

# ZH\_OBERGERICHT LC160019 vom 10. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC160019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC160019)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC160019 du 10 juin 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LC160019 del 10 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 12

Februar 2014 nicht ein (Urk. 6/114). Nachdem der neu mit dem Prozess be-

- 7 - fasste Einzelrichter, Vizepräsident lic. iur. K.\_\_\_\_\_, am 14. März 2014 eine erneu- te Kinderanhörung in Aussicht gestellt und zur Hauptverhandlung auf den 30. Ap- ril 2014 vorgeladen hatte (Urk. 6/116), stellte der Beklagte ein Ausstandsbegeh- ren gegen Bezirksrichter K.\_\_\_\_ (Urk. 6/121). Die auf den 17. April 2014 verein- barte Kinderanhörung konnte sodann aufgrund der Weigerung des Sohnes nicht durchgeführt werden (Urk. 6/124; Prot. I S. 55). Am 25. April 2014 verlangte der Beklagte die Sistierung des Verfahrens, bis über sein Ausstandsbegehren ent- schieden sei (Urk. 6/130). Mit Urteil vom 25. Juni 2014 wies das Bezirksgericht Horgen das Ausstandsbegehren des Beklagten ab (Urk. 6/138A). Den dagegen erhobenen Beschwerden des Beklagten an das Obergericht (Urteil der Kammer vom 23. Juli 2014; Urk. 6/141) und an das Bundesgericht (Urteil vom 4. November 2014, Urk. 6/148) war kein Erfolg beschieden. Am 23. Januar 2015 wies die Ver- waltungskommission des Obergerichts eine Aufsichtsbeschwerde des Beklagten gegen diverse Richter des Bezirksgerichts Horgen ab (Urk. 6/149). Mit Verfügung vom 11. Februar 2015 wurden die Parteien nunmehr zur Hauptverhandlung auf den 8. Mai 2015 vorgeladen (Urk. 6/150). Am 26. April 2015 stellte der Beklagte erneut ein Ausstandsbegehren gegen den vorinstanzlichen Richter, welches vom Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 20. August 2015 abgewiesen wurde (Urk. 6/161D). Eine dagegen gerichtete Beschwerde wurde mit Urteil der I. Zivil- kammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2015 abgewie- sen (OGer ZH PC150058-O vom 30.11.2015, S. 7). 1.2 In der Folge wurden die Parteien mit Verfügung vom 6. Oktober 2015 erneut zur Hauptverhandlung auf den 24. November 2015 vorgeladen; gleichzeitig wurde ihnen Frist zum Einreichen von Unterlagen angesetzt (Urk. 6/163). Gegen diese Fristansetzung erhob der Beklagte Beschwerde bei der angerufenen Kam- mer; auf diese wurde mit Urteil vom 2. November 2015 nicht eingetreten (Urk. 6/171). Auf die dagegen gerichtete Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 12. November 2015 ebenso nicht ein (BGer 5A\_899/2015). Des Weite- ren wies die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich die zwischenzeitlich vom Beklagten gegen den Vorderrichter erneut angehobene Auf- sichtsbeschwerde mit Beschluss vom 16. November 2015 ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 6/175).

- 8 - 1.3 Auf eine zwischenzeitlich vom Beklagten angehobene Rechtsverzöge- rungsbeschwerde, welche die angerufene Kammer mit Urteil vom 19. März 2015 abgewiesen hatte, soweit sie darauf eingetreten war (OGer ZH PC150009 vom 19.03.2015, S. 6), trat das Bundesgericht mit Urteil vom 6. April 2016 nicht ein (BGer 5A\_330/2015).

1.4 Schliesslich fand am 24. November 2015 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 61 ff.). Im Anschluss daran erging gleichentags das angefochtene Urteil zunächst in unbegründeter,

hernach auf Begehren des Beklagten in begründeter Form (Urk. 6/183, Urk. 6/187A; Urk. 6/188-189). 1.5 Hiergegen erhob der Beklagte mit Schreiben vom 19. Februar 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 22. Februar 2016) innert Frist Berufung mit vorgenannten Anträgen (Urk. 1). 1.6 Zwischenzeitlich hat der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 15. Dezember 2015 erneut eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Vorderrichter angehen (vgl. Urk. 4/1). 2.1 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. 2.2 In der Berufungsschrift sind die Behauptungen in analoger Anwendung von Art. 221 ZPO bestimmt und vollständig aufzustellen und hat sich der Berufungskläger mit den Entscheidungsgründen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGE 138 III 213, E. 2.3; BGer 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 312 N 17, Art. 311 N 10 ff.). 3.1 Der Beklagte bringt erneut vor, dass die Verhandlung zu seinem Nachteil geführt und die Klägerin stets bevorzugt worden sei. Der Vorderrichter sei von Beginn an parteiisch und voreingenommen gewesen. So seien fast alle wichtigen Anträge von ihm ignoriert, nicht verhandelt oder zugunsten der Gegenseite ent-

- 9 - schieden worden. Die Vorinstanz habe ihm gegenüber durchgehend eine feindselige Haltung an den Tag gelegt (Urk. 1 S. 1, S. 3 f.). 3.2.1 Soweit der Beklagte mit diesen Ausführungen ein Ausstandsbegehren stellen will, gilt Folgendes: Ausstandsgründe sind grundsätzlich bei der entscheidenden Instanz geltend zu machen (Art. 49 ff. ZPO). Wenn die betreffende Instanz den Entscheid schon gefällt hat, können Ausstandsgründe während laufender Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 139 III 466 E. 3.4 mit Hinweisen). 3.2.2 Unbegründet ist das Ausstandsbegehren, soweit der Beklagte den Mitwirkenden am erstinstanzlichen Entscheid sowohl in materiell- als auch verfahrensrechtlicher Hinsicht Fehler (wie die ungenügende Ausübung der richterlichen Fragepflicht, mangelhafte Protokollierung etc.) vorwirft. Wie nachfolgend zu zeigen wird, ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden. 3.2.3 Im Übrigen ist eine Befangenheit nicht dargetan; den entsprechenden Vorwürfen fehlt es an der nötigen Konkretisierung. Lediglich pauschale Anwürfe und in allgemeiner Form gehaltene Vorwürfe vermögen den vorangehend erwähnten Begründungsanforderungen (vgl. Erw. 2.2 hiervor) nicht zu genügen. So reicht eine in allgemeiner Form vorgebrachte angebliche Bevorzugung der Gegenseite ("voreingenommen und parteiisch für die Gegenseite" etc.) zur Begründung eines Ablehnungsgrundes nicht aus. Vielmehr begnügt sich der Beklagte damit, einmal mehr seine Vorbehalte gegen den Vorderrichter und das Bezirksgericht Horgen zu wiederholen. Entsprechend ist darauf nicht einzutreten. 3.3 Der Beklagte stellt einen Antrag auf Neuverhandlung der wesentlichen Punkte (Urk. 1 S. 1). Sofern er diesen Antrag im Hinblick auf sein allfälliges Ausstandsbegehren stellt, ist er auf den im vorliegenden Scheidungsverfahren bereits ergangenen diesbezüglichen Entscheid zu verweisen (so u.a. OGer ZH LY130009 vom 23.08.2013, E. 2.1-2.2, S. 6-7), wonach Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, nur aufzuheben und zu wiederholen sind, sofern dies eine Partei innert 10 Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 51 Abs. 1 ZPO). Damit aber ist

- 10 - der Antrag auf Wiederholung der Verhandlung verspätet, da der Beklagte diesen innert 10 Tagen nach der Verhandlung beim Bezirksgericht Horgen hätte stellen müssen (Wullschleger, a.a.O., Art. 51 N 6). Der Beklagte hat nach Erhalt des angefochtenen (unbegründeten) Urteils vom 24. November 2015 bei der Vorinstanz mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 die Begründung des Urteils verlangt und seinen Unmut über die Art und Weise der Verhandlungsführung geäußert; einen Antrag auf Wiederholung der Verhandlung hat er nicht gestellt (Urk. 6/187A). Die Erhebung eines Ausstandsgesuchs deckt indes die Aufhebung und Wiederholung ergangener Prozesshandlungen nicht ab (Wullschleger, a.a.O., Art. 51 N 2). Auf den erstmals in der Berufungsschrift gestellten Antrag kann daher zufolge Verwirrung und Unzuständigkeit der Berufungsinstanz nicht eingetreten werden. 3.4 Sofern der Beklagte ungeachtet des Ausstandsbegehrens die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und Rückweisung an die Vorinstanz beantragt, geht er fehl. Die angerufene Berufungsinstanz kann die Sache gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO lediglich dann an die Vorinstanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden ist (Ziff. 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2). In den übrigen Fällen hat die Rechtsmittelinstanz den Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen oder neu zu entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Da die vorliegende Sache – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – spruchreif ist, ist der Antrag auf eine erneute Verhandlung mangels Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen abzuweisen. Zweitinstanzlich hat der Beklagte ohnehin keinen Anspruch auf eine Verhandlung; so liegt es im Ermessen der Berufungsinstanz – und damit der angerufenen Kammer – zu entscheiden, ob eine Berufungsverhandlung durchzuführen ist oder nicht (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 316 N 17). Hierzu besteht vorliegend kein Anlass. 4.1 Der Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz seinen Antrag 11 gemäss Schreiben vom 19. November 2015 (Urk. 6/178 S. 2) ignoriert und ihn nicht über den Ablauf des Verfahrens informiert habe. Daraus habe sich ergeben, dass ihm nicht klar gewesen sei, dass nach der Verhandlungsunterbrechung keine wei-

- 11 - teren Argumente mehr zugelassen werden würden. So habe er nicht mehr auf nicht zugelassene Beweise eingehen oder etwas zum Rentenverfahren nachtragen können. Der Vorderrichter habe dafür gesorgt, dass dieser Vorgang keinen Eingang ins Protokoll gefunden habe (Urk. 1 S. 2). 4.2.1 Soweit der Beklagte geltend machen will, dass das Protokoll nicht korrekt geführt worden sei, ist er auf das im derzeit parallel hängigen Berufungsverfahren gegen den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen diesbezüglich Ausgeführte zu verweisen (OGer ZH LY160006 vom 10.06.2016, S. 11-14, E. 6). Der Beklagte hat vor Vorinstanz kein konkretes Protokollberichtigungsbegehren gestellt; damit besteht kein Anlass, vom bestehenden Protokoll abzuweichen. 4.2.2 Aus dem Protokoll der Vorinstanz über die Verhandlung vom 24. November 2015 ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Beginn der Verhandlung am 24. November 2015 die Parteien über den Verhandlungsablauf orientiert hat (Prot. I S. 61). Ebenso wurden die Parteien mit vorinstanzlicher Verfügung vom 6. Oktober 2015 auf die massgeblichen Bestimmungen des Verfahrens (Art. 228 ff. ZPO) hingewiesen. Darin ist der Ablauf des Verfahrens klar geregelt; ebenso findet sich darin der Hinweis auf das Novenrecht (Art. 229 ZPO). Des Weiteren wurden die Parteien mit derselben Verfügung in Bezug auf die anstehende Verhandlung zum Einreichen von Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen aufgefordert. Dabei wurden sie auf die Säumnisfolgen hingewiesen, wonach das Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigen werde, wenn Angaben und Belege nicht vorgelegt

würden (Urk. 6/163). Damit aber zielt das Argument des Beklagten, wonach er nicht habe wissen könne, dass er nach der Verhandlungsunterbrechung keine neuen Argumente mehr vorbringen könne, ins Leere. Schliesslich bleibt der Beklagte darauf hinzuweisen, dass die richterliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO nicht dazu dient, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien aufzufangen (vgl. BGer 4A\_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1). Damit aber ist die Rüge un begründet. 5.1 Der Beklagte moniert hinsichtlich seiner Ausgleichsforderung (Antrag 5 und 6 seiner zuletzt aufrechterhaltenen Begehren) die fehlende Beweisabnahme.

- 12 - So beanstandet er, dass Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_ nicht als Zeuge einvernommen worden sei; dieser sei von ihm benannt worden (Urk. 1 S. 2). Sodann reicht er diesbezüglich erstmals im Berufungsverfahren die anlässlich der Verhandlung vom 24. November 2015 erwähnte, in der Rechtsanwaltskanzlei von Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_ abgeschlossene Vereinbarung betreffend Schuldentilgung ins Recht (Urk. 4/4). 5.2.1 Bei der nun eingereichten Vereinbarung vom 1. November 2000 betreffend Schuldenbeteiligung handelt es sich um ein unechtes Novum. Entsprechend ist diese Beilage neu und damit unzulässig und unbeachtlich, da im Berufungsverfahren neue Tatsachenvorbringen (Noven) nur zulässig sind, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt selbst in Verfahren, die der strengen Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Es ist allein Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich und dies muss demgemäss umso mehr bei der vorliegend unter der Verhandlungsmaxime stehenden güterrechtlichen Auseinandersetzung gelten. 5.2.2 Der Beklagte hat diese Vereinbarung unbestrittenermassen vor Vorinstanz nicht eingereicht. So hatte er diesbezüglich ausgeführt, dass die Gegenseite dem Gericht die Existenz der Vereinbarung bestätigen werde. Er habe versucht, die Vereinbarung zu finden, was ihm jedoch nicht gelungen sei. Er könne Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_ fragen, ob er ihm diese Vereinbarung geben könne. Er habe aber gehofft, dass die Gegenseite die Existenz der Vereinbarung einfach bestätige (vgl. Prot. I S. 65). Damit hat es der Beklagte versäumt, die Vereinbarung rechtzeitig einzureichen; sie ist im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen. 5.2.3 In Bezug auf die fehlende Zeugeneinvernahme von Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_ ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte – nach dem hiervor Ausgeführten – explizit keine solche beantragt hat (Urk. 6/52; Urk. 6/178; Prot. I. S. 1 ff.); er hat bloss die Befreiung der Schweigepflicht für diverse Personen, u.a. für Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_, beantragt (Urk. 6/178 S. 3 f. ad. 5 und 6). Diesen Antrag

- 13 - (Ziffer 10 des Schreibens vom 19. November 2015) stellte er indes in keinen Zusammenhang mit der hier zur Diskussion stehenden Vereinbarung. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO muss bei den einzelnen Beweisanträgen ersichtlich sein, welche Tatsachen damit bewiesen werden sollen. Die Beweismittel sind den behaupteten Tatsachen zuzuordnen, bzw. die Behauptungen und Beweisanträge sind "zu verknüpfen" (Prinzip der Beweisverbindung). Es geht nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis am Schluss dieser Behauptungen pauschal auf einen Stoss Akten oder eine Anzahl Zeugen zu berufen (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 221 N 51 m.w.H.). Genau dies aber hat der Beklagte mit seinem Antrag auf Befreiung der Schweigepflicht diverser, namentlich aufgeführter Personen getan. Sodann hat er auch während der Verhandlung keinen Antrag auf Einvernahme von Rechtsanwalt Z. \_\_\_\_\_ als Zeugen gestellt; er hat lediglich ausgeführt, er selber könne sich

dort nach der fraglichen Vereinbarung erkundigen. Damit aber hat er weder einen Antrag auf Edition der umstrittenen Vereinbarung bei Rechts- anwalt Z.\_\_\_\_\_ gestellt noch einen Antrag auf dessen Einvernahme als Zeugen. Vielmehr ist der Beklagte im falschen Vertrauen davon ausgegangen, dass er die Vereinbarung nicht benötigen würde, da die Klägerin den von ihm zu beweisenden Sachverhalt als zutreffend anerkennen würde, indem er selber ausführt, gehofft zu haben, dass die Gegenseite die Existenz der Vereinbarung einfach bestätige (vgl. Prot. I S. 65). Schliesslich war der Beklagte – wie vorangehend in Erw. 4.2 hiervor ausgeführt – auf die massgeblichen Verfahrensvorschriften und Säumnisfolgen hingewiesen worden. Inwiefern es dem Beklagten seit Erhalt der vorinstanzlichen Verfügung vom 6. Oktober 2015 und der Verhandlung vom 24. November 2015 nicht hätte möglich sein sollen, bei Nichtauffinden der Vereinbarung diese bei Rechtsanwalt Z.\_\_\_\_\_ einzufordern, legt er nicht dar. Diese prozessuale Nachlässigkeit ist ihm selbst anzulasten. Entsprechend ist die Beweiserhebung der Vorinstanz nicht zu beanstanden. 6.1 Des Weiteren moniert der Beklagte die Würdigung der Vorinstanz, wonach ein einmal abgeschlossener Vertrag bezüglich einer beabsichtigten Mediation vorgängig zum Scheidungsverfahren dem absoluten Scheidungsanspruch nicht im Wege stehe (Urk. 1 S. 2 Rz. 3).

- 14 - 6.2 Die diesbezüglichen Ausführungen vermögen den Begründungsanforderung nicht zu genügen; der Beklagte wiederholt erneut seinen diesbezüglichen Standpunkt, wonach die Scheidung ohne vorherige Durchführung einer Mediation nicht hätte ausgesprochen werden dürfen, ohne sich indes mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Entsprechend aber ist darauf nicht weiter einzugehen. 7.1 Schliesslich beanstandet der Beklagte, dass mit dem Nichteintreten auf seine Anträge 7-10 die Klägerin implizit darin bestätigt worden sei, dass es ein schützenswertes Interesse sei, erneut um das Sorgerecht zu streiten (Urk. 1 S. 2 und S. 3 Rz. 4 und Rz. 7). 7.2 Diesbezüglich hielt die Vorinstanz zu Recht fest, dass die Relevanz dieser Anträge für das vorliegende Verfahren nicht ersichtlich sei. Nachdem der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_ nun mündig ist, entfällt ein Entscheid über das Sorgerecht. Entsprechend aber sind auch diese Punkte nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. 8. Betreffend Erwägung 2.5 des vorinstanzlichen Urteils vom 24. November 2015 (Regelung des Vorsorgeausgleichs, Urk. 2 S. 13 f. E. 2.5) erschöpft sich die Berufungsbegründung im einzigen Satz "auch hier begünstigt das Gericht die Gegenseite" (Urk. 1 S. 3). Damit fehlt es der diesbezüglichen Berufung an einer Begründung, weshalb darauf nicht einzutreten ist. 9. Schliesslich beanstandet der Beklagte, dass ihm das Rechtsschutzinteresse in Bezug auf die unentgeltliche Rechtsverbeiständung für die Klägerin abgesprochen worden sei (Urk. 1 S. 3 Rz. 8 und 9). Diesbezüglich ist der Beklagte auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach der Gegenpartei in einem Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zukommt, da diesfalls das Verhältnis zwischen gesuchstellender Partei und Staat betroffen sei, nicht aber die Rechte und Pflichten der Gegenpartei (BGE 139 III 334 E. 4.2). Entsprechend geht die Rüge fehl.

- 15 - 10. Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPOP). Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und das erstinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. 11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung; der diesbezügliche Entscheid ist zu bestätigen.

### **E. 12.1**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **E. 12.2**

Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.