

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC230050-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rudolph

Urteil vom 1. April 2024

in Sachen

A._____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw, LL.M. X._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (Sistierung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 28. November 2023 (FE220334-C)**

Erwägungen:

1.1 Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2013. Am 5. Dezember 2022 reichte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Klägerin) bei der Vorinstanz eine Scheidungsklage ein (Urk. 9/1). Die Einigungsverhandlung blieb erfolglos (Prot. I S. 31). Mit Gesuch vom 22. Mai 2023 stellte der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan: Beklagter) Anträge auf (super-)provisorische Massnahmen, wobei er unter anderem verlangte, es sei der Klägerin während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu verbieten, den Aufenthaltsort der Kinder ins Ausland zu verlegen (Urk. 9/79 Rechtsbegehren Ziff. 5). Mit Verfügung vom 6. Juni 2023 hiess die Vorinstanz das begehrte Verbot superprovisorisch gut (Urk. 9/82). Am 23. Juni 2023 erstattete die Klägerin ihre Massnahmeantwort. Darin beantragte sie nebst anderem die Abweisung der vom Beklagten begehrten Massnahmen sowie die Sistierung des Scheidungsverfahrens (im Hauptverfahren) bis zum erstinstanzlichen Entscheid zu den vorsorglichen Massnahmen (Urk. 9/95 S. 3). Die Massnahmeverhandlung wurde auf den 15. August 2023 angesetzt (Urk. 9/101).

1.2 Am 10. August 2023 stellte die Klägerin ein Gesuch um Zuteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechts an sie und Verlegung des Wohnsitzes der Kinder in die USA. Das Gesuch sei ebenfalls an der Verhandlung vom 15. August 2023 zu behandeln (Urk. 9/103 S. 2). Daraufhin führte die Vorinstanz an der Massnahmeverhandlung die Parteibefragungen zu allen Begehren durch, verwies die Stellungnahmen zum Gesuch vom 10. August 2023 jedoch auf den schriftlichen Weg (Urk. 9/105). Die Klägerin stellte anlässlich der Verhandlung erneut ihren Sistierungsantrag, wie sie ihn in ihrer Massnahmeantwort gestellt hatte (Urk. 9/113 S. 1), wogegen sich der Beklagte in seinem Plädoyer widersetzte (Urk. 9/111 S. 10).

1.3 In drei darauffolgenden Fristerstreckungsgesuchen für die Erstattung der Klagebegründung stellte die Klägerin erneut den Antrag auf Sistierung des Hauptverfahrens und damit verbunden einen Antrag auf Abnahme der Frist für die Klagebegründung (Urk. 9/119, Urk. 9/133 und Urk. 9/148). In seiner Stellungnahme zum Gesuch vom 10. August 2023 beantragte der Beklagte erneut die Abweisung des Sistierungsantrags (Urk. 9/146 S. 2). Die Kindesvertreterin beantragte eine Gutheissung des Sistierungsantrags (Urk. 9/155 S. 1).

1.4 Mit Verfügung vom 28. November 2023 sistierte die Vorinstanz das Hauptverfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die vorsorglichen Massnahmen betreffend das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder (Urk. 2 S. 3).

1.5 Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 11. Dezember 2023 rechtzeitig Beschwerde, wobei er die folgenden Anträge stellte (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 28. November 2023 (FE220334) sei vollumfänglich aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, das Scheidungsverfahren beförderlich zu führen und der Beschwerdegegnerin letztmalig Frist zur Klagebegründung anzusetzen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Prozessuale Anträge:

- "1. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweiligen CHF 4'500.00 (zzgl. MWST von 7.7%) für Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen.
2. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

1.6 Mit Eingabe vom 13. Dezember 2023 reichte der Beklagte weitere Beweismittel ein (Urk. 6). Die Klägerin erstattete ihre Beschwerdeantwort mit Eingabe vom 16. Februar 2024. Darin beantragte sie die vollumfängliche Abweisung (Urk. 11). In der Folge reichte der Beklagte noch eine Stellungnahme zur Beschwerdeantwort sowie die Honorarnote seiner Rechtsvertreterin ein (Urk. 15 und Urk. 19). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 126 Abs. 2 ZPO ist die Sistierung mit Beschwerde anfechtbar, weshalb die Verfügung vom 28. November 2023 ohne weiteres anfechtbar ist (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

2.2 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) die angefochtene Verfügung nach Ansicht des Beschwerdeführers leidet. Was nicht beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht geprüft zu werden. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.3 In seinem Gesuch vom 22. Mai 2023, in dem der Beklagte das Verbot gegen die Klägerin, den Aufenthaltsort der Kinder ins Ausland zu verlegen, begehrte, deutete der Beklagte selbst an, dass es sinnvoll sein könnte, das Scheidungsverfahren zu sistieren, bis die vorsorglichen Massnahmen Wirkung zeigen konnten (Urk. 9/79 Rz. 3.13). Dass er sich später in seinen Anträgen gegen den Sistierungsantrag der Klägerin stellte (vgl. oben Rz. 1.2 f.), stellt bis zu einem gewissen Grade ein widersprüchliches Verhalten dar, das Einfluss auf sein Rechtsschutzinteresse hat. Weder die Gegenseite noch die Vorinstanz haben jedoch dem Beklagten dieses Verhalten im Verfahren vor der Vorinstanz oder in dem vorliegenden Beschwerdeverfahren entgegengehalten. Die Andeutung des Beklagten im Gesuch bezieht sich auch nicht direkt auf die Frage des Aufenthaltswechsels, sondern stellt die zum Zeitpunkt des Gesuchs im Raum stehenden familiären Begleitmassnahmen in den Vordergrund. Aus den vorinstanzlichen Akten geht ausserdem hervor, dass der Beklagte bei der Gesuchstellung auch noch nicht ernsthaft mit einem Wegzug der Klägerin in die USA rechnete, weshalb sich die Ausgangslage anders darstellte als nach dem Gesuch der Klägerin vom 10. August 2023, seit welchem sich der Beklagte konstant auf den Standpunkt stellt, die Sistierung sei abzulehnen. Das Rechtsschutzinteresse des Beklagten ist somit zu bejahen.

3. Die Vorinstanz erwog, dass aufgrund des strittigen Umzugs der Kinder in die USA je nach Ausgang des Massnahmeverfahrens ein erheblicher Teil von Klagebegründung und Klageantwort im Hauptverfahren vergeblich verfasst würden, würde nicht sistiert. Eine Sistierung sei deshalb aus prozessökonomischen Gründen zweckmässig. Diese Vorteile seien ausserdem höher zu gewichten als die Gefahr einer Verschleppung des Hauptverfahrens, zumal der Beklagte bei einer Verzögerung des Hauptverfahrens zwei Nachteile sehe, nämlich die Gefahr, dass sich die Klägerin ihr Pensionskassenguthaben auszahlen lasse, und die Gefahr, dass sie sich dem weiteren Verfahrensgang durch Wohnsitz in den USA entziehen würde, die bei genauerer Betrachtung nicht bestünden. Die Klägerin könne sich ihr Pensionskassenguthaben gar nicht ohne Zustimmung des Beklagten oder des Gerichts auszahlen lassen und gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne sie sich mit einem Wohnsitzwechsel ins Ausland auch nicht dem Scheidungsverfahren entziehen (Urk. 2 S. 2 f.).

4. Dagegen bringt der Beklagte zusammengefasst vor, dass Massnahmeverfahren keine präjudizierende Wirkung für Hauptverfahren hätten, weshalb letztere auch nicht von ersteren abhängig sein könnten (Urk. 1, Rz. 2.3 ff.). Dies gelte umso mehr, als über den Wegzug ins Ausland gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann in einem Massnahmeverfahren entschieden werden könne, wenn eine besondere Dringlichkeit bestehe. Gerade weil Massnahmeentscheide zu Wegzügen eine präjudizierende Wirkung hätten und mit dem Wegzug schwerwiegende Folgen verbunden seien, müsse diese Frage wenn möglich immer im Hauptverfahren entschieden werden, was auch im vorliegenden Verfahren aufgrund des Sachverhalts nötig sei (Urk. 1, Rz. 2.8 ff.). Das Kindeswohl verlange, dass die Abklärungen zu den Kindern im Hauptverfahren vorgenommen würden, und dafür müsste die Klägerin in ihrer Klagebegründung ein Begehren auf Aufenthaltswechsel stellen. Dies gebe für die Parteien auch keinen grossen Aufwand, da bereits alle wichtigen Punkte im Massnahmeverfahren vorgebracht worden seien, weshalb es auch nicht prozessökonomischer sei, den Schriftenwechsel auszusetzen (Urk. 1, Rz. 2.20 ff.).

5. Die Klägerin hält zusammengefasst dagegen, dass im Scheidungsverfahren nicht über den Aufenthaltsort der Kinder entschieden, sondern geklärt werde, wie

die Betreuungszeiten, Unterhaltsbeiträge und sonstigen Scheidungsfolgen aussähen. Für diese Ansprüche wäre es zweckmässiger, wenn zuerst über den Wegzug entschieden würde, weil ansonsten die zugrundeliegenden Umstände ändern würden und alle Tatsachenbehauptungen neu aufgestellt werden müssten (Urk. 11, Rn. 6 ff. und Rn. 40 f.).

6.1 Das Gericht kann das Verfahren gemäss Art. 126 ZPO sistieren, wenn es zweckmässig ist. Die Sistierung hat einem echten Bedürfnis zu entsprechen, d.h. soll nicht leichthin angeordnet werden, weil eine Sistierung das Verfahren immer verzögert, was dem Grundsatz der zügigen Durchführung des Prozesses widerspricht (Art. 124 ZPO). Entsprechend muss ein objektiver Grund vorliegen, der die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich oder unzweckmässig macht. Das Gericht hat diesen objektiven Grund ausserdem mit den Interessen der Parteien und dem Beschleunigungsgebot abzuwägen und unter Berücksichtigung aller Interessen über die Sistierung zu entscheiden. Im Zweifelsfall geht das Beschleunigungsgebot vor (BK ZPO-Frei, Art. 126 N 1 ff.; BSK ZPO-Gschwend, Art. 126 N 2).

6.2 Da der Berufung gegen Massnahmeentscheide grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) und einem vorsorglich bewilligten und vollzogenen Aufenthaltswechsel eine faktische Wirkung zukommt, weil sich die Kinder dann bereits an einem neuen Ort befinden und während des weiterlaufenden Verfahrens dort immer mehr einleben, präjudiziert der positive Massnahmeentscheid in dem Sinne den Entscheid des Hauptverfahrens, als diese faktische Wirkung in den Entscheid über den Aufenthaltswechsel einbezogen wird und in der Regel selten dazu führen wird, dass die Kinder wieder zurückziehen müssen und damit noch einmal den Aufenthalt wechseln (vgl. hierzu *OGer ZH LY160046 vom 5. Dezember 2017 E. 1.6.1.*). Im internationalen Verhältnis beeinflusst der vollzogene Aufenthaltswechsel in der Regel zudem die Entscheidzuständigkeit (vgl. BGE 143 III 193 E. 3; BGE 142 III 481 E. 2.8, vgl. aber BGE 143 III 237 E. 2.3 und E. 2.5 sowie BGE 144 III 469 E. 4.2).

6.3 Gerade weil dem so ist, was dem Grundsatz widerspricht, dass Massnahmeverfahren Hauptverfahren nicht präjudizieren dürfen, soll gemäss der Praxis des Bundesgerichts und der hiesigen Kammer nur ausnahmsweise – d.h. wenn tat-

sächlich eine Dringlichkeit im Sinne einer Massnahmeerforderlichkeit vorliegt – im Massnahmeverfahren über den Aufenthaltswechsel entschieden werden (BGer 5A_274/2016 vom 26. August 2016 E. 4.2; OGer ZH LY160046 vom 5. Dezember 2017 E. 1.6.1 f.). Dies liegt auch daran, dass, wenn kein dringender Fall vorliegt, im Hauptverfahren zu einem viel grösseren Detailgrad abgeklärt werden kann, ob ein Aufenthaltswechsel für die Kinder rechtens ist. Im Hauptverfahren gibt es keine Beweismasssenkung und das Recht wird auch nicht summarisch geprüft. Somit wird der tiefgreifenden Frage des Aufenthaltsorts, die auch die übrigen Scheidungsfolgen vorbestimmt, hinreichend Rechnung getragen.

6.4 Die nach dem Erwogenen geforderte Dringlichkeit einer Vorabentscheidung wurde von der Klägerin nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Ein objektiver Grund für eine Sistierung im Sinn von Art. 126 Abs. 1 ZPO liegt nicht vor. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist deshalb aufzuheben und das Sistierungsgesuch der Klägerin ist abzuweisen.

7.1 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Der Beklagte obsiegt mit seinem Beschwerdeantrag vollumfänglich. Die Kosten des Verfahrens sind somit der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.2 Ausgangsgemäss ist die Klägerin zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen. Sie ist unter Berücksichtigung des in der Honorarnote geltend gemachten Aufwands, der für die Beschwerdeschrift insgesamt und für die (lediglich hinsichtlich der Thematik des Prozesskostenvorschusses notwendige) Eingabe vom 11. März 2024 (Urk. 15) zur Hälfte (ca. 3.5 Stunden) entschädigungspflichtig ist, in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 lit. b, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV festzusetzen (inkl. Mehrwertsteuer).

7.3.1 Der Beklagte ersucht in seiner Beschwerde um einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'500.– (zzgl. Mehrwertsteuer von 7.7%) für die Gerichts- und Anwaltskosten sowie eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). In seiner Stellungnahme vom 11. März 2024 erhöht er seinen Antrag

um Prozesskostenvorschuss auf Fr. 5'500.– (zzgl. Mehrwertsteuer von 7.7%; Urk. 15 S. 1).

7.3.2. Der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss geht der unentgeltlichen Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1).

7.3.3 Ein Ehegatte hat Anspruch auf Prozesskostenvorschuss im Scheidungsverfahren, wenn sein Begehren nicht aussichtslos, er mittellos und der andere Ehegatte nicht bedürftig ist (Maier, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, 832 m.w.H.). Der Beklagte hat im vorliegenden Verfahren obsiegt und seine Mittellosigkeit sowie die fehlende Bedürftigkeit der Klägerin dargelegt (der Beklagte hat ein Einkommen von rund Fr. 3'550.– [Urk. 4/6, Urk. 4/7], das einem Bedarf von rund Fr. 4'750.– gegenübersteht [Urk. 4/14, Urk. 4/15, Urk. 4/16, Urk. 4/19], die Klägerin hat ein Einkommen von mindestens Fr. 14'063.10 [Urk. 4/10, Urk. 4/11, Urk. 4/12], das einem Bedarf für die Kinder und sie von rund Fr. 7'100.– gegenübersteht [Urk. 13/4, Urk. 13/5, Urk. 13/6, Urk. 13/7]). Der Beklagte hat somit grundsätzlich einen Anspruch auf Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag gegen die Klägerin.

7.3.4 Dem Beklagten entstehen im Beschwerdeverfahren jedoch keine Gerichtskosten, da er im vorliegenden Verfahren vollumfänglich obsiegt (vgl. oben Rz. 7.2). Ferner wird ihm eine volle Parteientschädigung zugesprochen, die mangels gegenteiliger Anhaltspunkte als erbringlich erscheint. Sein Antrag auf Parteikostenvorschuss und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist damit gegenstandslos.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 28. November 2023 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "Das Sistierungsgesuch der Klägerin wird abgewiesen."
2. Der Antrag auf Prozesskostenvorschuss wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt. Die Obergerichtskasse stellt der Klägerin hierfür Rechnung.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage von Urk. 19, 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 **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, 1. April 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw T. Rudolph

versandt am:
jo