

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC210008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. C. Faoro

Beschluss vom 21. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 18. Dezember 2020 (FE200016-B)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 f.)

- "1. Es sei die zwischen den Ehegatten am tt. November 2008 in C._____ geschlossene Ehe gemäss Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Der Klägerin sei die alleinige Sorge für ihre Töchter D._____, geb. tt.mm.2007 und E._____, geb. tt.mm.2007, zuzusprechen.
3. Die Töchter D._____, geb. tt.mm.2007 und E._____, geb. tt.mm.2007, seien unter die Obhut der Klägerin zu stellen. Es sei festzustellen, dass die beiden Töchter ihren Wohnsitz bei ihrer Mutter haben.
4. Es sei auf eine feste Besuchs- und Ferienrechtsregelung zu verzichten.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin an den Barunterhalt von D._____, und E._____, je mindestens wie folgt im Voraus zahlbare und fällige Beträge (zuzüglich allfällige Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen:

Ab Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung (auch über die Mündigkeit hinaus):
je CHF 1 '500.00
6. Es sei festzustellen, dass die Eltern die ausserordentlichen Unterhaltskosten für D._____ und E._____ je zur Hälfte zu tragen haben.
7. Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen.

Dabei sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die noch offenen Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 78'916.00 und die noch geschuldeten persönlichen Unterhaltsbeiträge von CHF 19'400.00 zu bezahlen.

Im Weiteren sei festzustellen, dass zwischen den Parteien keine güterrechtlichen Ansprüche bestehen.
8. Es sei gegenseitig auf eine Teilung der Guthaben der 2. Säule zu verzichten, soweit das von der Klägerin während der Ehe gebildete Guthaben höher ist als dasjenige des Beklagten.

Soweit das Guthaben des Beklagten höher ist, sei die Teilung der Guthaben der 2. Säule dagegen gemäss Gesetz vorzunehmen.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Erwägungen:

1. Ausgangslage

1.1. A. _____ (fortan Klägerin) und B. _____ (fortan Beklagter) strengten je gesondert die Scheidung ihrer Ehe an, sie mit Eingabe vom 24. April 2020 bei der Vorinstanz (Urk. 1), er mit Schreiben vom 20. März 2020 beim Amtsgericht Waldshut-Tiengen in Deutschland (Urk. 4/4).

1.2. Die Vorinstanz sistierte das vorliegende Verfahren zunächst und schrieb es dann mit Verfügung vom 18. Dezember 2020 infolge in Deutschland durchgeführter Scheidung der Parteien als erledigt ab (Urk. 20 = Urk. 23). Gegen diesen Entscheid geht die Klägerin in Berufung (Urk. 22).

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Schreiben vom 22. Februar 2021 erhob die Klägerin Berufung mit dem Antrag, dass die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Sache zur Weiterführung des Scheidungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (Urk. 22 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-21). Mit Präsidialverfügung vom 23. März 2021 wurde die Klägerin aufgefordert, einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'000.– zu leisten; dem Beklagten wurde auf dem Rechtshilfeweg aufgegeben, eine auf seinen Rechtsanwalt lautende Originalvollmacht einzureichen und angesichts seines Wohnsitzes in Deutschland ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen, ansonsten künftige gerichtliche Zustellungen an ihn durch Publikation im Amtsblatt erfolgen würden (Urk. 26). Der Vorschuss ist fristgerecht eingegangen (Urk. 28).

2.2. Der Beklagte liess sich am 17. Mai 2021 gleichlautend per Fax (Urk. 29 - 31), E-Mail (Urk. 32-35) und postalisch (Urk. 29-A) vernehmen, bezeichnete eine Zustelladresse in Deutschland, reichte eine Vollmachtenkopie ein und wies unter Beilage eines Beschlusses des Amtsgerichts Waldshut-Tiengen vom 12. April 2021 darauf hin, dass die Ehe der Parteien in Deutschland mittlerweile rechtskräftig geschieden sei. Mit Eingabe vom 27. Mai 2021 reichte er eine abgekürzte Ausfertigung der deutschen Entscheidung mit Rechtskraftzeugnis nach (Urk. 37). Das

rechtliche Gehör der Klägerin betreffend die Nova wurde gewahrt, der Beklagte – auf dem Wege der Publikation im kantonalen Amtsblatt – zur Berufungsantwort aufgefordert und die Prozessleitung delegiert (Urk. 38). Die Publikation datiert vom 14. Juni 2021 (Urk. 39 f.). Der Beklagte hat sich innert Frist und bis heute nicht vernehmen lassen; das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

3. Berufungsvoraussetzungen

3.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Berufung ging rechtzeitig (Urk. 21/1 und 22), schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein. Die Klägerin ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig.

3.2. Die Berufung ist ein reformatorisches und vollständiges Rechtsmittel. Im Berufungsverfahren sind daher in aller Regel bestimmte Rechtsbegehren in der Sache zu stellen, und zwar so, dass diese Anträge zum Dispositiv des zweitinstanzlichen Urteils erhoben werden können. Auf Berufung hin bestätigt die Berufungsinstanz das angefochtene Urteil oder entscheidet neu; eine Rückweisung hat die Ausnahme zu bleiben (BGE 137 III 617 E. 4.3). Nur in seltenen Fällen, nämlich wenn ein Entscheid in der Sache von vornherein nicht möglich ist, vermag ein blosser Rückweisungsantrag zu genügen. Das trifft etwa dann zu, wenn ein erstinstanzlicher Nichteintretensentscheid angefochten wird, der ergangen ist, ohne dass zuvor ein ordnungsgemässes Verfahren durchgeführt worden wäre (BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019, E. 3.4; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20 f.). Die Vorinstanz hat in der vorliegenden Sache noch nicht einmal zur Einigungsverhandlung vorgeladen (Art. 291 ZPO; vgl. Prot. I); in dieser Konstellation ist der von der Klägerin gestellte Rückweisungsantrag ausreichend und auf die Berufung ist einzutreten.

3.3. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur

Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht

oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

3.4. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO (betreffend sämtliche Kinderbelange) können die Parteien mit der Berufung jedoch Noven vortragen, unabhängig davon, ob die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

4. Res iudicata

4.1. Das schweizerische Gericht weist die Klage zurück, sobald ihm eine ausländische Entscheidung vorgelegt wird, die in der Schweiz anerkannt werden kann (Art. 9 Abs. 3 IPRG).

4.2. Die Vorinstanz erwog, die Parteien hätten ihr mitgeteilt, dass das Scheidungsverfahren am Amtsgericht Waldshut-Tiengen erledigt sei; das vorliegende Verfahren sei somit infolge durchgeführter Scheidung der Parteien als gegenstandslos abzuschreiben (Urk. 23 S. 2).

4.3. Die Klägerin stellt sich in der Berufung auf den Standpunkt, sie sei davon ausgegangen, das Verfahren in Deutschland sei mangels Mitwirkung der Parteien erledigt worden. Mittlerweile sei das dortige Verfahren aber aufgrund einer Eingabe des Beklagten wieder aufgenommen worden. Es treffe nicht zu, dass das Scheidungsverfahren in Deutschland durchgeführt worden sei; es sei nicht gerechtfertigt, das Verfahren in der Schweiz als erledigt abzuschreiben. Aus dem Entscheid der deutschen Gerichte vom 11. November 2020 gehe klar hervor, dass das Verfahren mangels Mitwirkung der Parteien in Bezug auf die Berechnung des Vorsorgeausgleichs abgeschrieben bzw. sistiert worden sei. Weder sei die Scheidung ausgesprochen noch über die Nebenfolgen entschieden worden. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz den Schluss habe ziehen können, die Scheidung sei in Deutschland vollständig durchgeführt worden. Mit dem Schreiben vom 17. Dezember 2020 an die Vorinstanz hätte auch klar sein sollen, dass sie nicht zum Ausdruck bringe, in Deutschland sei materiell ein umfassendes Scheidungsurteil gefällt worden. Es sei eine Tatsache, dass der Beklagte in Deutschland keine Anträge in Bezug auf die Nebenfolgen gestellt habe. In Bezug auf die Nebenfolgen sei die Vorinstanz zuständig, selbst wenn die Scheidungsklage hier später angehoben worden sei; die Rechtshängigkeit hinsichtlich der Scheidungsfolgen sei in Deutschland noch gar nicht eingetreten (LGVE 2016 II Nr. 6 vom 26. Juli 2016). Ferner bestehe für die Kinderbelange gestützt auf das Haager Kinderschutzübereinkommen ohnehin zwingend eine ausschliessliche Zuständigkeit am Aufenthaltsort der Kinder; die beiden Kinder der Parteien lebten bei ihr in der Schweiz. Gleichermassen bestehe im Bereich der

beruflichen Vorsorge eine ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte in der Schweiz. In Bezug auf die Nebenfolgen bestehe mithin eine Zuständigkeit in der Schweiz. Im Scheidungspunkt seien sich die Parteien im Übrigen einig. Entsprechend sei die Vorinstanz anzuweisen, das Scheidungsverfahren in Bezug auf die Nebenfolgen an die Hand zu nehmen und zur Einigungsverhandlung vorzuladen (Urk. 22 S. 3 f.).

4.4. Der Beklagte reichte der Kammer mit Eingabe vom 17. Mai 2021 unaufgefordert den Scheidungsbeschluss des Familiengerichts Waldshut-Tiengen vom 12. April 2021 ein und hielt dafür, dass die Ehe der Parteien mittlerweile in Deutschland rechtskräftig geschieden worden sei (Urk. 29-A). Dazu hat sich die Klägerin nicht vernehmen lassen.

4.5. Vor Vorinstanz wurde weder behauptet (Urk. 17 f.), die Ehe der Parteien sei in Deutschland rechtskräftig geschieden, noch wurde ein anerkennungsfähiger dahingehender Entscheid eingereicht (Urk. 19/1). Die Vorinstanz hat den Sachverhalt falsch festgestellt und das Verfahren unberechtigt als erledigt abgeschrieben.

4.5.1. Der Beklagte hat als zulässiges echtes Novum den Beschluss des deutschen Familiengerichts vom 12. April 2021 eingereicht (Urk. 35/1; Urk. 37). Mit diesem Beschluss ist nunmehr dargetan, dass die Ehe der Parteien rechtskräftig geschieden wurde; die indirekte Zuständigkeit im Sinne von Art. 65 IPRG ist gegeben, der Entscheid ist endgültig (Urk. 37) und Verweigerungsgründe nach Art. 27 IPRG wurden weder dargetan noch sind sie ersichtlich (vgl. Urk. 35/2); der fragliche Beschluss ist in der Schweiz anerkennungsfähig (Art. 9 Abs. 3 und Art. 25 ff. IPRG).

4.5.2. Die Klägerin klagt im vorliegenden Verfahren auf Scheidung und damit verbunden auf Regelung der Nebenfolgen (Urk. 1 S. 2 f.). Für die Statusfrage gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens liegt nunmehr ein rechtskräftiger Entscheid vor; in diesem Punkt ist auf die vorliegende Klage nicht einzutreten (vgl. BGE 121 III 474 E. 2); das vorinstanzliche Dispositiv, mit welchem das Verfahren als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschrieben wurde, ist insofern zu präzisieren.

Es ist sodann nicht ersichtlich, inwiefern für die Zuständigkeit in Bezug auf die Nebenfolgen dem von der Klägerin pauschal angeführten Luzerner Entscheid betreffend Beurteilung von Unterhaltssachen in Verfahren um vorsorgliche Massnahmen (LGVE 2016 II Nr. 6 vom 26. Juli 2016; Urk. 1 S. 4; Urk. 22 S. 4) eine Bedeutung zukäme, zumal vorliegend keine vorsorglichen Massnahmen zu beurteilen sind. Gemäss Art. 64 IPRG besteht aber eine Zuständigkeit Schweizer Gerichte auf Ergänzung ausländischer Scheidungsentscheide. Unter den gegebenen Umständen und angesichts der inzwischen gegebenen Prozessvoraussetzungen – für die örtliche Zuständigkeit gilt die perpetuatio fori (BGE 129 III 404 E. 4.3 f.; Urk. 22 S. 2) – rechtfertigt es sich, die vorliegende Klage im Übrigen nunmehr als Klage auf Ergänzung des deutschen Scheidungsurteils zu behandeln (vgl. Urk. 22 S. 4) und zur weiteren Veranlassung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolge

5.1. Bei diesem Ausgang ist für das zweitinstanzliche Verfahren lediglich eine Entscheidgebühr festzusetzen. Diese ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf Fr. 2'000.– zu beziffern. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klage wird nicht eingetreten.
2. Im Übrigen wird die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 18. Dezember 2020 aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen als Klage auf Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.–.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen, vorbehalten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung/Publikation 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. sowie 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, 21. Oktober 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
Im