

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC120020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz, Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

## Beschluss vom 6. Juli 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (elterliche Sorge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Uster vom 12. April 2012 (FP100053)**

**Rechtsbegehren:**  
(sinngemäss)

Es sei in Abänderung des Scheidungsurteils vom 20. November 2006 die elterliche Sorge über das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2001, neu zu regeln.

**Geändertes Rechtsbegehren (Urk. 63):**

- "1. Ziff. 2 des Scheidungsurteils vom 20. November 2006 sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:  
  
Die aus der Ehe der Gesuchsteller hervorgegangenen Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1990, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1994 werden unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers gestellt. Der Sohn C.\_\_\_\_\_ wird unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
2. Dem Beklagten sei für C.\_\_\_\_\_ ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin an den Unterhalt des Kindes C.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.00 zuzüglich ihm allfällig ausbezahlter gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

Eventualiter:

1. Sollte die elterliche Sorge beim Beklagten verbleiben, so ist Ziff. 3 des Scheidungsurteils durch folgende Fassung zu ersetzen:  
  
Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchsteller angesichts des Alters von D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ auf eine gerichtliche Regelung des sie betreffenden Besuchsrechts verzichten.  
Die Gesuchstellerin wird berechtigt erklärt, das Kind C.\_\_\_\_\_ am zweiten und vierten Wochenende eines jeden Monats jeweils von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen. Sie wird überdies berechtigt erklärt, das Kind C.\_\_\_\_\_ jährlich während drei Wochen zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.  
  
Sollte der Gesuchsteller mit C.\_\_\_\_\_ den Wohnsitz in die F.\_\_\_\_\_ [karibischer Inselstaat] verlegen, wird die Gesuchstellerin für berechtigt erklärt, C.\_\_\_\_\_ dreimal jährlich für drei Wochen zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsteller wird

verpflichtet, die Reisekosten von C.\_\_\_\_\_ von der F.\_\_\_\_\_ in die Schweiz und zurück zu übernehmen.

2. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 20. November 2006 geschieden. Die Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1990, E.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1994, und C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2001, wurden unter die elterliche Sorge des Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) gestellt. Mit Bezug auf D.\_\_\_\_\_ wurde auf eine gerichtliche Regelung des Besuchsrechts verzichtet; hinsichtlich E.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ wurde der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ein begleitetes Besuchsrecht am zweiten und vierten Wochenende jeden Monats (Samstagsmorgen bis Sonntagabend) eingeräumt (Urk. 4).

2. Am 7. September 2010 ging die Abänderungsklage bei der Vorinstanz ein, wobei die Klägerin zunächst das gemeinsame Sorgerecht über C.\_\_\_\_\_ beantragte (Urk. 1, Urk. 7, Prot. I S. 9). Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung stellte die Klägerin in ihrem zweiten Parteivortrag vom 2. März 2011 die obgenannten geänderten Rechtsbegehren (Urk. 63 S. 1 f.). Mit Beschluss vom 3. Mai 2011 genehmigte die I. Zivilkammer die folgende, im Rahmen eines Rekursverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen geschlossene Parteivereinbarung (Urk. 67):

- "1. Der Beklagte verpflichtet sich, den Sohn C.\_\_\_\_\_ bis mindestens 31. Juli 2011 in der Schweiz zu belassen, d.h. nicht vor diesem Datum mit ihm in die F.\_\_\_\_\_ auszureisen.
2. Hinsichtlich des Besuchsrechts vereinbaren die Parteien:
  - a. Solange C.\_\_\_\_\_ seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, ist die Klägerin berechtigt, ihn jedes zweite Wochenende von Freitagabend

bis Sonntagabend auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

- b. Sobald C.\_\_\_\_\_ seinen Wohnsitz ausserhalb der Schweiz hat, ist die Klägerin berechtigt, ihn für drei Mal drei Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Beklagte übernimmt die Kosten für die Flugreisen von C.\_\_\_\_\_ in die Schweiz und zurück.

Hierfür bezahlt der Beklagte pro Jahr Fr. 2'000.– auf ein Konto ein, welches auf den Namen von D.\_\_\_\_\_ lautet; erstmals vor der Abreise und hernach, sobald dieses Konto einen Saldo von unter Fr. 1'000.– aufweist.

3. Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren je zur Hälfte und verzichten für das zweitinstanzliche Verfahren gegenseitig auf Prozessentschädigung.
4. Dieser Vergleich ist unpräjudiziell für das Hauptverfahren."

3. Am 1. August 2011 reiste der Beklagte mit C.\_\_\_\_\_ in die F.\_\_\_\_\_ aus (Prot. I S. 53). Die Vorinstanz hörte C.\_\_\_\_\_ am 18. Januar 2012 telefonisch und am 8. März 2012 persönlich an (Prot. I S. 55 und S. 57). Mit Urteil vom 12. April 2012 wies die Vorinstanz die Klage auf Änderung der elterlichen Sorge über C.\_\_\_\_\_ ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ab. Zugleich regelte sie das Besuchsrecht für C.\_\_\_\_\_ neu. Auf eine gerichtliche Anordnung des Besuchsrechts für die bereits am 17. Januar 2012 mündig gewordene E.\_\_\_\_\_ wurde verzichtet (Urk. 95).

4. Am 21. Mai 2012 ging hierorts rechtzeitig die Berufungsschrift der Klägerin ein (Urk. 94). Die Berufungsanträge lauten wie folgt:

- "1. Es sei das Urteil vom 12. April 2012 aufzuheben und es sei das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. 25. Mai 2001, unter die elterliche Sorge der Berufungsklägerin zu stellen.
2. Dem Berufungsbeklagten sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
3. Ev.: Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich dem Berufungsbeklagten zu auferlegen. Dieser sei überdies zur Leistung einer angemessenen Prozessentschädigung an die Beklagte bzw. deren Rechtsvertreter zu verpflichten.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten."

5. Da sich sogleich ergibt, dass der Berufung kein Erfolg beschieden ist, muss in der Sache keine Berufungsantwort eingeholt werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## II.

1. Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien ist der Beklagte mit C.\_\_\_\_\_ am 1. August 2011 in die F.\_\_\_\_\_ übersiedelt (Prot. I S. 53, Urk. 76, Urk. 81, Urk. 88, Urk. 94 S. 4). Davon ist auch die Vorinstanz im angefochtenen Urteil ausgegangen (Urk. 95 S. 5, S. 19). Seit dem Wegzug in die F.\_\_\_\_\_ liegt mit Bezug auf die Beziehung zwischen Eltern und Kind ein internationaler Sachverhalt vor, weshalb sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Beurteilung der Abänderungsklage nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) richtet.

2. Die Vorinstanz hat keinerlei Ausführungen zur internationalen Zuständigkeit gemacht. Die Klägerin hat indes erkannt, dass der Wegzug von C.\_\_\_\_\_ die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte in Frage stellt. Sie hat sich dazu in der Berufungsschrift wie folgt vernehmen lassen (Urk. 94 S. 4):

"Ebenfalls zu Recht nicht thematisiert hat der Vorderrichter die Frage der örtlichen Zuständigkeit, nachdem C.\_\_\_\_\_ seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit dem 1. August 2011 in der F.\_\_\_\_\_ hat. Fakt ist, dass im Zeitpunkt der Klageeinleitung ein rein schweizerischer Sachverhalt vorlag, hatte doch die Klägerin ihren Wohnsitz in G.\_\_\_\_\_ und der Beklagte seinen – zusammen mit C.\_\_\_\_\_ – in H.\_\_\_\_\_. Nach dem Grundsatz der perpetuatio fori bleibt nach Rechtshängigkeit des Verfahrens die einmal gegebene Zuständigkeit bestehen, auch wenn sich äussere Faktoren verändern, welche auf die Zuständigkeit einen Einfluss haben. Die Vorinstanz war deshalb zum Entscheid in dieser Sache sowohl örtlich als auch sachlich zuständig, was vom Beklagten im Verfahrensablauf auch nie bestritten wurde. Die einmal begründete örtliche Zuständigkeit bleibt auch für das Rechtsmittelverfahren und im Falle der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid bestehen."

3. Hinsichtlich der Ordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses aufgrund veränderter Verhältnisse nach Rechtskraft des Scheidungsurteils (Art. 134 ZGB) gilt gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 1 IPRG das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Ver-

antwortung und der Massnahmen zum Schutz der Kinder (Haager Kinderschutzübereinkommen, HKsÜ; BSK IPRG-Schwander, N 23 f. und N 108 zu Art. 85 IPRG, CR-Bucher, N 8 zu Art. 85 LDIP). Dieses Abkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2009 und für die F. \_\_\_\_\_ am 1. Oktober 2010 in Kraft getreten.

4. a) In seiner Entscheidung vom 27. Juni 2011 hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem Mutter und Kind während hängigem Appellationsverfahren betreffend Abänderung von Eheschutzmassnahmen nach ... übersiedelten, ausgeführt (BGer 5A\_622/2011 Erw. 3):

"Aufgrund von Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder zuständig, wobei ab dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ grundsätzlich die Gerichte am neuen Aufenthaltsort zuständig sind. Nach dem HKsÜ gibt es demnach keine perpetuatio fori (vgl. explanatory Report von LAGARDE, Rz. 42, wo ausgeführt wird, dass der Antrag verschiedener Staaten, wonach ein angerufenes Gericht bis zum Verfahrensabschluss zuständig bleiben sollte, von der Kommission mit grosser Mehrheit abgelehnt wurde). Art. 5 Abs. 2 HKsÜ hält nunmehr explizit fest, was aufgrund eines Auslegungsergebnisses bereits für das Vorgängerübereinkommen, dem (von ... nicht unterzeichneten) Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (Minderjährigenschutzabkommen, MSA, SR 0.211.231.01), galt, welches bei einem Aufenthaltswechsel ebenfalls keine perpetuatio fori kannte (BGE 132 III 586 E. 2.2.4 S. 591), weshalb die Zuständigkeit auch während hängigem Appellationsverfahren verloren gehen konnte (BGE 132 III 586 E. 2.3 S. 592; vgl. zu beiden Übereinkommen auch Urteil 5A\_131/2011 vom 31. März 2011 E. 3.3.1)."

Nach dem Gesagten ist die Hauptzuständigkeit zur Anordnung von Schutzmassnahmen, die sich auch auf das Sorgerecht beziehen können (Art. 3 lit. a und b HKsÜ) per 1. August 2011 auf die ... Behörden [des Staates F. \_\_\_\_\_] übergegangen.

b) Eine subsidiäre Zuständigkeit in der Schweiz gemäss Art. 6 bis 12 HKsÜ wird von der Klägerin zu Recht nicht geltend gemacht. Die Zuständigkeiten für Flüchtlingskinder (Art. 6 HKsÜ), entführte Kinder (Art. 7 HKsÜ) sowie für dringende und auf das eigene Hoheitsgebiet beschränkte vorsorgliche Schutzmassnahmen (Art. 11 und 12 HKsÜ) fallen ausser Betracht. Der Gerichtsstand der Eheauflösung und -trennung (Art. 10 HKsÜ) kann nicht zur Anwendung kommen, da es vorliegend um ein Abänderungsverfahren geht. Für eine einvernehmliche Zuständigkeitsübertragung im Sinne von Art. 8 und 9 HKsÜ sind die Voraussetzungen

nicht erfüllt. Mangels eines hängigen Verfahrens in der F.\_\_\_\_\_ können die schweizerischen Gerichte nicht um Übernahme des Verfahrens ersucht werden (Art. 8 HKsÜ). Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die schweizerischen Gerichte das konkrete und aktuelle Wohl des Kindes besser beurteilen könnten als die ... Behörden [des Staates F.\_\_\_\_\_] und aus diesem Grund ein Übernahmeersuchen im Sinne von Art. 9 HKsÜ zu stellen wäre. C.\_\_\_\_\_ lebt zusammen mit seinem sorgeberechtigten Vater in der Siedlung "I.\_\_\_\_\_" in J.\_\_\_\_\_. Dabei handelt es sich um ein vom Verein "K.\_\_\_\_\_" (K'.\_\_\_\_\_) für seine Mitglieder gegründetes Dorf (Urk. 36/6). Die Klägerin trägt in der Berufungsschrift vor, der Vorderrichter habe es unterlassen, die von ihr offerierten Beweise abzunehmen; namentlich habe er es versäumt, ein Gutachten über eine mögliche, durch einen Aufenthalt in der Siedlung I.\_\_\_\_\_ verursachte Kindeswohlgefährdung einzuholen (Urk. 94 S. 3). Sie wirft der Vorinstanz vor, sie habe die widerstreitenden Parteibehauptungen über die K'.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ keiner fachkundigen Prüfung durch einen Gutachter unterzogen (Urk. 94 S. 11). Die K'.\_\_\_\_\_ verbreite – so die Klägerin weiter – ein sehr elitäres Gedankengut, über dessen Auswirkungen auf die kindliche Entwicklung nur Fachleute etwas aussagen könnten (Urk. 94 S. 7). Ob der Beklagte früher gut für C.\_\_\_\_\_ gesorgt habe, sei nicht ausschlaggebend. Entscheidend sei vielmehr, ob das, was in der abgeschotteten Lebensgemeinschaft I.\_\_\_\_\_ gepredigt und gelebt werde, für die Entwicklung von C.\_\_\_\_\_ gut sei. Sie bestreite, dass C.\_\_\_\_\_ eine adäquate schulische Ausbildung geboten werde (Urk. 94 S. 12). Zu diesen Vorbringen ist zu sagen, dass es an sich schon schwierig ist zu beurteilen, welche Bedeutung der Zugehörigkeit eines Elternteils zu einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft für die Sorgerechtsentscheidung zukommt. Bei dieser Entscheidung geht es allein um das Kindeswohl; über Religion und Weltanschauung hat das Gericht nicht zu befinden. Ein schweizerisches Gericht kann sich aus Distanz nicht ohne weiteres einen umfassenden Einblick in die Lebensumstände C.\_\_\_\_\_s in der F.\_\_\_\_\_ verschaffen und eine konkrete, alle massgeblichen Tatsachen berücksichtigende Einzelfallprüfung vornehmen. Jedenfalls bestehen keine Anhaltspunkte, dass die (sachnäheren) ... Behörden [des Staates F.\_\_\_\_\_] nicht genauso gut in der Lage wären, die für das

Kindeswohl nötigen Massnahmen sorgfältig zu prüfen und gegebenenfalls wirksam zu verfügen.

5. a) Demzufolge entfiel mit dem Aufenthaltswechsel von C.\_\_\_\_\_ die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Beurteilung des Sorgerechts- und Besuchsrechtsstreites. Daran ändert nichts, dass es der Beklagte seinerseits unterlassen hat, sich auf einen Zuständigkeitswechsel zu berufen. Die Zuständigkeitsordnung gemäss HKsÜ ist abschliessender Natur und der Parteidisposition entzogen. Die Vorinstanz war nach dem 1. August 2011 nicht mehr befugt, über die Rechtsbegehren der Klägerin – soweit es C.\_\_\_\_\_ betrifft – ein Urteil zu fällen. Auf die Klage auf Übertragung der elterlichen Sorge über den Sohn C.\_\_\_\_\_ auf die Klägerin ist daher nicht einzutreten.

b) Die Klägerin hat in der Berufungsschrift erklärt, die von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrechtsregelung (Dispositiv Ziffer 2) werde nicht angefochten, wenn sie im Hauptpunkt nicht durchdringen sollte (Urk. 94 S. 3). Demzufolge wird in diesem Punkt das vorinstanzliche Urteil mit dem heutigen Tag rechtskräftig, was vorzumerken ist.

### III.

1. Da der Beklagte durch die Wohnsitzverlegung in die F.\_\_\_\_\_ während laufendem Verfahren die fehlende Zuständigkeit verursacht hat, besteht kein Anlass, von der erstinstanzlichen hälftigen Teilung der Prozesskosten abzuweichen.

2. Für das Berufungsverfahren wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Beklagten ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihm kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

3. Der Klägerin war von der Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt worden. Die Klägerin stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 94 S. 2). Da sich die Berufung je-

doch als offensichtlich aussichtslos erweist, kann der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden (Art. 117 ZPO). Das Gesuch ist abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Uster, Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, vom 12. April 2012 mit dem heutigen Tag in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Auf die Klage, die elterliche Sorge für den Sohn C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2001, auf die Klägerin zu übertragen, wird nicht eingetreten.
4. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv-Ziffer 3 bis 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
6. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin auferlegt.
7. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 94, sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 6. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Demuth

versandt am:

ss