

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220062-O

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC220059-O

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Meli

Beschluss vom 16. August 2023

in Sachen

A._____,

Kläger, Berufungskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____,

substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 8. Dezember 2022**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten im Jahr 2014 in C._____ [Stadt], Deutschland; sie haben zwei Kinder, D._____, geboren am tt.mm.2010, und E._____, geboren am tt.mm.2014. Mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 14. Juli 2020 wurden die Kinder unter die Obhut der Beklagten, Berufungsbeklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) gestellt und dem Kläger, Berufungskläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) ein regelmässiger persönlicher Verkehr eingeräumt. Am 15. September 2021 reichte der Kläger die Scheidungsklage ein und beantragte unter anderem den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 5/1). Im Übrigen kann hinsichtlich der Prozessgeschichte auf die vorinstanzliche Verfügung verwiesen werden (Urk. 2 S. 5 f.). Diese erging am 8. Dezember 2022 (Urk. 2 = Urk. 5/78). Mit Dispositiv-Ziffer 2 dieser Verfügung erteilte die Vorinstanz der Beklagten das Recht zur Verlegung des Wohnsitzes der Kinder nach C._____, Deutschland (Urk. 2 S. 25, Dispositiv-Ziffer 2).

2. Dagegen ersuchte der Kläger um – vorab superprovisorische – Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Berufungsverfahren LY220060-O = Urk. 7/1-13). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2022 wurde die Vollstreckbarkeit von Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung einstweilen aufgeschoben, der Beklagten Frist zur Stellungnahme und dem Kläger Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 1'000.– angesetzt (Urk. 7/8). Der Gerichtskostenvorschuss ging am 20. Dezember 2022 ein (Urk. 7/9). In der Folge hiess die Kammer das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 3. Januar 2023 gut (Urk. 7/12).

3. Am 21. Dezember 2022 reichte der Kläger Berufung gegen die angefochtene vorinstanzliche Verfügung vom 8. Dezember 2022 ein (Urk. 1). Gleichentags erhob er auch Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung betreffend Abweisung der Einsetzung einer Kindsvertretung (Beschwerdeverfahren PC220059-O = Urk. 20/1-16). In beiden Verfahren wurde dem Kläger jeweils mit Verfügung vom 6. Januar 2023 Frist zur Leistung eines Gerichtskos-

tenvorschusses von Fr. 4'500.– (für das Berufungsverfahren, Urk. 8) respektive Fr. 1'200.– (für das Beschwerdeverfahren, Urk. 20/6) angesetzt, welche jeweils rechtzeitig geleistet wurden (Urk. 9; Urk. 20/7). Anschliessend wurde der Beklagten jeweils mit Verfügung vom 1. März 2023 Frist zur Berufungs- bzw. Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 12; Urk. 20/10). Die Berufungs- und Beschwerdeantwort gingen fristgerecht ein (Urk. 13; Urk. 20/11).

3. Die Parteien wurden mit Verfügung vom 10. Mai 2023 zur Vergleichsverhandlung auf den 5. Juni 2023 vorgeladen (Urk. 14). In beiden Verfahren wurde dem Kläger jeweils mit Verfügung vom 24. Mai 2023 die Berufungs- und die Beschwerdeantwort zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15; Urk. 20/12). Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 5. Juni 2023 konnte keine Einigung erzielt werden. Die Parteien erklärten jedoch, dass sie eine umfassende Scheidungskonvention abschliessen möchten und zu diesem Zweck aussergerichtliche Vergleichsgespräche führen wollten (Prot. II. S. 7). Mit Schreiben vom 28. Juli 2023 reichten die Parteien eine umfassende Scheidungskonvention ein und beantragten, das Berufungs- sowie das Beschwerdeverfahren als durch Vergleich erledigt abzuschreiben (Urk. 16 S. 2; Urk. 17 S. 11, Rz. 52). Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 5/1-78) wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Im vorliegenden Verfahren wie auch im Beschwerdeverfahren PC220059-O stehen sich dieselben Parteien in derselben Rechtssache (vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren) gegenüber. Gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO ist das Beschwerdeverfahren PC220059-O mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer LY220062-O weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Verfahrens PC220059-O sind als Urk. 20/1-16) zu den Akten des vorliegenden Prozesses zu nehmen.

2. Vorsorglich für die Dauer eines hängigen Scheidungsverfahrens angeordnete Unterhaltsbeiträge haben ihre materielle Grundlage im Eherecht (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und wirken für die Dauer des Prozesses, solange sie nicht abgeändert werden, so dass das Scheidungsurteil nicht rückwirkend auf diese Mas-

snahmen zurückkommen kann (BGE 145 III 36 E. 2.4; BGE 142 III 193 E. 5.3; BGE 141 III 376 E. 3.3.4; je mit Hinweisen). Entsprechend wird ein im Zeitpunkt des Scheidungsurteils hängiges Gesuch um Anordnung oder Abänderung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge nicht einfach gegenstandslos, sondern muss vom Scheidungsgericht als Massnahmegericht zwingend beurteilt werden, wenn und soweit damit Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor Rechtskraft im Scheidungspunkt betroffen sind (BGer 5A_80/2014 vom 16. April 2015, E.3.3).

3. Die Parteien vereinbarten mit Trennungsvereinbarung vom 13. Juli 2020 (Urk. 5/53/102), welche mit dem Eheschutzurteil vom 14. Juli 2020 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen genehmigt wurde (Urk. 5/53/104), dass der Kläger monatliche Unterhaltszahlungen für den gemeinsamen Sohn D._____ von Fr. 3'000.–, für die gemeinsame Tochter E._____ von Fr. 2'900.– sowie an die Beklagte persönlich von Fr. 3'600.– bezahlt (Urk. 5/53/104 S. 5). Weiter wurde – wie bereits erwähnt - die Obhut über die Kinder der Beklagten zugeteilt (Urk. 5/53/104 S. 3 und 6) und dem Kläger ein regelmässiges Besuchsrecht eingeräumt (Urk. 5/53/104 S. 4).

4. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Bewilligung zur Verlegung des Wohnsitzes der Kinder nach C._____, Deutschland, sowie die damit zusammenhängenden Unterhaltsbeiträge. Gemäss Scheidungsvereinbarung vom 21. bzw. 24. Juli 2023 wollen die Parteien die obergerichtlichen Rechtsmittelverfahren wie auch das Scheidungsverfahren gütlich beilegen (Urk. 17 S. 11, Rz. 52). Im Rahmen der umfassenden Scheidungsvereinbarung haben die Parteien nunmehr vereinbart, dass der Kläger der Verlegung des Wohnsitzes der Kinder nach C._____ ab August 2024 zustimmt (Urk. 17 S. 3, Rz. 12). Der Entscheid über die Genehmigung dieser Scheidungsvereinbarung ist dem ordentlichen Scheidungsgericht zu überlassen. Da ein Wegzug erst per August 2024 beantragt wird, eine umfassende Scheidungskonvention vorliegt und folglich zeitnah mit dem Scheidungsurteil zu rechnen ist, besteht kein Interesse mehr an einer vorsorglichen Wegzugsbewilligung. Das Massnahmeverfahren ist daher diesbezüglich abzuschreiben und Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung ersatzlos aufzuheben.

Gleiches gilt für Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung, mit der die Vorinstanz den persönlichen Kontakt zwischen dem Kläger und den Kindern ab Begründung des Wohnsitzes in C._____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens regelt. Der Wohnsitz in C._____ wird erst nach Erlass des Scheidungsurteils begründet werden. Eine Regelung für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist daher nicht mehr erforderlich und Dispositiv-Ziffer 3 ist aufzuheben. Solange die Kinder ihren Wohnsitz in der Schweiz haben und das Scheidungsurteil noch nicht rechtskräftig ist, gilt wie bisher die Regelung des Eheschutzurteils vom 14. Juli 2020. Das Besuchsrecht des Eheschutzentscheids vom 14. Juli 2020 entspricht sodann dem beantragten Besuchsrecht ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum Wechsel des Wohnsitzes der Kinder nach C._____ (vgl. Urk. 17 S. 3 f.).

5. In Abänderung des Eheschutzurteils vom 14. Juli 2020 regelt die Vorinstanz mit den Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge ab Begründung des Wohnsitzes der Beklagten in C._____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens. Dies ergibt sich hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge eindeutig aus dem Dispositiv (vgl. Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 4) und hinsichtlich der Ehegattenunterhaltsbeiträge aus den Erwägungen (Urk. 2 S. 24, E. IV.3.2 und 3.3). Da ein Wegzug erst per August 2024 beantragt wird, eine umfassende Scheidungskonvention vorliegt und daher mit dem Scheidungsurteil vor August 2024 zu rechnen ist, ist das Massnahmeverfahren auch hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge ab Wohnsitzbegründung in C._____ abzuschreiben. Die Unterhaltsbeiträge bei Wohnsitz der Beklagten und der Kinder in der Schweiz wurden durch die Vorinstanz nicht abgeändert und waren damit nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens. Solange die Beklagte und die Kinder ihren Wohnsitz in der Schweiz haben und das Scheidungsurteil noch nicht rechtskräftig ist, gilt wie bisher die Regelung des Eheschutzurteils vom 14. Juli 2020. Die Regelung des Eheschutzurteils entspricht im Übrigen den beantragten Unterhaltsbeiträgen für die Phase ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zur Begründung des Wohnsitzes in C._____ (vgl. Urk. 17 S. 6, Rz. 24 und 26). Folglich muss keine (neue) Unterhaltsregelung für die Zeit vor Rechtskraft im Scheidungspunkt getroffen werden (vgl. E. II/2). Im Ergebnis sind daher Dispositiv-Ziffer 4 und 5 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben.

6. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Anordnung einer Kindesvertretung. Die Parteien haben eine umfassende Scheidungskonvention abgeschlossen und stellen nun den gemeinsamen Antrag auf Genehmigung der Vereinbarung (Urk. 17 S. 2, Rz. 5). Zudem wollen sie die obergerichtlichen Rechtsmittelverfahren gütlich beilegen (Urk. 17 S. 11, Rz. 52). Entsprechend erübrigt sich die Anordnung einer Kindesvertretung. Das Beschwerdeverfahren ist ebenfalls abzuschreiben. Die Regelung der Vorinstanz, wonach über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid befunden werde (Urk. 2 S. 27, Dispositiv-Ziffer 6), blieb unangefochten und ist nicht zu beanstanden. Aufgrund der umfassenden Scheidungskonvention ist es aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt, die erstinstanzlichen Akten bereits heute an die Vorinstanz zurückzusenden.

III.

Die Gerichtsgebühr für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren ist unter Berücksichtigung der durchgeführten Vergleichsverhandlung (Prot. II S. 6 f.) sowie der vergleichsweisen Erledigung des Verfahrens in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Sie ist den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen (Urk. 17 S. 11, Rz. 54). Die Kosten sind mit den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen in den Verfahren LY220060-O, LY220062-O und PC220059-O zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'500.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Infolge gegenseitigen Verzichts sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Urk. 17 S. 11, Rz. 54).

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. PC220059-O wird mit dem vorliegende Berufungsverfahren vereinigt und unter und der Geschäfts-Nr. LY220062-O weitergeführt.
2. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. PC220059-O wird als dadurch erledigt abgeschlossen.

Es wird weiter beschlossen:

1. Die Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4 und 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 8. Dezember 2022 werden aufgehoben und das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen in den Verfahren LY220060-O, LY220062-O und PC220059-O verrechnet.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

4. Es werden für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen mit Versand dieses Beschlusses 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Zürich, 16. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Meli

versandt am:
st