

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeli

Beschluss und Urteil vom 12. Juli 2021

in Sachen

A._____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. Februar 2021; Proz. FE200242

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. A._____ (Beklagte und Beschwerdeführerin, fortan Beschwerdeführerin) und B._____ (Kläger und Beschwerdegegner, fortan Beschwerdegegner) haben am tt. Mai 2013 in C._____ geheiratet (act. 5/2 S. 1). Der Ehe ist ein gemeinsames Kind, D._____, geb. tt.mm.2013, entsprungen (act. 5/2 S. 4).
2. Am 18. Dezember 2014 sprach das Kreisgericht Kumanova, Nordmazedonien, die Scheidung der am tt. Mai 2013 geschlossene Ehe der Parteien aus (act 8/7 S. 2). Mit Verfügung vom 23. August 2018 anerkannte das Gemeindeamt des Kantons Zürich die im Ausland erfolgte Ehescheidung und verfügte die Eintragung derselben im schweizerischen Zivilstandsregister (act. 5/2). Als Folge wurde die Ehe der Parteien im Familienausweis (vorübergehend) als geschieden ausgewiesen (act. 5/2 S. 1 und act. 8/9). Nachdem die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich einen dagegen erhobenen Rekurs der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 21. Juni 2019 gutgeheissen hatte (act. 8/6) und auf die gegen den Entscheid der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich erhobene Beschwerde des Beschwerdegegners an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nicht eingetreten worden war (act. 8/7, Beschluss vom 28. November 2019), wurde die Eintragung der Ehescheidung im schweizerischen Zivilstandsregister wieder gelöscht. Entsprechend werden die Parteien in den schweizerischen Registern inzwischen wieder als verheiratet geführt (vgl. act. 8/8 S. 1).
3. Mit Eingabe vom 24. Januar 2020 machte die Beschwerdeführerin ein Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Aarau anhängig (act. 8/2). Sie beantragte damit unter anderem Unterhaltsbeiträge für den gemeinsamen Sohn D._____, rückwirkend ab 1. Februar 2019, sowie für sich persönlich ab 1. Februar 2020 und die Erteilung von Auskunft durch den Beschwerdegegner (act. 8/2 und act. 5/13/3). Nachdem das Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Aarau zufolge des

(weiterhin) pendenten Verfahrens betreffend Anerkennung des ausländischen Scheidungsurteils einstweilen sistiert worden war (act. 8/3), wurde die Sistierung mit Verfügung vom 25. November 2020 aufgehoben (vgl. dazu act. 5/13/2 = act. 8/4). Die Eheschutzverhandlung vor dem Bezirksgericht Aarau wurde auf den 17. Juni 2021 angesetzt (act. 8/5).

4. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2020 machte der Beschwerdegegner am Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil eine Scheidungsklage anhängig (Datum Postaufgabe, act. 5/1). Nachdem die Parteien mit Verfügung vom 20. Januar 2021 auf Mittwoch, 10. März 2021, zur Einigungsverhandlung vorgeladen worden waren, stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 3. Februar 2021 die folgenden Anträge (act. 5/11 S. 1):

- "1. Es sei das Verfahren FE200242-E/V zu sistieren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Eheschutzverfahrens SF.2020.11 vor dem Bezirksgericht Aarau.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Zudem beantragte die Beschwerdeführerin mit separater Eingabe vom gleichen Datum die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses des Beschwerdegegners in der Höhe von Fr. 8'000.– für das Scheidungsverfahren bzw. ersuchte um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Scheidungsverfahren (act. 5/15).

5. Mit Eingabe vom 12. Februar 2021 nahm der Beschwerdegegner zum Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin Stellung und beantragte dessen Abweisung. Zudem beantragte er den Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren, jedoch ohne sein Massnahmebegehren genauer zu spezifizieren (act. 5/20).

6. Mit Schriftsatz vom 19. Februar 2021, bei der Vorinstanz eingegangen am 22. Februar 2021, stellte auch die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren (act. 5/21). Damit beantragte sie die Festsetzung von Kinder- sowie Ehegattenunterhaltsbeiträgen rückwirkend ab Klageeinreichung am 18. Dezember 2020 und für die weitere Dauer des Verfahrens, die Erteilung von Auskunft durch den Beschwerdegegner sowie dessen

Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Massnahmeverfahren in der Höhe von Fr. 6'000.– bzw. ersuchte (eventualiter) um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/21 S 2).

7. Mit Eingaben vom 22. und 23. Februar 2021 nahm der Beschwerdegegner erneut Stellung zum Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin und ersuchte die Vorinstanz um Ansetzung einer Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen (act. 5/25 und act. 5/26).

8. Mit Verfügung vom 23. Februar 2021 entschied die Vorinstanz über den Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin vom 3. Februar 2021 und sistierte damit das Scheidungsverfahren (inkl. Verfahren betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen) bis zum rechtskräftigen Abschluss des Eheschutzverfahrens SF.2020.11 vor dem Bezirksgericht Aarau. Die Ladung zur auf den 10. März 2021 angesetzten Einigungsverhandlung wurde den Parteien dementsprechend abgenommen (act. 5/27 = act. 3/1 = act. 4 [Aktenexemplar], fortan zit. als act. 4).

9. Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Februar 2021 hat die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 11. März 2021 rechtzeitig Beschwerde erhoben (act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5/28). Damit stellte sie die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

" **Prozessual**

1. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, unter Verbeiständung durch den Schreibenden.

Hauptbegehren

2. In Gutheissung der Beschwerde sei die Verfügung vom 23.02.2021 des Bezirksgerichts Hinwil (FE200242-E/Z02) aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
 1. Das Verfahren betreffend Ehescheidung wird sistiert. Das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren (Gesuch vom 19.02.2021) wird separat weitergeführt.
 2. Unverändert.
 3. Aufgehoben.
 4. Unverändert.
 5. Unverändert.

Eventualbegehren

3. In Gutheissung der Beschwerde sei die Verfügung vom 23.02.2021 des Bezirksgerichts Hinwil (FE200042-E/Z02) aufzuheben und die Sache sei zur neuen Begründung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen über alle Instanzen."
10. Mit Eingangsanzeigen vom 24. März 2021 wurde den Parteien der Eingang der Beschwerde der Beschwerdeführerin angezeigt und mitgeteilt, dass weitere prozessleitende Anordnungen – soweit nötig – folgen würden (act. 6/1–2).
11. Die Akten der Vorinstanz wurden vom Amtes wegen beigezogen (act. 5/1–28), ebenso (auszugsweise) die Akten des vor dem Bezirksgericht Aarau pendenten Eheschutzverfahrens SF.2020.11 (act. 8/1–9). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann gestützt auf Art. 322 Abs. 1 ZPO verzichtet werden, da sich die Beschwerde – wie sogleich aufzuzeigen sein wird – sofort als unbegründet erweist. Das Verfahren ist somit spruchreif. Die Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) und des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 17. Juni 2021 (act. 9) sind dem Beschwerdegegner zusammen mit dem vorliegenden Entscheid nur noch zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

(Prozessuales)

1. Der angefochtene Sistierungsentscheid fällt unter die Kategorie der prozessleitenden Verfügungen und unterliegt der zehntägigen Beschwerdefrist von Art. 321 Abs. 2 ZPO. Die Anordnung der Sistierung ist ohne weitere Voraussetzung mit Beschwerde anfechtbar (Art. 126 Abs. 2 ZPO), mithin braucht ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nicht vorzuliegen (vgl. BGE 141 III 270 = Pra 106 [2017] Nr. 31, siehe ferner auch ZK ZPO-STAEHELIN, 3. A., Art. 126 N 8). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2. Die Beschwerde wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständiger Beschwerdeinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Berufung legitimiert. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

III.

(Materielles)

1. Vorbemerkung

Mit Verfügung vom 23. Februar 2021 hat die Vorinstanz das Scheidungsverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des zurzeit noch vor dem Bezirksgericht Aarau hängigen Eheschutzverfahrens umfassend sistiert, das heisst sowohl in Bezug auf die Hauptsache als auch in Bezug auf die im Rahmen des Scheidungsverfahrens gestellten Gesuche um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 4). Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet einzig die Frage, ob die von der Vorinstanz verfügte Sistierung auch hinsichtlich der beantragten vorsorglichen Massnahmen zu Recht erfolgt ist (vgl. act. 2, Beschwerdeantrag Nr. 1).

2. Vorinstanzlicher Entscheid und Standpunkt der Beschwerdeführerin

2.1 Die Vorinstanz erwog zur Sistierung zusammengefasst, gemäss Auskunft des Bezirksgerichts Aarau sei in den nächsten vier Monaten nicht mit einer Erledigung des Eheschutzverfahrens zu rechnen, und die Parteien hätten auch noch keine konkreten Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen gestellt (act. 4 S. 2 und Prot. VI S. 5). Der (noch zu erlassende) Entscheid des Eheschutzrichters gelte sodann auch für die Dauer des Scheidungsverfahrens, weshalb vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren auf eine Abänderung der Eheschutzmassnahmen hinauslaufe, was aber wiederum voraussetze, dass der Massnahmerichter den Eheschutzentscheid kenne (act. 4 S. 3). Schliesslich sei auch ein Entscheid über den beantragten Prozesskostenvorschuss bzw. eventualiter das Gesuch um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht dringend, da während der Sistierung des Verfahrens kein nennenswerter Aufwand anfallen dürfte (act. 4 S. 3). Aus diesem Grund sei das Scheidungsverfahren (mitsamt Verfahren

betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen) gestützt auf Art. 126 Abs. 1 ZPO bis zum rechtskräftigen Abschluss des Eheschutzverfahrens SF.2020.11 des Bezirksgerichts Aarau zu sistieren (act. 4 S. 3).

2.2 Die Beschwerdeführerin moniert eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung durch die Vorinstanz (Art. 9 BV; vgl. act. 2, II.B. Ziff. 1–10), macht eine unrichtige Anwendung der Art. 126 ZPO und Art. 276 ZPO geltend (act. 2, II.B. Ziff. 11–13) und rügt schliesslich eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; act. 2, II.B. Ziff. 14–19). Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, die Kognition des Eheschutzrichters sei nach bundesgerichtlicher Konzeption beschränkt, namentlich dürfe der Eheschutzrichter bei einer Entscheidung nach Rechtshängigkeit der Scheidung nur Tatsachen berücksichtigen, die bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung entstanden seien. Der (noch zu erlassende) Eheschutzentscheid vermöge deshalb keine Wirkungen über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung hinaus zu entfalten, weshalb gar kein Zuständigkeitskonflikt bestehe und das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen auch nicht vom Eheschutzentscheid des Bezirksgerichtes Aarau abhängig sei. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei die Sistierung des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen hier somit nicht zweckmässig (act. 2, II.B. Ziff. 3 und Ziff. 10). Überdies habe die Vorinstanz die Verfahrensökonomie aus eigennützigen Gründen gegenüber dem Beschleunigungsgebot in den Vordergrund gestellt und das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sistiert, obwohl die Beschwerdeführerin dringend auf Unterhaltszahlungen für sich selbst und den gemeinsamen Sohn D._____ durch den Beschwerdegegner angewiesen sei, denn seit Juli 2019 hätte sie keine Unterhaltszahlungen mehr erhalten. Da helfe auch das laufende Eheschutzverfahren nicht, weil der Eheschutzrichter nur bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage Unterhalt festsetzen könne (act. 2, II.B. Ziff. 5). Zudem habe die Vorinstanz aktenwidrig festgehalten, dass die Parteien noch keine konkreten Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen gestellt hätten. Die Vorinstanz sei bei ihrem Entscheid somit von einer falschen Prämisse ausgegangen und habe im Übrigen auch in keiner Weise begründet, warum es sich hier nicht um eine dringliche Angelegenheit handle. Eine sachgerechte Anfechtung sei so unmöglich

(vgl. act. 2, II.B. Ziff. 14 ff.). Schliesslich habe die Vorinstanz eine flagrante Verletzung des rechtlichen Gehörs begangen, indem sie der Beschwerdeführerin – im Gegensatz zum Beschwerdegegner – keine Möglichkeit gegeben habe, um sich zur (umfassenden) Sistierung des Verfahrens zu äussern. Nicht einmal die Eingabe des Beschwerdegegners vom 12. Februar 2021 sei der Beschwerdeführerin zugestellt worden (vgl. act. 2, II.B. Ziff. 17 ff.).

3. Würdigung

3.1 Das Gericht kann ein Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich dann sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Eine Sistierung mit Blick auf ein anderes Verfahren kommt nicht nur in Frage, wenn dieses eine identische Klage zwischen den gleichen Parteien betrifft; sie kann etwa auch zur Vermeidung inkohärenter Entscheide oder deshalb erfolgen, weil durch den Entscheid im anderen Verfahren eine bedeutende Vereinfachung des zu sistierenden Verfahrens erwartet werden kann (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. A., Art. 126 N 3, BK ZPO I-FREI, Art. 126 N 3, KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 126 N 8). Da eine Sistierung regelmässig zu einer Verfahrensverzögerung führt, darf sie im Lichte des in Art. 124 Abs. 1 ZPO statuierten Gebots der beförderlichen Prozesserledigung indessen nicht leichthin angeordnet werden; sie sollte die Ausnahme bilden, einem echten Bedürfnis entsprechen und nur dann erfolgen, wenn triftige objektive Gründe vorliegen, welche die Fortsetzung des Verfahrens verunmöglichen oder als offenkundig unzweckmässig erscheinen lassen (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. A., Art. 126 N 4, BK ZPO I-FREI, Art. 126 N 1, siehe auch BGer 5A_454/2013 E. 3.1 m.w.H.). Wann eine Sistierung zweckmässig ist, hat das Gericht im Einzelfall nach Ermessen mit der nötigen Zurückhaltung und unter Beachtung des Beschleunigungsgebots, der Interessen der Parteien sowie der Verfahrensart zu beurteilen (vgl. BK ZPO-FREI, Art. 126 N 1 und N 3; BSK ZPO-GSCHWEND, 3. A., Art. 126 N 10, ZK ZPO-STAEHELIN, 3. A., Art. 126 N 3 f.).

3.2 Um die Zweckmässigkeit der Sistierung des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren zugunsten des noch pendenten Ehe-

schutzverfahrens im vorliegenden Fall beurteilen zu können, sind zunächst die Zuständigkeiten des Eheschutzrichters und des Scheidungsrichters (als Massnahmegesicht) abzugrenzen.

Die verschiedenen Zuständigkeiten sind im Bundesrecht nur teilweise bzw. unvollständig geregelt. Immerhin geht aus Art. 276 Abs. 1 ZPO hervor, dass ab Einleitung des Scheidungsverfahrens das Scheidungsgesicht die nötigen vorsorglichen Massnahmen trifft. Folglich ist das Eheschutzgesicht für den Erlass von Massnahmen nur bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung zuständig, während das Scheidungsgesicht ab diesem Zeitpunkt zuständig wird. Daran ändert nichts, dass vorliegend Eheschutz- und Scheidungsgesicht in verschiedenen Kantonen liegen (BSK ZPO-BÄHLER, 3. A., Art. 276 N 11). Diese zeitliche Zuständigkeitsspaltung gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dann, wenn das Scheidungsverfahren – wie vorliegend – *während* eines noch hängigen Eheschutz- bzw. Abänderungsverfahrens anhängig gemacht wird: In diesem Fall wird das Eheschutzverfahren nicht einfach gegenstandslos, sondern bleibt das Eheschutzgesicht für Massnahmen bis zur Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig, und zwar selbst wenn es erst nach diesem Zeitpunkt darüber entscheiden kann (BGE 129 III 60 E. 2 f., präzisiert in BGE 138 III 646, E. 3.3.2 [Pra 102 (2013) Nr. 34] m.w.H.).

Ebenfalls gesetzlich geregelt ist, dass die vom Eheschutzrichter angeordneten Massnahmen auch über die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens hinaus in Kraft bleiben (Art. 276 Abs. 2, 1. Satz ZPO sowie BGE 138 III 646, E. 3.3.2 [Pra 102 (2013) Nr. 34], mit diversen weiteren Verweisen) und dass für eine allfällige Abänderung oder Aufhebung des Eheschutzentscheides bei pendentem Scheidungsverfahren der Scheidungsgesicht zuständig ist (vgl. Art. 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO sowie BGer 5A_344/2015 vom 29. Februar 2016, E. 8.3). Somit bleibt der Eheschutzrichter auch nach Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens für *über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens hinaus wirkende Anordnungen* zuständig, und zwar selbst dann, wenn im Rahmen des Scheidungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen beantragt werden. Selbstverständlich können die eheschutzrichterlichen Anordnungen vom Massnahmegesicht

aber gegebenenfalls rückwirkend per Einreichung des Massnahmebegehrens abgeändert werden (vgl. zum Ganzen auch ZOGG, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra 2018 S. 47 ff., S. 58). Als unrichtig erweist sich deshalb die von der Beschwerdeführerin wiederholt geäusserte Rechtsauffassung, der Eheschutzentscheid des Bezirksgerichtes Aarau wirke – wenn er denn erlassen worden sei – nicht über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens hinaus (vgl. act. 2 E. II./B. Ziff. 3 und Ziff. 10).

Nach der Praxis der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie des früheren Kassationsgerichts resultiert aus dieser zeitlichen Zuständigkeitsspaltung indes eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis des Eheschutzrichters in tatsächlicher Hinsicht. Danach darf der Eheschutzrichter bei einer Entscheidung nach Rechtshängigkeit der Scheidung nur noch Tatsachen berücksichtigen, die bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung entstanden sind bzw. sich bereits vorher verwirklicht haben (vgl. dazu OGer ZH LE170039 vom 14. März 2018 E. II.3.1.; OGer ZH LE140026 vom 14. November 2014, E. 4.2.; ZR 101 [2002] Nr. 25; ZR 82 [1983] Nr. 3). Der Eheschutzrichter hat nach dem Gesagten zu entscheiden, wie er es unmittelbar vor Anhängigmachung der Scheidungsklage getan hätte, mit der Folge dass der Eheschutzentscheid im Rahmen seiner Rechtskraft für den Massnahmerichter verbindlich ist (vgl. OGer ZH, LY190045 vom 15. Juli 2020, E. 4.c); ZOGG, a.a.O., S. 57, m.w.H.).

Eheschutzentscheiden kommt jedoch nur beschränkte materielle Rechtskraft zu. Sie können aufgehoben bzw. angepasst werden, wenn sich die massgeblichen Verhältnisse seit dem entscheiderelevanten Zeitpunkt wesentlich und dauerhaft verändert haben (Art. 179 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO). Eine Abänderung kommt sodann in Betracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem jeweiligen Entscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Gericht erhebliche Tatsachen nicht bekannt gewesen sind. Solange ein Eheschutz- oder Massnahmeentscheid aber nicht abgeändert wird, ist er im Rahmen seiner Geltungsdauer endgültig (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.1 und 3.3.4, OGer ZH LY180022 vom 22. August 2018).

3.3 Ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn ein eigentlicher *Kompetenzkonflikt* zwischen dem Eheschutzgericht und dem Scheidungsgericht besteht, was regelmässig dann der Fall ist, wenn – wie vorliegend – im hängigen Scheidungsverfahren vor Fällung des Eheschutz- bzw. Abänderungsentscheides ein Massnahmegesuch über dieselben Punkte gestellt wird, hat das Bundesgericht bis anhin – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden. Die entscheidende Kammer hat kürzlich in einem ähnlich gelagerten Fall erwogen, die vorstehend aufgezeigte Zuständigkeitsabgrenzung habe auch im Falle eines Kompetenzkonfliktes zwischen dem Eheschutzgericht und dem Scheidungsgericht (als Massnahmegesuchgericht) zu gelten (vgl. OGer ZH, LY190045 vom 15. Juli 2020, E. 4.a) ff.). Diesem Entscheid der Kammer lag die Rechtsauffassung zugrunde, dass es sich beim Massnahmegesuch während eines noch pendenten Eheschutzverfahrens über dieselben Punkte um ein *Gesuch um Abänderung* des vorangegangenen bzw. noch ergehenden Eheschutzentscheides handelt und nicht etwa – wie etwa nach der davon abweichenden Rechtsauffassung der I. Zivilkammer (vgl. LE170039 vom 14. März 2018) – um ein originäres Gesuch. Ein Abänderungsentscheid könne – so hat die entscheidende Kammer dannzumal erwogen – vom Massnahmerichter nur dann korrekt gefällt werden, wenn er den abzuändernden Entscheid kenne, habe sich der Abänderungsentscheid doch trotz der bloss beschränkten materiellen Rechtskraft von Eheschutzentscheiden grundsätzlich an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren. Solange der abzuändernde (Eheschutz-)Entscheid nicht vorliege, könne der Massnahmerichter jedoch nicht beurteilen, ob sich die Umstände seit der Ausfällung des Eheschutzentscheides derart verändert hätten, dass sich eine Abänderung desselben rechtfertige. Aus diesen Gründen sei das Massnahmeverfahren bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Eheschutzentscheides zu sistieren (vgl. OGer ZH, LY190045 vom 15. Juli 2020, E. 4.a) ff. und 5.b)).

Es besteht vorliegend kein Anlass, von dieser Rechtsauffassung, die auch in der Literatur Zustimmung gefunden hat (vgl. ZOGG, a.a.O., S. 58; HURNI, "Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Eheschutz- und Scheidungsgericht" in: AJP 6/2021, S. 711 ff., S. 713), abzuweichen. Zwar liegt hier – anders als im vorstehend erwähnten Entscheid (LY190045), wo im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches

um vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren bereits ein rechtskräftiger Eheschutzentscheid sowie ein noch nicht rechtskräftiger (weil mit Rechtsmittel angefochtener) Entscheid betreffend Abänderung dieses Eheschutzentscheides ergangen waren – noch überhaupt kein Entscheid des Eheschutzrichters vor. Doch kann dies nicht das ausschlaggebende Kriterium dafür sein, ob der Massnahmerichter bei seinem Entscheid der (beschränkten) materiellen Rechtskraft des Eheschutzentscheides ebenso wie den diesem zugrundeliegenden Wertungen Rechnung zu tragen hat (er den noch zu erlassenden Eheschutzentscheid also "bloss" abändern darf), oder er das Massnahmegesuch vor dem Vorliegen eines rechtskräftigen Eheschutzentscheides als originäres Gesuch zu behandeln hat. Zudem wird vorliegend der Eheschutzentscheid des Bezirksgerichtes Aarau in absehbarer Zeit ergehen: Die mündliche Eheschutzverhandlung hat gemäss den beigezogenen Akten des Eheschutzverfahrens (vgl. act. 8/5) am 17. Juni 2021 stattgefunden, somit ist das Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Aarau – im Gegensatz zum Massnahmeverfahren vor der Vorinstanz – bereits relativ weit fortgeschritten und es wäre damit zu rechnen, dass der Eheschutzentscheid selbst bei Aufhebung der verfügten Sistierung noch vor einem Massnahmeentscheid durch die Vorinstanz erginge und alsdann vom Massnahmegericht zu beachten wäre. Insbesondere macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass sich die massgeblichen Verhältnisse seit Rechtshängigkeit der Scheidung (18. Dezember 2020) dermassen verändert hätten, dass (wegen der Beschränkung der Überprüfungsbefugnis des Eheschutzrichters in tatsächlicher Hinsicht nach Rechtshängigkeit der Scheidung) ohnehin eine vollständige Neuurteilung der Unterhaltsbeiträge erforderlich sein werde, und dafür finden sich schliesslich auch in den Akten keinerlei Anhaltspunkte.

Unter diesen Umständen erscheint die von der Vorinstanz verfügte Sistierung des Massnahmeverfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Eheschutzentscheides auch in der vorliegend zu beurteilenden Konstellation erforderlich bzw. zweckmässig.

3.4 Als gerechtfertigt erscheint die Sistierung des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen schliesslich ebenso hinsichtlich der von der Beschwerdeführe-

rin gleichzeitig gestellten Auskunftsbegehren (act. 5/21 S. 2, Anträge Nrn. 3.1–3.2): Die Beschwerdeführerin stützt ihre Auskunftsbegehren auf den materiellen Anspruch der Ehegatten auf Auskunft gemäss Art. 170 Abs. 2 ZGB und macht diesen als vorsorgliche Massnahme im Rahmen des Scheidungsverfahrens geltend (vgl. act. 5/21 S. 11 Ziff. 2.1–2.2). Damit macht sie ihren Auskunftsanspruch vorfrageweise mit Blick auf ihre unterhaltsrechtlichen Ansprüche geltend. Nachdem ihre unterhaltsrechtlichen Ansprüche gemäss den vorstehenden Erwägungen vom Scheidungsgericht als Massnahmegericht zurzeit jedoch (noch) nicht beurteilt werden können, besteht auch keine Dringlichkeit oder Notwendigkeit zur Voraburteilung der Auskunftsbegehren der Beschwerdeführerin. Damit ist die durch die Vorinstanz verfügte Sistierung auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

3.5 Zusammenfassend erweist sich in der vorliegenden Konstellation eine Sistierung (auch) des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen als zweckmässig, weshalb der Sistierungsentscheid der Vorinstanz vom 23. Februar 2021 im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Dementsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

3.6 Anzumerken bleibt der Vollständigkeit halber das Folgende:

Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz geltend macht, indem diese aktenwidrig festgehalten habe, noch keine der Parteien habe konkrete Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen gestellt (vgl. act. 4 S. 2, letzter Absatz), ist ihr beizupflichten. Denn diese Feststellung ist zwar mit Bezug auf das Gesuch des Beschwerdegegners um Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Vorinstanz richtig, nicht jedoch mit Bezug auf die Beschwerdeführerin. Letztere hat in ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 19. Februar 2021 (act. 5/21) – anders als der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 12. Februar 2021 (act. 5/20) – sehr wohl konkrete und auch bezifferte Anträge gestellt. Jedoch ändert der Umstand, dass die Beschwerdeführerin entgegen den Erwägungen der Vorinstanz im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen bereits Anträge gestellt hatte, nichts an der Zweckmässigkeit einer Sistierung im vorliegenden Fall, verlangt die Be-

schwerdeführerin damit doch ebenfalls die Festsetzung von Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträgen sowie die Erteilung von Auskunft durch den Beschwerdegegner (vgl. act. 5/21 S. 2) und nicht etwa die Anordnung anderweitiger vorsorglicher Massnahmen.

Nicht ersichtlich ist demgegenüber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz, indem diese auf eine vorgängige Zustellung der Stellungnahme(n) des Beschwerdegegners vom 12. Februar 2021 (act. 5/20) und vom 22. Februar 2021 (act. 5/25) an die Beschwerdeführerin verzichtet hat. In beiden Stellungnahmen hat sich der Beschwerdegegner nämlich (entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin selbst, act. 5/11) *gegen* eine Sistierung des Scheidungsverfahrens zugunsten des Eheschutzverfahrens ausgesprochen und selbst das Ansetzen einer Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen durch die Vorinstanz anbegehrt. Zur von der Vorinstanz in der Folge verfügten und hier strittigen Sistierung des Verfahrens betreffend vorsorglicher Massnahmen im Rahmen des Scheidungsverfahrens hat sich der Beschwerdegegner vorgängig ebenso wenig wie die Beschwerdeführerin äussern können. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin (und des Beschwerdegegners) ist somit vielmehr darin zu erblicken, dass die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen den Parteien das Recht zur vorgängigen Äusserung zur beabsichtigten Sistierung (auch) des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen abgeschnitten hat. Dies wird von der Beschwerdeführerin aber erstens nicht moniert und zweitens stellte eine Rückweisung der Sache aufgrund dieser Gehörsverletzung an die Vorinstanz (wie von der Beschwerdeführerin eventualiter beantragt, vgl. act. 2 Antrag Nr. 3) einen zu vermeidenden formalistischen Leerlauf dar, ist doch davon auszugehen, dass die Vorinstanz über die hier strittige Frage der Sistierung des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren nach den vorstehenden Erwägungen (E. III./3.1 –3.5) wieder gleich entscheiden würde. Damit bleibt es bei einer Abweisung der Beschwerde.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege)

1. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

2. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen: Der Beschwerdeführerin nicht zufolge ihres Unterliegens im Beschwerdeverfahren, dem Beschwerdegegner nicht, weil ihm im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

3.1 Die Beschwerdeführerin hat um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ersucht (act. 2 S. 2, Antrag Nr. 1).

3.2 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und zusätzlich dazu ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Zu betonen ist, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) fließende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8; BGer 5A_315/2016 vom 7. Februar 2017, E. 11). Einem bedürftigen Ehegatten kann die unentgeltliche Rechtspflege somit nur dann bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht dazu in der Lage ist, ihm einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin als bundesgerichtliche Rechtsprechung unterstellt (vgl. act. 2 Rz 22), hat das Gericht, das einer Partei einen Prozesskostenvorschuss zuspricht, dieser Partei nicht im selben Entscheid für den Fall der Uneinbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses auch noch die unentgeltliche Rechtspflege zu ge-

währen (BGer 5A_497/2018 vom 26. September 2018, E. 3.3.4). Der von der Beschwerdeführerin angeführte Art. 122 Abs. 2 ZPO und die von ihr zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. act. 2 Rz 22) bezieht sich denn auch lediglich auf eine der unentgeltlich prozessierenden Partei zugesprochene *Parteientschädigung*.

3.3 Die Beschwerdeführerin hat vorliegend auf das Stellen eines Antrages auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner verzichtet. Sie begründet dies damit, dass ihr die aktuelle Einkommens- und Vermögenssituation des Beschwerdegegners nicht abschliessend bekannt sei, sie jedoch davon ausgehe, dass der Beschwerdegegner nicht in der Lage oder jedenfalls nicht willens sei, der Beschwerdeführerin einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Ausserdem – so die Beschwerdeführerin weiter – wäre ein solches Gesuch bei der Vorinstanz zu stellen, die besonders auf Verfahrenseffizienz ausgerichtet zu sein scheine (act. 2 Rz 22). Für ihre eigene Mittellosigkeit verweist die Beschwerdeführerin pauschal auf ihr Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vor Vorinstanz inkl. Beilagen und macht geltend, ihr Lohn werde bis auf ihr betriebsrechtliches Existenzminimum von Fr. 3'707.– gepfändet und ihr zivilprozessualer Notbedarf (inkl. Kind D. _____) belaufe sich insgesamt auf Fr. 4'990.– (act. 2 Rz 23).

3.4 Vorab ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin zulässigerweise auf das Stellen eines Antrages auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner für das vorliegende Beschwerdeverfahren verzichtet hat, denn entgegen ihrer Rechtauffassung (vgl. act. 2 Rz 22) wäre ein solches für das *Beschwerdeverfahren* neu und sehr wohl bei der Kammer als Beschwerdeinstanz und nicht etwa bei der Vorinstanz zu stellen gewesen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach ausnahmsweise auf einen Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Auf diese Weise kann das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen, womit sichergestellt ist, dass die Beurteilung, ob ein Vorschuss zu leisten ist, nicht der (antizipierten) Beurteilung durch die Partei überlassen wird. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt.

Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1 mit diversen weiteren Verweisen). Die sehr pauschal gehaltene Begründung der Beschwerdeführerin für den Verzicht auf Beantragung eines Prozesskostenvorschusses vom Beschwerdegegner vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen. So spielt es insbesondere keine Rolle, ob der Beschwerdegegner willens ist oder nicht, der Beschwerdeführerin einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Entscheidend ist, ob der Beschwerdegegner dazu finanziell in der Lage ist. Zu den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdegegners hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege indes keinerlei Ausführungen gemacht unter Hinweis darauf, die aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdegegners seien nicht abschliessend bekannt (act. 2 Rz 22). Die aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdegegners mögen vorliegend zwar tatsächlich nicht abschliessend bekannt sein, doch liegen über diese in den vorinstanzlichen Akten immerhin fünfzehn vom Beschwerdegegner eingereichte Beilagen vor (vgl. act. 5/8/2–16). Darunter befinden sich unter anderem der aktuell gültige Arbeitsvertrag, die Lohnausweise für die Jahre 2018 und 2019, die Lohnabrechnungen des Jahres 2020 (ausser jene für den Monat Juli 2020), die Steuererklärung 2018 sowie diverse Belege über die Lebenshaltungskosten des Beschwerdegegners. Die Doppel davon (act. 5/8/2–16) wurden der Beschwerdeführerin am 20. Januar 2021 zugestellt (vgl. act. 16). Unter diesen Umständen durfte sich die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht einfach mit der pauschalen Behauptung begnügen, es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht in der Lage sei. Denn etwa aus dem Lohnausweis des Beschwerdegegners für das Jahr 2019 ist ersichtlich, dass er dannzumal immerhin ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen (exkl. Kinderzulagen) in der Höhe von Fr. 7'095.– (act. 5/8/5) erzielt hat und sich sein Einkommen auch im Jahr 2020 ungefähr auf demselben Niveau befand (vgl. act. 5/8/9). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Vorinstanz selbst behauptete, der Beschwerdegegner erziele ein Netto-

einkommen von monatlich zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 8'000.– (vgl. act. 21 Rz 1.6). Angesichts dieses Einkommens kann die Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners hinsichtlich eines Prozesskostenvorschusses jedenfalls nicht zum Vornherein verneint werden, zumal der Beschwerdegegnler derzeit nicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdeführerin und an das gemeinsame Kind D._____ verpflichtet ist. Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegnler nach Angaben der Beschwerdeführerin in einem kostensenkenden Konkubinat mit seiner Verlobten lebt, sodass dem Beschwerdegegnler nach Deckung seines zivilprozessualen Notbedarfes jedenfalls noch ein nicht unbedeutender Überschuss verbleiben dürfte.

Unabhängig davon ist es nicht die Aufgabe des ersuchten Gerichtes, in den Rechtsschriften oder in den Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass kein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss besteht (Urteil 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2). Vielmehr hätte es der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin obliegen, entweder dem Gericht substantiiert darzulegen, weshalb sich ihrer Ansicht nach ein Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss zum Vornherein als nicht erfolgreich erweisen würde oder aber sie hätte im Beschwerdeverfahren einen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegnler stellen müssen. Dabei hätte sie nebst ihren eigenen Einkommens- und Vermögensverhältnissen mit Blick auf die eheliche Beistandspflicht auch diejenigen des Beschwerdegegners umfassend darzustellen und möglichst zu belegen gehabt (vgl. Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZGB; Urteile 5A_380/2015 vom 1. Juli 2015 E. 3.2.2, in: SJ 2016 I 128; 5A_36/2013 vom 22. Februar 2013 E. 3.3). Keines von beidem hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin vorliegend getan, und dies obwohl sie selbst Ausführungen zur Subsidiarität des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege im Verhältnis zum Prozesskostenvorschuss durch den anderen Ehegatten machte (act. 2 Rz 21).

Unter diesen Umständen ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege mangels ausreichender Begründung ohne Weiterungen abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 9, an das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen sowie an das Bezirksgericht Aarau (in die Akten SF.2020.11), je gegen Empfangsschein, sowie an die Abteilung Rechnungswesen des Obergerichts des Kantons Zürich (mittels elektronischer Übermittlung).

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

5. 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. 92 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am: