

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE230052-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos und Oberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin MLaw Frangi

Beschluss und Urteil vom 15. November 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-
fahren am Bezirksgericht Affoltern vom 2. November 2023 (EE230028-A)**

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 31. Mai 2023 (Datum Poststempel: 2. Juni 2023) machte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 7/1). Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) führte mit Eingabe vom 20. Juli 2023 aus, dass seit anfangs Februar 2023 ein Scheidungsverfahren am Bezirksgericht in Wrocław (Breslau), Polen (fortan Bezirksgericht Breslau), hängig sei (Urk. 7/18, Urk. 7/20-21). In der Folge verfügte die Vorinstanz am 2. November 2023, dass auf das Eheschutzgesuch des Gesuchsgegners eingetreten werde, und lud zur Hauptverhandlung auf den 7. Dezember 2023 vor (Urk. 7/42 S. 5 = Urk. 2 S. 5).

1.2. Die Gesuchsgegnerin erhob dagegen mit Eingabe vom 18. November 2023 fristgerecht (Urk. 7/46) Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- *Es sei die Verfügung vom 02. November 2023 des Bezirksgerichts Affoltern a.A. (-Nr.: EE230028-A / Z03/) mangels Zuständigkeit aufzuheben.*
- *Auf das Eheschutzgesuch des Gesuchstellers sei nicht einzutreten,*
- *Alles zu Lasten des Gesuchstellers"*

1.3. Mit Verfügung vom 24. November 2023 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 8). Die Gesuchsgegnerin machte am 29. November 2023 unaufgefordert eine weitere Eingabe, die dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 9-11). Die Berufungsantwort ging fristgerecht ein (Urk. 12) und wurde der Gesuchsgegnerin zur Kenntnis gebracht (Urk. 16). Diese nahm mit Eingabe vom 3. Januar 2024 Stellung (Urk. 17-18/1-2). Mit Beschluss vom 9. Januar 2024 wurde vom Bezirksgericht Breslau rechtshilfweise eine schriftliche Auskunft eingeholt und gleichzeitig dem Gesuchsteller die Eingabe vom 3. Januar 2024 zugestellt (Urk. 19-20; Urk. 24-29). Die Auskunft des Bezirksgerichts Breslau vom 29. April 2024 wurde der Kammer am 8. Juli 2024 übermittelt und per Schreiben vom 25. Juli 2024 der akkreditierten Übersetzerin, C._____, zur Übersetzung zugestellt (Urk. 32 und 33). Die Übersetzung ging am 31. Juli 2024 ein (Urk. 34 und 35) und wurde den Parteien zur Kenntnis gebracht (Urk. 37).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-75). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

2. Im Berufungsverfahren ist zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Eheschutzgesuch des Gesuchstellers vom 2. Juni 2023 eingetreten ist, obwohl von der Gesuchsgegnerin in Polen unstreitig ein Scheidungsverfahren eingeleitet wurde. Die Gesuchsgegnerin spricht in diesem Zusammenhang von der Prüfung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit (Urk. 1 S. 4). Aus ihrer Begründung wird aber deutlich, dass sich ihre Rüge nur auf die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit bezieht. Entsprechend ist nachstehend einzig diese Thematik zu behandeln.

3. Die Vorinstanz erwog dazu, sobald die Klage eines Ehegatten auf Scheidung beim dafür zuständigen Gericht rechtshängig gemacht worden sei, könnten keine Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit mehr getroffen, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens angeordnet werden. Ein Eheschutzverfahren werde jedoch durch die Einleitung der Scheidung nicht hinfällig. Das Eheschutzgericht bleibe zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn es darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheiden könne. Eheschutzmassnahmen wirkten über den Entscheid – und damit auch über die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens – hinaus, bis der Scheidungsrichter etwas anderes verfüge. Um zu prüfen, ob auf das Eheschutzgesuch des Gesuchstellers einzutreten sei, stelle sich vorab die Frage, wann die Rechtshängigkeit durch den Gesuchsteller in der Schweiz und wann durch die Gesuchsgegnerin in Polen begründet worden sei. Die Rechtshängigkeit für inländische Verfahren werde gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO mit Einreichung eines Schlichtungsgesuchs, einer Klage, eines Gesuchs oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens begründet. Die Klage werde rechtshängig mit Datum der Postaufgabe oder bei Übergabe ans Amt, wenn sie bei der Schlichtungsstelle oder dem Gericht eintritt. Für polnische Zivilprozesse werde gemäss Art. 192 KPC (Kodeks postępowania cywilnego, polnisches Zivilgesetzbuch) eine Klage erst mit der Zustellung an die Gegenpartei rechtshängig. Den Akten könne entnommen werden, dass der Gesuchsteller das Eheschutzgesuch am 2. Juni 2023 bei der

Schweizerischen Post aufgegeben habe. Die von der Gesuchsgegnerin in Polen eingereichte Scheidungsklage sei vom Gesuchsteller am 14. Juni 2023 in Empfang genommen worden, wodurch die Rechtshängigkeit nach polnischem Zivilprozessrecht (erst) an diesem Tag begründet worden sei. Nach dem Gesagten sei die Rechtshängigkeit für das Eheschutzverfahren am hiesigen Gericht früher begründet worden, wodurch es für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung in Polen zuständig bleibe. Auf das Eheschutzgesuch des Gesuchstellers sei einstweilen einzutreten (Urk. 2 S. 3 f.).

4.1. Die Gesuchsgegnerin rügt, mit Schreiben vom 6. April 2023 habe das polnische Gericht die Scheidungsklage sowie den Beschluss vom 15. März 2023 versandt. Am 14. April 2023 habe der Gesuchsteller Rechtsanwältin Y2. _____ aus Breslau eine Vollmacht zur Vertretung im Scheidungsverfahren erteilt. Die Scheidungsklage sei dem Gesuchsteller am 24. April 2023 zugestellt worden (Urk. 1 S. 3). Dies ergebe sich aus der Zustellungsurkunde der Abteilung internationale Rechtshilfe des Obergerichts des Kantons Zürich. Das Verfahren am Bezirksgericht Affoltern sei erst am 2. Juni 2023 anhängig gemacht worden. Es entspreche somit nicht den Tatsachen, dass die Scheidungsklage dem Gesuchsteller erst am 14. Juni 2023 zugestellt worden und die polnische Klage erst an diesem Tag rechtshängig geworden sei. Die Rechtshängigkeit für die Scheidungsklage der Gesuchsgegnerin in Polen sei vielmehr früher begründet worden als diejenige des Gesuchstellers beim Bezirksgericht Affoltern. Daher bestehe keine Zuständigkeit des Bezirksgerichts Affoltern und es sei auf dessen Eheschutzgesuch nicht einzutreten (Urk. 1 S. 4 f. und Urk. 17 S. 2 f.).

4.2. Der Gesuchsteller bestreitet das von der Gesuchsgegnerin behauptete Datum der Zustellung der Scheidungsklage an ihn. Die von der Gesuchsgegnerin eingereichte Scheidungsklage sei ihm am 14. Juni 2023 zugestellt worden, was vom polnischen Gericht auch bestätigt worden sei. Tatsächlich seien ihm am 24. April 2023 Dokumente des polnischen Gerichts rechtshilfeweise zugestellt worden, allerdings nicht die 160 Seiten umfassende Scheidungsklage, sondern ein kurzes 13-seitiges Dokument, in welchem er zu Unterhaltszahlungen aufgefordert worden sei. Dies könne das angerufene Gericht, welches die Dokumente rechtshilfeweise an

den Berufungsbeklagten (Geschäfts-Nr.: WR230327-OIK*Y61MBI) zugestellt habe, ohne Weiteres von Amtes wegen nachvollziehen. Die Scheidungsklage sei ihm hingegen erst am 14. Juni 2023 zugestellt worden und damit zeitlich später, als vor der Vorinstanz das Eheschutzverfahren anhängig gemacht worden sei. Erst an diesem 14. Juni 2023 habe auch die 30-tägige Frist zur Einreichung seiner Klageantwort begonnen, welche sodann auch vom polnischen Gericht als fristgerecht entgegengenommen worden sei. Bezeichnenderweise habe die Gesuchsgegnerin damals keinerlei Einwände erhoben, dass die Klageantwort verspätet erfolgt sei (Urk. 12 Rz. II.5 f.).

5.1. Die Gesuchsgegnerin verweist in der Berufung auf Art. 30 LugÜ, wonach ein Gericht zu dem Zeitpunkt als angerufen gilt, in dem das verfahrenseinleitende oder ein gleichwertiges Schriftstück beim Gericht eingereicht worden ist. Die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit in Bezug auf den Scheidungspunkt beurteilt sich indessen nicht gemäss LugÜ (vgl. Art. 1 Ziff. 2 a LugÜ). Wann die Klage im Ausland hängig gemacht worden ist, bestimmt sich im Anwendungsbereich des IPRG vielmehr nach dem Recht des ausländischen Gerichts (BGer 5A_223/2016 vom 28. Juli 2016 E. 5.1.1.3). Für polnische Zivilprozesse wird gemäss Art. 192 KPC (Kodeks postępowania cywilnego, polnisches Zivilgesetzbuch) eine Klage erst mit der Zustellung an die Gegenpartei, sprich an den Gesuchsgegner, rechtshängig.

5.2. Bei den Parteien besteht Uneinigkeit darüber, wann dem Gesuchsteller die Scheidungsklage zugestellt wurde. Sie berufen sich diesbezüglich auf sich widersprechende Urkunden. Die Gesuchsgegnerin stellt auf die Zustellungsurkunde des Obergerichts des Kantons Zürich ab, welche die Zustellung einer Klage an den Gesuchsteller am 24. April 2023 bestätigt (Urk. 5/5); der Gesuchsteller bezieht sich auf ein Bestätigungsschreiben des Bezirksgerichts Breslau, welches als Zustelldatum der Scheidungsklage den 14. Juni 2023 bescheinigt (Urk. 7/29/20-21 = Urk. 15/2-3). Aufgrund der sich widersprechenden Urkunden wurde das Bezirksgericht Breslau zur Klärung des Zustelldatums rechtshilfweise durch die Kammer um Auskunft gebeten (Urk. 19-20; Urk. 24-29). Mit Schreiben vom 29. April 2024 – der Kammer rechtshilfweise am 8. Juli 2024 zugestellt – teilte das Bezirksgericht Breslau mit, dass die Klage dem Gesuchsteller am 14. Juni 2023 zugestellt worden ist

(Urk. 32 und 35). Von diesem Datum ist auszugehen, zumal von den Parteien auch keine Einwände gegen das Schreiben vorgebracht wurden.

Das Eheschutzverfahren beim Bezirksgericht Affoltern wurde unbestritten am 2. Juni 2023 eingeleitet. Es ist somit erstellt, dass das Eheschutzverfahren in der Schweiz – entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin – vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens beim Bezirksgericht Breslau anhängig gemacht wurde. Mangels weiterer Rügen ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

6. Die Gesuchsgegnerin hat ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt voraus, dass die gesuchstellende Person mittellos ist und die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. a und b ZPO). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege geht jedoch dem aus der privatrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht der Ehegatten fliessenden Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrags nach (BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2). Grundsätzlich darf man von einer anwaltlich vertretenen Partei erwarten, dass sie in ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenbeitrag zu verzichten sei (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1; BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019 E. 4), es sei denn, die Mittellosigkeit der Gegenpartei ist unbestritten, manifest und ohne Durchsuchen der Akten greifbar (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019 E. 4).

Die Gesuchsgegnerin hat weder einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags gestellt, noch hat sie begründet, weshalb dies vorliegend aussichtslos sei. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, die Mittellosigkeit der Gegenseite sei unbestritten, manifest oder ergebe sich ohne Weiteres aus den Akten. Darüber hinaus ist auch ihre eigene Mittellosigkeit nicht dargetan: Die Gesuchsgegnerin bringt dazu vor, sie könne als Mutter von zwei kleinen Kindern nicht volltags arbeiten und habe ihre berufliche Tätigkeit nach der Rückkehr nach Polen erst im Frühjahr 2023 aufgenommen. Sie verdiene umgerechnet Fr. 800.– bis 900.– (4.544,60 PLN) monatlich und verfüge über kein Vermögen (Urk. 1 S. 7 f.). Ausführungen zur Bedarfssituation der anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin fehlen.

Auch belegt sie ihre Behauptungen zur Einkommens- und Vermögenssituation ungenügend: So reicht sie zu ihrem Vermögen keinerlei Unterlagen ein und zu ihrem Einkommen einzig ein einseitiges, fremdsprachiges Dokument ohne deutsche Übersetzung. Damit ist die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin nicht dargetan. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist vor diesem Hintergrund abzuweisen.

6.1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 3). Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen.

6.2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Hinzuzurechnen sind die Kosten für die Übersetzung der in Polen eingeholten Auskunft im Betrag von Fr. 810.– (Urk. 26 und 36). Die Gerichtskosten belaufen sich somit auf Fr. 2'310.–. Sie sind ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Ferner ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller in Anwendung von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und 6 Abs. 3 AnwGebV eine volle Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'800.– zuzüglich Mehrwertsteuern zu bezahlen. Die Mehrwertsteuer betrug für Leistungen im Jahr 2023 7.7% und für Leistungen im Jahr 2024 8.1% (Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 Abs. 2 i.V.m. aArt. 25 Abs. 1 MWSTG und Art. 25 Abs. 1 MWSTG). Es rechtfertigt sich angesichts des Mehraufwandes des Rechtsvertreters im Jahr 2023, auf zwei Drittel der Aufwände die Mehrwertsteuer von 7.7% und auf einen Drittel der Aufwände die Mehrwertsteuer von 8.1% zu veranschlagen. Gesamthaft ist von Fr. 141.– (Fr. 1'200.– * 0.077 + Fr. 600.– * 0.081) auszugehen. Die Gesuchsgegnerin ist somit zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 1'941.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu verpflichten.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und der vorinstanzliche Entscheid wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 810.– Kosten für die Übersetzung

Fr. 2'310.– Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'941.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 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, 15. November 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Frangi

versandt am:
Im