.2 S. 33), wie sie der Beschwerdeführer in seiner Replik (S. 5) aufzählt. Damit fällt eine Heilung des Begründungsmangels (BGE 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135; 133 I 100 E. 4.9 S. 105) ausser Betracht. Die Eventualbegründung vermag den angefochtenen Beschluss folglich nicht zu stützen.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Beschluss in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen ist. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 27. Juli 2016 aufgehoben und die Sache zum Entscheid an das Obergericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. Dezember 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: von Roten