

# ZH\_OBERGERICHT LE150039 vom 7. Dezember 2015

ZH Obergericht, 2015-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE150039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150039)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE150039 du 7 décembre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LE150039 del 7 dicembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe gingen die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, hervor. Mit Eheschutzurteil vom 13. Oktober 2014 wurde festgestellt, dass die Parteien seit dem 4. Juli 2014 getrennt leben. Weiter wurde die Obhut für die Töchter C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin zugeteilt sowie diese für berechtigt erklärt, den Aufenthalt der Töchter bis zum 31. Juli 2015 nach Spanien zu verlegen. Im Weiteren wurde die Vereinbarung der Parteien vom 22. September 2014 genehmigt bzw. vorgemerkt (vgl. Urk. 23/8).

### E. 2

Mit Eingabe vom 30. März 2015 begehrte die Gesuchstellerin die Abänderung des Urteils vom 13. Oktober 2014. Dabei beantragte sie unter anderem (vgl. den obgenannten Wortlaut), sie sei für berechtigt zu erklären, mit den Kindern auf unbestimmte Zeit, eventualiter mindestens bis Juli 2016, in Spanien zu verbleiben. Weiter stellte sie das Begehren um Abänderung des Kontaktrechts zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner (Urk. 1 S. 2). Anlässlich der Verhandlung vom 12. Mai 2015 schloss der Gesuchsgegner auf Abweisung dieser beiden Begehren sowie auf Nichteintreten bezüglich der weiteren Anträge der Gesuchstellerin (Prot. I S. 4 ff.; Urk. 15 S. 1). Für den übrigen Prozessverlauf vor Vorinstanz

- 6 - kann auf deren Urteil verwiesen werden (Urk. 21 E. I). Mit Urteil vom 18. Juni 2015 hiess die Vorinstanz die Begehren der Gesuchstellerin teilweise gut und erklärte die Gesuchstellerin für berechtigt, den Wohnsitz der beiden gemeinsamen Kinder auf unbestimmte Zeit nach Spanien zu verlegen, und änderte das Kontaktrecht zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner im eingangs wiedergegebenen Sinn ab (Urk. 21 Dispositivziffern 1 und 2).

### E. 3

Nachdem die Gesuchstellerin – wie bereits bei der Vorinstanz – lediglich mit der Adresse "Spanien" im Rubrum vermerkt war, wurde dieses im Beschluss vom 27. Oktober 2015 mit ihrer sich aus den Akten ergebenden Adresse vervollständigt. In ihrer Eingabe vom 9. November 2015 sprach die Gesuchstellerin ihr Unverständnis darüber aus. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren habe sie darum ersucht, ihren Aufenthaltsort geheim zu halten (Urk. 49). Dem ist zu entgegnen, dass die Gesuchstellerin weder im Berufungsverfahren noch im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um Nichtbekanntgabe ihrer aktuellen Adresse gestellt hat. Auch wurde keine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts des Gesuchsgegners beantragt. Im Eheschutzverfahren EE140228-L wurde die Adresse der Gesuchstellerin nicht im Rubrum aufgezeigt, sondern festgehalten, dass die Adresse dem Gericht bekannt sei (vgl. Rubrum Prot. EE140228). Vor diesem Hintergrund erschien es

nicht angezeigt, das Rubrum bezüglich der Adresse der Gesuchstellerin unvollständig zu belassen. Dies umso weniger, als sich ihre aktuelle Adresse ohne Weiteres aus den Akten ergibt (Urk. 14/3, 14/8 und 29/5).

### **E. 3.1**

Gestützt auf die Ermächtigung durch das Eheschutzgericht (Urk. 23/3 Dispositivziffer 3) zog die Gesuchstellerin im Juli 2014 mit den beiden Töchtern, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, nach Spanien und schulte die Kinder dort ein. Die Kinder besuchten zunächst die Sommerschule und hernach den ordentlichen Unterricht

- 11 - (Urk. 21 S. 4 in EE140228). Der Aufenthalt in Spanien war für die Dauer eines Jahres (bis Ende Juli 2015) geplant. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder bereits mit dem Umzug nach Spanien verschoben hatte, da die Aufenthaltsbegründung in Spanien mit Besuch der dortigen Schulen auf längere Dauer (ein Jahr) mit einhergehender sozialer Integration der Töchter ausgerichtet war. Die Einschulung stellt dabei ein starkes Indiz für die Ablösung des schweizerischen Lebensmittelpunktes durch den spanischen dar. Im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens hielten sich die Kinder schliesslich bereits seit acht Monaten in Spanien auf. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre aufgrund der überwiegenden tatsächlichen Anwesenheit und Verbundenheit der Lebensmittelpunkt der Kinder spätestens zu jenem Zeitpunkt in Spanien gelegen gewesen. Die Kinder haben die Sprache erlernt und sich anscheinend gut integriert (vgl. die Schulzeugnisse und Beurteilungen der Kinder in Urk. 3/4 und 9/1-2). Der Umstand, dass der Aufenthalt der Kinder in Spanien bis 31. Juli 2015 befristet war, vermag an der Begründung des Lebensmittelpunktes in Spanien nichts zu ändern, da auch ein befristeter geplanter Aufenthalt eines Kindes gegebenenfalls als gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne von Art. 5 HKsÜ qualifiziert werden kann (OG ZH LE130061 vom 15. April 2014 E. III/B.a.2.5; Jametti Greiner, in: Fam-Kommentar Scheidung, Band II, 2. Auflage 2011, Anh. IPR S. 649 N. 116). Wesentlich ist die tatsächlich gelebte Situation. Folglich hatten die Kinder im Zeitpunkt der Einleitung des vorliegenden Verfahrens ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 HKsÜ bereits nach Spanien verlegt. Davon geht im Übrigen auch die Gesuchstellerin aus (vgl. Urk. 49 sowie Urk. 1 S. 3). Der Gesuchgegner liess sich dazu, wie bereits ausgeführt (vgl. E. I/3), nicht vernehmen.

### **E. 3.2**

Nach dem Gesagten ist die Zuständigkeit zur Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr auf die spanischen Behörden übergegangen (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Eine subsidiäre Zuständigkeit in der Schweiz gemäss Art. 6 ff. HKsÜ ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann ohne ein in Spanien anhängiges Verfahren keine einvernehmliche Zuständigkeitsübertragung im Sinne von Art. 8 HKsÜ in Frage kommen. Weiter ist nicht ersichtlich, inwiefern die schweizerischen Gerichte das konkrete und aktuelle Kindeswohl bes-

- 12 - ser beurteilen könnten als die spanischen Behörden und aus diesem Grund ein Übernahmearsuchen im Sinne von Art. 9 HKsÜ zu stellen wäre. Ein Schweizer Gericht kann sich aus der Distanz nicht ohne Weiteres einen umfassenden Einblick in die Lebenssituation der Kinder in Spanien verschaffen und eine konkrete Einzelfallprüfung vornehmen. Auf jeden Fall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die (sachnäheren) spanischen Behörden nicht genauso gut in der Lage wären, die für das Wohl der Kinder

nötigen Massnahmen zu prüfen und allenfalls wirksam zu verfügen. Eine Scheidungszuständigkeit gemäss Art. 10 HKsÜ besteht – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 49 und Urk. 1 S. 3) – schliesslich nicht. Gemäss Art. 10 HKsÜ haben Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaates, in dem eine Klage auf Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe von Eltern eines Kindes hängig ist, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat hat, eine konkurrierende Zuständigkeit für Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes. Diese Zuständigkeit darf jedoch nur unter der Voraussetzung ausgesprochen werden, dass im Vertragsstaat eine Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe beantragt ist, wobei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Eheschutzrichter nicht als Gericht im Sinne von Art. 10 HKsÜ urteilt (vgl. BGer 5A\_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3; BGer 5A\_836/2013 vom 18. März 2014 E. 1; OGer ZH LE130076 vom 23. April 2014 E. D/2; Prager, in: Handkommentar IPRG, 2. Auflage 2012, N. 53 zu Art. 85). Vorliegend handelt es sich aber um ein Eheschutzverfahren. Mit dem Aufenthaltswechsel der Kinder entfiel demzufolge die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Ermächtigung der Gesuchstellerin zu einem Aufenthaltswechsel bzw. der Abänderung der diesbezüglich bestehenden Regelung und zur Abänderung des Kontaktrechts. Daran ändert nichts, dass es die Parteien ihrerseits unterlassen haben, sich auf die Unzuständigkeit zu berufen. Die Berufungsinstanz prüft die Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. vorstehend E. II/2). Zudem ist die Zuständigkeitsordnung gemäss HKsÜ abschliessender Natur und der Parteidisposition entzogen. Die Vorinstanz war nicht zuständig, über den Aufenthalt der Kinder sowie über deren persönlichen Verkehr zum Gesuchsgegner zu entscheiden. Dem angefochtenen Entscheid könnte von einem anderen Vertragsstaat des HKsÜ die Anerkennung ver-

- 13 - sagt werden (Art. 23 Abs. 2 lit. a HKsÜ). Die Vorinstanz hätte auf die entsprechenden Anträge der Gesuchstellerin nicht eintreten dürfen. Dementsprechend sind die Dispositivziffern 1 und 2 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und auf die Abänderungsbegehren mit Bezug auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie auf den persönlichen Verkehr ist nicht einzutreten. B. Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens 1. Die Vorinstanz hat die Entscheidgebür auf Fr. 3'600.– zuzüglich Fr. 206.25 Dolmetscherkosten festgesetzt (Urk. 21 Dispositivziffer 5), was unangefochten blieb (vgl. vorstehend E. II/1). 2. Zur Auferlegung der Prozesskosten erwog die Vorinstanz, dass die Kinderbelange vorliegend fast das gesamte Verfahren ausgemacht hätten. Die Kosten des Verfahrens seien gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Kostenverteilung bei Kinderbelangen den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Urk. 21 E. III/B). Der Anteil des Gesuchsgegners wurde sodann infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 21 Dispositivziffer 6). 3. Der Gesuchsgegner beantragt im Berufungsverfahren die Aufhebung der vorinstanzlichen Kostenfolgen (Urk. 21 S. 2) und die Auferlegung der Kosten gemäss Art. 106 ZPO (Urk. 21 Ziff. 16 S. 17).

#### **E. 4**

Mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 wurde der Gesuchsgegner aufgefordert, sich zum Stand des ausländerrechtlichen Verfahrens zu äussern sowie zur

- 9 - Aktualität seiner der Kammer bekannten Adresse (Urk. 47). Dieser Aufforderung kam er nicht nach. Weil das Verfahren mit heutiger Entscheidung beendet wird und eine materielle Prüfung – wie noch zu zeigen sein wird – unterbleibt, erscheinen weitere Abklärungen zum

ausländerrechtlichen Verfahren nicht nötig. Schliesslich kann, da Adressänderungen während eines laufenden Verfahrens den Gerichten mitzuteilen sind (vgl. Staehelin, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N. 11 zu Art. 138), davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner immer noch an der dem Gericht bekannten Adresse wohnhaft ist und die Zustellungen weiterhin an seinen Rechtsvertreter erfolgen können.

III. A. Internationale Zuständigkeit 1. Die Gesuchstellerin lebt seit Juli 2014 mit den Kindern in Spanien. Damit lag im Zeitpunkt der Anhängigmachung des vorliegenden Verfahrens ein Sachverhalt mit Auslandsbezug und damit ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) vor. Unter Hinweis auf Art. 60 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO ist die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zu prüfen. Die Vorinstanz hat keine Ausführungen zur internationalen Zuständigkeit oder dem anwendbaren Recht gemacht.

2. Bezüglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern bestimmt sich die internationale Zuständigkeit gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 in Verbindung mit Art. 85 Abs. 1 IPRG nach dem Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ, SR 0.211.231.011). Dieses Abkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2009 und für Spanien am 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

- 10 - Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder zum Erlass von Massnahmen zum Schutz des Kindes, welche sich unter anderem auch auf die Regelung des Rechts, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr beziehen können (Art. 3 lit. b HKsÜ), zuständig. Es wird auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und nicht auf dessen Wohnsitz abgestellt. Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt einer Person ist deren "tatsächlicher Mittelpunkt der Lebensführung" bzw. "der Lebensbeziehungen", der "Schwerpunkt der Bindungen", der "Daseinsmittelpunkt" zu verstehen. Dementsprechend kann eine Person in der Regel in einem bestimmten Zeitpunkt nur einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des HKsÜ haben, denn es gibt normalerweise einen einzigen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen. Es kommt auf die qualitativ und quantitativ überwiegende tatsächliche Anwesenheit und Verbundenheit mit einem Aufenthaltsort an, die in der Regel auch von Dritten so wahrgenommen werden. Der gewöhnliche Aufenthalt manifestiert sich in einer gewissen sozialen Eingliederung in familiärer, schulischer oder beruflicher Hinsicht. Weiter bedarf der Aufenthalt einer gewissen Dauer, um als "gewöhnlich" zu gelten. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass ein Aufenthalt von der Dauer von sechs Monaten in der Regel einen gewöhnlichen Aufenthalt begründe. Ein Aufenthalt könne auch ein gewöhnlicher sofort ab dessen Begründung an einem bestimmten Ort werden, wenn er auf Dauer begründet werde und den bisherigen Lebensmittelpunkt ablösen soll (BGer 5A\_665/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 4; Schwander, in: Basler Kommentar IPRG, 3. Auflage 2013, N. 41 ff. zu Art. 85). In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen (BGE 129 III 288 E. 4.1). Wird eine Massnahme von einer unzuständigen Behörde getroffen, kann der angerufene Vertragsstaat dieser Massnahme die Anerkennung versagen (vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. a HKsÜ).

#### **E. 4.1**

Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids wird auf die Kin- derbelange nicht eingetreten. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei, vorlie- gend die Gesuchstellerin, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Damit un- terlag die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren vollumfänglich, weshalb ihr die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens in Abweichung von Dispo- sitivziffer 6 des angefochtenen Entscheids vollumfänglich aufzuerlegen sind.

#### **E. 4.2**

Als Folge der Kostenverteilung hat die Gesuchstellerin den anwaltlich vertre- tenen Gesuchsgegner für seine Aufwendungen im vorinstanzlichen Verfahren zu entschädigen. In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 und Abs. 3 in Verbindung mit § 5 AnwGebV, § 11 Abs. 1 AnwGebV) ist die volle Par-

- 14 - teientschädigung auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8%, ausmachend Fr. 240.–, geschuldet. Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist, wie im Beschluss vom 27. Oktober 2015 festgestellt (vgl. Urk. 47 E. 2.3.3), zu beja- hen. Folglich ist in Anwendung der genannten Bestimmung der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners direkt aus der Gerichtskasse mit Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 240.– Mehrwertsteuer zu entschädigen. Der Anspruch auf diese unerhältliche Parteientschädigung geht auf die Gerichtskasse über, was festzustellen ist. IV. 1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beru- fungsverfahrens zu befinden. 2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von §§ 2 lit. a, c und d sowie 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–. 3. Der Gesuchsgegner beantragt mit der Berufung die Abweisung der Abände- rungsbegehren der Gesuchstellerin. Er obsiegt dabei vollumfänglich. Ausgangs- gemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens damit der Gesuchstellerin auf- zuerlegen, zufolge der ihr mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 gewährten unent- geltlichen Rechtspflege (vgl. Urk. 47) jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Weiter ist sie zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Gesuchsgeg- ner eine volle Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3, 11 Abs. 1 und 2 sowie 13 Abs. 1 und 2) zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, mithin Fr. 3'780.–, zu bezahlen.

- 15 - Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.