

Aus den Erwägungen:

«Der Kläger reichte am 18. Dezember 2003 beim Friedensrichter gestützt auf Art. 114 ZGB eine Scheidungsklage ein. Art. 136 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass die Rechtshängigkeit der Klage eines Ehegatten auf Scheidung mit der *Klageanhebung* eintritt. Klageanhebung ist ein bundesrechtlicher Begriff und ist diejenige prozesseinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft. Ist die Klage nach kantonalem Recht beim Sühnbeamten einzureichen, so genügt dessen Anrufung innert der Frist (*Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, S. 309). Gemäss § 195a ZPO werden im Kanton Zürich Scheidungsklagen mit *Anhebung vor dem Friedensrichter rechtshängig*. Dies bedeutet, dass in den Fällen, in denen die Klageeinleitung korrekt schon vor dem Friedensrichter erfolgte und die Weisung von der klagenden Partei vom Friedensrichter verlangt und hernach fristgerecht innert drei Monaten (§ 101 ZPO) dem Gericht eingereicht worden ist, dadurch mit der Klageanhebung vor dem Friedensrichter die Rechtshängigkeit begründet wird. Die Rechtshängigkeit bei der Klageanhebung ist somit eine resolutivbedingte (*Spühler*, Neues Scheidungsverfahren - Supplement, Zürich 2000, S. 30). Konsequenz daraus ist, dass der Scheidungsrichter schon von jenem Zeitpunkt an für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig ist, d.h. der Übergang der Zuständigkeit vom Eheschutz- auf den Scheidungsrichter findet schon Wochen, allenfalls Monate vor der Einreichung der Scheidungsklage beim Gericht statt. Wird dann in der Folge die Weisung dem Gericht doch nicht eingereicht, so entfällt die Zuständigkeit des Scheidungsrichters als Massnahmerichter wieder und geht an den Eheschutzrichter zurück. Diese pendelnde Zuständigkeit wurde vom zürcherischen Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommen (*Spühler*, a.a.O., S. 34). Der Ansicht von *Frank/Sträuli/Messmer*, die Rechtshängigkeit trete erst mit Ausstellung der Weisung ein (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, N 8 f. zu § 195a ZPO) kann nicht gefolgt werden. Sie widerspricht einerseits dem klaren Gesetzeswortlaut und auch den Intentionen des zürcherischen Gesetzgebers (*Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivil-

prozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, N 2 zu § 195a ZPO), andererseits läge es bei dieser Annahme in der Hand des Friedensrichters, die Rechtshängigkeit einer Scheidungsklage herbeizuführen. Zudem würde eine solche Regelung die Einheit der Rechtsordnung unterlaufen, bestimmt doch auch Art. 9 Abs. 2 IPRG, dass eine Klage mit Einleitung des Sühneverfahrens rechtshängig gemacht wird. Es ist nicht einzusehen, warum diesbezüglich Parteien im internationalen Verhältnis mehr Rechtssicherheit verdienen, als im innerschweizerischen, vor allem wenn man bedenkt, dass die Ausstellung der Weisung nicht mehr in ihrer Risikosphäre liegt. Die vorliegende Klage ist somit am 18. Dezember 2003 rechtshängig gemacht worden.»