

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE240003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss und Urteil vom 17. Juni 2024

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Bezirksgericht Zürich,

Beschwerdegegner

betreffend **Eheschutz (Rechtsverzögerung)**

**Beschwerde gegen ein Teilurteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 8. April 2024
(EE220240-L)**

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2022 machte B._____, Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren, das vorliegende Eheschutzverfahren beim Beschwerdegegner (fortan Vorinstanz) anhängig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann den Erwägungen des Teilurteils vom 8. April 2024 entnommen werden (Urk. 46 S. 3 f. = Urk. 52 S. 3 f.). Am 8. April 2024 entschied die Vorinstanz (Urk. 52 S. 34 ff.):

- "1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit dem 1. März 2022 getrennt leben.
2. Der Gesuchsgegnerin wird die Zustimmung zur Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder C._____, geboren am tt.mm.2014, und D._____, geboren am tt.mm.2019, nach Mexiko (E._____, F._____) nicht erteilt.
- 3.a) Bis zum definitiven Wegzug der Gesuchsgegnerin nach Mexiko werden die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2014 und D._____, geboren am tt.mm.2019, unter die alternierende Obhut der Parteien gestellt. Der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder befindet sich weiterhin bei der Gesuchsgegnerin.
- b) Ab dem definitiven Wegzug der Gesuchsgegnerin nach Mexiko wird die Obhut über die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2014, und D._____, geboren am tt.mm.2019, dem Gesuchsteller zugeteilt und der gesetzliche Wohnsitz der Kinder befindet sich beim Gesuchsteller.
4. Bis zum definitiven Wegzug der Gesuchsgegnerin nach Mexiko gilt folgende Betreuungsregelung:

Der Gesuchsteller wird für berechtigt und verpflichtet erklärt, die gemeinsamen Kinder C._____ und D._____ jedes zweite Wochenende von Freitag nach Hortschluss bis Dienstagmorgen Schulbeginn zu betreuen.

Die Betreuung während den Frühlingsferien 2024 wird hälftig zwischen den Parteien aufgeteilt. Dem Gesuchsteller kommt das Wahlrecht zu, ob er die erste oder zweite Woche der Frühlingsferien mit den Kindern verbringt.

Die Betreuung während den Sommerferien 2024 wird hälftig zwischen den Parteien aufgeteilt. Der Gesuchsgegnerin kommt das Wahlrecht zu, ob sie die ersten zweieinhalb Wochen oder den Rest der Sommerferien mit den Kindern verbringt.

Den Parteien steht es frei, in gegenseitigem Einverständnis eine von dieser Ziffer abweichende Regelung zu treffen.
5. Über die übrigen von den Parteien gestellten Anträge betreffend das Besuchsrecht, die Kinderunterhaltsbeiträge, die Wohnungszu-

teilung, die Prozesskostenbeiträge bzw. die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird nach Rechtskraft des vorliegenden Teilurteils entschieden.

6. (Schriftliche Mitteilung)

7. (Rechtsmittel: Berufung, Frist: 10 Tage)"

1.2. Gegen die Dispositiv-Ziffern 2 und 3.b dieses Entscheids erhob die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 18. April 2024 Berufung. Das Verfahren wurde unter der Geschäftsnummer LE240016-O angelegt. Gleichzeitig erhob sie eine Rechtsverzögerungsbeschwerde mit dem Antrag (Urk. 51 S. 2 Antrag Ziff. 4):

"Ziffer 5 des Urteils der Vorinstanz sei aufzuheben und sie sei anzuweisen, unverzüglich über das Gesuch um Prozesskostenvorschuss und Zahlungen von Unterhaltsbeiträgen des Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin ab Beginn und für die Dauer des Eheschutzverfahrens zu entscheiden."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–50). Da sich die Beschwerde – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2.1. Mit der Beschwerde kann Rechtsverzögerung geltend gemacht werden (vgl. Art. 319 lit. c ZPO). Darunter ist die Rechtsverweigerung in formeller Hinsicht zu verstehen, d.h. dass ein (anfechtbarer) Entscheid vom dazu berufenen Gericht nicht gefällt wird, obwohl er gefällt werden könnte. Die Beschwerdeinstanz prüft das Vorliegen einer Rechtsverzögerung mit freier Kognition. Allerdings ist dabei der Gestaltungsspielraum des Gerichts, dem die Verfahrensleitung zusteht, zu berücksichtigen, weshalb eine eigentliche Pflichtverletzung und damit in diesem Sinne eine Rechtsverzögerung nur in klaren Fällen angenommen werden sollte (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 320 N 7 und Art. 319 N 17). Dem Gericht ist eine Rechtsverzögerung dann vorzuwerfen, wenn es ohne ersichtlichen Grund und ohne ausgleichende Aktivität während längerer Perioden untätig geblieben ist. Ob eine Rechtsverzögerung vorliegt, beurteilt sich aber auch

danach, ob die betroffene Partei mit ihrem Verhalten selber zur Verzögerung beigetragen hat (BGer 5A_207/2018 vom 26. Juni 2018, E. 2.1.2, m.w.H.).

2.2. Zum Erlass eines Teilurteils erwog die Vorinstanz, dass die zentrale Frage des Verfahrens sei, ob der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB die Erlaubnis zu erteilen sei, den Aufenthaltsort der beiden gemeinsamen Kinder C._____ und D._____ nach Mexiko zu verlegen. Ausschlaggebend dafür sei vor-derhand die Obhutszuteilung für die beiden Söhne. Von dieser Frage seien alle anderen ebenfalls zu regelnden Folgen des Getrenntlebens wie bspw. die festzusetzenden Unterhaltsbeiträge abhängig. Damit diese belastende Situation für die ganze Familie möglichst schnell geklärt werden könne, sei an diesem Verfahrenspunkt vorerst ein Teilurteil zu erlassen, das einzig die Obhutszuteilung samt Entscheidung über die Bestimmung des Aufenthaltsortes der Kinder sowie die damit einhergehenden Betreuungs- bzw. Besuchsrechtsmodalitäten regle. Auch die Parteien seien mit diesem Vorgehen ausdrücklich einverstanden (Prot. I S. 75). Erst wenn diese Fragen rechtskräftig entschieden seien, mache es Sinn, anhand der konkreten Gegebenheiten über die weiteren Folgen, wie insbesondere die Unterhaltsbeiträge, zu befinden. Ebenfalls bestehe die Hoffnung, dass dieses wegweisende Teilurteil allenfalls die Basis für Vergleichsgespräche betreffend die Unterhaltsbeiträge schaffen könne, sobald feststehe, ob die beiden Söhne zukünftig in der Schweiz oder in Mexiko leben würden (Urk. 52 S. 7).

2.3. Die Gesuchsgegnerin macht mit ihrer Beschwerde geltend, die Vorinstanz halte korrekt fest, dass sich das Verfahren als spruchreif erweise. Trotzdem sei einzig ein Teilentscheid erlassen worden, der sich lediglich mit der Zuteilung der Obhut aufgrund des von ihr geplanten Wegzugs befasse. Zwar sei sie anlässlich der letzten mündlichen Verhandlung im November 2023 damit einverstanden gewesen, dass man versuchen werde, die restlichen, zukünftigen Nebenfolgen der Trennung aufgrund des Wegzugs mit Bezug auf den Unterhalt und die Besuche gütlich zu regeln. Dabei sei vom Gericht auf der einen Seite ein Entscheid bis Ende Jahr, spätestens Januar 2024, in Aussicht gestellt worden. Erfolgt sei er jedoch erst anfangs April 2024. Auf der anderen Seite sei sie nie der Meinung gewesen, dass über den beantragten Prozesskostenvorschuss bzw. die unentgeltliche Prozess-

führung oder den Unterhalt, solange sie in der Schweiz wohne, nicht entschieden werden sollte. Sei das Verfahren mit Bezug auf diese Punkte spruchreif, habe das Gericht zu entscheiden. Es gehe auch nicht an, die Kosten des Unterhalts bei insgesamt guten finanziellen Verhältnissen weiterhin dem Sozialamt aufzubürden. Es türmten sich unverhältnismässige Schulden auf ihrer Seite. Überdies handle es sich vorliegend lediglich um eine Berechnungsfrage. Die wesentlichen Unterlagen lägen bereits in den Akten (ansonsten das Verfahren ja nicht spruchreif wäre). Dazu komme, dass je grösser sich der Schuldenberg türme, desto weniger Verhandlungsspielraum verbleibe. Über den Prozesskostenvorschuss zu entscheiden hätte darüber hinaus keinen grossen Aufwand bedeutet, welcher das Verfahren weiter verzögert hätte (Urk. 51 S. 5 und S. 11).

2.4. Aus dem Protokoll der Vorinstanz zur Verhandlung vom 14. November 2023 ergibt sich, dass am Ende über den Umfang des Entscheids diskutiert wurde. Dabei hielt die Vorinstanz in einer Protokollnotiz fest, dass sich beide Parteien damit einverstanden erklärten, dass vorerst nur ein Teilurteil über den Umzugswunsch der Gesuchsgegnerin mit den Kindern bzw. über die Obhutsfrage erlassen werde. So seien die Parteien wie auch das Gericht der Auffassung, dass nach Rechtskraft dieses Teilurteils allenfalls Vergleichsgespräche möglich seien, wenn diese zentrale Frage einmal abschliessend geregelt sei (Prot. I S. 75).

Gerichtsprotokolle sind öffentliche Urkunden und geniessen daher öffentlichen Glauben. Dem ordnungsgemäss erstellten Protokoll kommt positive und negative Beweiskraft zu, die darin beurkundeten Vorgänge und Inhalte gelten als geschehen, die nicht beurkundeten als unterlassen. Es besteht eine Vermutung der Richtigkeit des Protokollinhaltes (BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 4). Soweit die Gesuchsgegnerin daher geltend macht, sie sei nie damit einverstanden gewesen, dass über die rückwirkenden Unterhaltszahlungen und den Prozesskostenvorschuss bzw. die unentgeltliche Rechtspflege erst nach Eintritt der Rechtskraft des Teilurteils entschieden werde, steht dies im Widerspruch zum Protokolleintrag. Sie hätte daher nach Kenntnisnahme des angeblichen Fehlers bei der Vorinstanz ein Protokollberichtigungsbegehren stellen müssen (KUKO ZPO-Richers/Naegeli, Art. 235 N 14 m.w.H. und N 16 f.). Dass sie ein solches Begehren gestellt hätte,

macht sie weder geltend, noch lässt sich dies den vorinstanzlichen Akten entnehmen. Es ist daher davon auszugehen, dass, wie im Protokoll festgehalten, die Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz am 14. November 2023 ihr Einverständnis zum Erlass eines Teilurteils betreffend die Wegzugsfrage und die Obhut sowie Vergleichsbereitschaft betreffend die übrigen Verfahrenspunkte erklärte.

Keine Stütze in den Akten findet die Behauptung der Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz habe ein Urteil bis Ende 2023, spätestens Januar 2024 in Aussicht gestellt. Selbst wenn dem so wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Gesuchsgegnerin auch nicht behauptet, dass sie nach diesem Zeitpunkt ihr Einverständnis zum Erlass eines Teilurteils über die Wegzugs-/Obhutsfrage widerrufen hätte, und hiervon musste die Vorinstanz auch nicht ausgehen. Vielmehr ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten, dass sich die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 28. März 2024 danach erkundigte, wann mit der Zustellung des Entscheids gerechnet werden könne (Urk. 41).

Aufgrund des Einverständnisses der Gesuchsgegnerin mit dem vorinstanzlichen Vorgehen, welches auch nicht widerrufen wurde, liegt somit ein Grund für die Untätigkeit der Vorinstanz betreffend den Erlass eines Entscheides über den rückwirkenden Unterhalt sowie den Prozesskostenvorschuss bzw. die unentgeltliche Rechtspflege vor. Eine Rechtsverzögerung kann ihr nicht vorgeworfen werden.

Im Übrigen wäre das Vorgehen der Vorinstanz auch ohne Zustimmung der Parteien nicht zu beanstanden. Grundsätzlich ist ein Entscheid als Einheit zu fällen und es besteht kein Anspruch auf Erlass eines Teilurteils. Da die Wohnungszuteilung, die Besuchsrechtsregelung sowie die Unterhaltsbeiträge nach dem Umzug der Gesuchsgegnerin nach Mexiko jedoch davon abhängen, ob ihr erlaubt wird, die beiden Kinder mitzunehmen, erscheint es sinnvoll, über letzteres vorab zu entscheiden, zumal Mexiko dem Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ; SR 0.211.231.011) nicht untersteht (<https://assets.hcch.net/docs/0be01db3-5a0d-4400-a0af-8f14c94947f5.pdf>; besucht am 15. Mai 2024) und somit auch keine Gefahr eines Kompetenzverlustes der schweizerischen Gerichte besteht. Die rasche Klärung der Wegzugsfrage liegt im Interesse der Kinder. Hingegen bestand kein Bedarf, auch bereits über weitere Prozessgegenstände zu entscheiden. Entgegen

der Ansicht der Gesuchsgegnerin handelt es sich beim Unterhalt auch nicht bloss um eine Berechnungsfrage bzw. kann sich diese durchaus kompliziert und aufwändig gestalten, was zu einer noch längeren Wartezeit geführt hätte. Dies wäre weder im Interesse der Kinder noch der Parteien gewesen.

Zusammenfassend liegt somit keine Rechtsverzögerung durch die Vorinstanz vor und die Beschwerde der Gesuchsgegnerin ist abzuweisen.

3.1. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 500.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Gesuchsgegnerin ersucht um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 51 S. 3). Aufgrund der gleichzeitigen Erhebung der Rechtsverzögerungsbeschwerde in derselben Rechtsschrift (Urk. 51) ist davon auszugehen, dass diese Anträge auch für das Beschwerdeverfahren gelten. Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch die Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege setzen voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO; vgl. *OGer ZH PC170032 vom 24.11.2017, E. IV. 3*). Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, ist die Beschwerde der Gesuchsgegnerin jedoch als von vornherein aussichtslos anzusehen, weshalb ihre Anträge abzuweisen sind.

3.3. Parteientschädigungen sind für das Beschwerdeverfahren keine zuzusprechen, der Gesuchsgegnerin zufolge ihres Unterliegens, dem Beschwerdegegner mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde der Gesuchsgegnerin wird abgewiesen.
2. Der Antrag der Gesuchsgegnerin, der Gesuchsteller sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.– für das Beschwerdeverfahren zu verpflichten, wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens und an die Vorinstanz, an den Gesuchsteller und die Vorinstanz je unter Beilage einer Kopie von Urk. 51, 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 innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde 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, 17. Juni 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Paszehr

versandt am:
ip