

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC210027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. M Kriech und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie
Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Urteil vom 31. August 2022

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 26. Mai 2021 (FE190019-E)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. Februar 2007 in C._____ geheiratet. Die Klägerin ist Staatsbürgerin der D._____ [Staat in Europa], der Beklagte Staatsbürger von E._____ [Staat in Europa]. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, nämlich F._____, geboren am tt.mm.2007, G._____, geboren am tt.mm.2010, und H._____, geboren am tt.mm.2015. Am 28. Januar 2019 machte die Klägerin bei der Vorinstanz die Scheidungsklage anhängig. Am 29. Juni 2020 schlossen die Parteien beim Amtsgericht ..., Deutschland, einen Vergleich ab, worin sie u.a. festhielten, sie seien sich darüber einig, dass die drei Kinder ihren Lebensmittelpunkt zukünftig beim Beklagten hätten. Weiter erteilte die Klägerin dem Beklagten eine umfassende Vollmacht für alle sorgerechtlichen Angelegenheiten betreffend die drei Kinder. Am 27. August 2020 stellte der Beklagte beim Amtsgericht ... einen Antrag auf Zahlung von Kinderunterhalt durch die Klägerin. Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Vorinstanz oder das Amtsgericht ... für die Regelung des Kindesunterhalts zuständig ist.

Am 26. Mai 2021 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung (Urk. 2 S. 10):

1. Es wird festgestellt, dass das Bezirksgericht Hinwil für die folgenden Bereiche örtlich zuständig ist:
 - Scheidung
 - persönlicher Unterhalt der Ehegatten
 - Güterrecht
 - berufliche Vorsorge
2. Es wird festgestellt, dass das Bezirksgericht Hinwil für die Regelung der Kinderbelange, einschliesslich des Kinderunterhalts, örtlich nicht zuständig ist.
3. Über allfällige Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.

(4./5. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

2. Gegen die Verfügung vom 26. Mai 2021 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 14. September 2021 fristgerecht Berufung und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Ziffer 1 der Verfügung des BG Hinwil vom 26. Mai 2021 (FE190019) sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Bezirksgericht Hinwil für die folgenden Bereiche örtlich zuständig ist:
 - Scheidung
 - persönlicher Unterhalt der Ehegatten
 - Kinderunterhalt
 - Güterrecht
 - berufliche Vorsorge
2. Ziffer 2 der Verfügung des BG Hinwil vom 26. Mai 2021 (FE190019) sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Bezirksgericht Hinwil für die Regelung der Kinderbelange, mit Ausnahme des Kinderunterhalt, örtlich nicht zuständig ist.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Beklagten/Berufungsbeklagten."

Die Berufungsantwort datiert vom 9. Dezember 2020 [recte: 2021], wobei der Beklagte beantragte, die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer auf der Prozessentschädigung, zulasten der Berufungsklägerin (Urk. 8 S. 2). Mit Beschluss vom 27. Januar 2022 wurden die Gesuche beider Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abgewiesen (Urk. 11). Mit Eingabe vom 24. Februar 2022 reichte die Klägerin eine Novenstellungnahme ein und machte vom allgemeinen Replikrecht Gebrauch (Urk. 12). Der Beklagte nahm dazu mit Eingabe vom 11. März 2022 Stellung und machte auch Gebrauch vom Replikrecht (Urk. 16). Ein Doppel von dieser Eingabe wurde der Klägerin zugestellt. Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

II.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4, m.w.H.).

2. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen,

wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Der Beklagte spricht der Klägerin das Rechtsschutzinteresse am Berufungsverfahren ab. Nebst der Tatsache, dass der Streitwert für die Berufung nicht erreicht werde, sei sie durch die angefochtene Verfügung nicht beschwert. Sie sei weder Prozessstandschafterin der Kinder noch deren Vertreterin in der Frage des Unterhalts. Es spiele für sie keine Rolle, dass das Bezirksgericht Hinwil seine Unzuständigkeit in diesem Punkt festgestellt habe. Ein Unterhaltsentscheid werde dennoch ergehen, und zwar durch das Amtsgericht Diesen Entscheid könne sie abwarten. Weder ihr noch den Kindern entstünden irgendwelche Nachteile (Urk. 8 S. 10).

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung über ihre örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Scheidungsklage und der mit der Scheidung zu regelnden Nebenfolgen entschieden. Es liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor, weshalb als Rechtsmittel die Berufung gegeben ist (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 e contrario; Blickensdorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 308 N 35). Das zulässige Rechtsmittel hängt nämlich von den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren vor Vorinstanz und nicht davon ab, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 40; Blickensdorfer, a.a.O., Art. 308 N 30). Die Klägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert, weil sich die Vorinstanz bezüglich der Kinderunterhaltsfrage nicht für zuständig erklärt hat. Die Sicherung eines der Klägerin genehmen Gerichtsstands ist als genügendes Rechtsschutzinteresse zu qualifizieren (BGE 144 III 175 E. 5.2-5.4).

Für die Beschwerde an das Bundesgericht liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem mutmasslich Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert vor. Das anwendbare deutsche Recht (Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973) sieht eine Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern bis zum Eintritt der Volljährigkeit mit 18 Jahren (§ 2 BGB) bzw. bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres vor, sofern sie sich noch in der allgemeinen Schulausbildung befinden (§ 1603 BGB).

G._____ wird am tt.mm.2031 und H._____ am tt.mm.2036 das 21. Lebensjahr vollendet haben. Somit wird das zuständige Gericht über rund 10 bzw. 15 Jahre Kinderunterhalt zu befinden haben.

III.

1. a) Strittig ist im vorliegenden Berufungsverfahren einzig, ob die Vorinstanz (das Bezirksgericht Hinwil) für die Regelung des Kindesunterhalts örtlich zuständig ist oder nicht. Während die Vorinstanz dies verneinte, ist die Klägerin der Auffassung, die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil sei gegeben.

b) Die Vorinstanz begründete diesbezüglich ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt (Urk. 2 S. 7 f.): Der Kinderunterhalt richte sich nach dem Lugano-Übereinkommen. Dieses sehe ergänzend zum allgemeinen Gerichtsstand gemäss Art. 2 LugÜ (Ort des Beklagten) alternativ nach Art. 5 Ziff. 2 lit. a LugÜ die Zuständigkeit am Ort, an dem der Unterhaltsberechtigte seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt aufweise, und in Art. 5 Ziff. 2 lit. b LugÜ eine Annexzuständigkeit bei Verfahren in Bezug auf den Personenstand vor. Als solches gelte u.a. das Scheidungsverfahren. Zuständig für die Regelung des Kinderunterhalts sei somit grundsätzlich sowohl das Bezirksgericht Hinwil als auch das Gericht am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Kinder in Deutschland.

Die Klägerin habe mit Anhebung ihrer Scheidungsklage vom 25. Januar 2019 den Antrag verbunden, der Beklagte sei zu verpflichten, angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder zu bezahlen. Mittlerweile lebten die Kinder aufgrund der am 29. Juni 2020 geschlossenen Vereinbarung beim Beklagten in Deutschland. Der Antrag der Klägerin auf Zahlung von Kinderunterhalt an sie sei folglich gegenstandslos geworden bzw. es bestehe kein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO mehr, weshalb darauf nicht einzutreten sein werde. Somit aber entfalle das Argument der zeitlichen Priorität zu Gunsten des Bezirksgerichts Hinwil, da der Beklagte hier keinen Antrag auf Zahlung von Kinderunterhalt an ihn gestellt habe.

Dies habe er hingegen am 27. August 2020 beim Amtsgericht ... getan. Somit sei dieses Gericht für die Festsetzung eines allfälligen Kinderunterhalts respektive Bezahlung von Kinderunterhalt an den Beklagten zuständig. Da der Beklagte an einem zuständigen Gericht einen Antrag auf Kinderunterhalt gestellt habe, stelle sich die Frage nicht, ob sich die Klägerin auf den Unterhaltsstreit am Amtsgericht ... eingelassen habe.

Allerdings ergänzte die Vorinstanz, es könnte mit Fug eine Einlassung angenommen werden. Die Klägerin habe dem Rechtsvertreter des Beklagten in Deutschland mit E-Mail vom 31. Juli 2020 mitgeteilt, er solle allfällige Geldforderungen beim zuständigen Gericht in Hinwil einreichen. Dieses E-Mail sei rund einen Monat vor Klageanhebung in Deutschland versandt worden. Es könne deshalb nicht als Ablehnung einer allfälligen Einlassung in einem noch gar nicht hängigen Prozess gewertet werden und sei folglich bedeutungslos. Nach Klageanhebung habe der Rechtsvertreter der Klägerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2020 mitgeteilt, die Klägerin werde sich gegen den Unterhaltsantrag des Beklagten verteidigen. Er habe kein Wort in Bezug auf eine allfällige örtliche Unzuständigkeit erwähnt, obwohl bereits in der Eingabe des Beklagten vom 27. August 2020 der klare Antrag auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder formuliert sei. Zudem sei der Klägerin vom Amtsgericht ... Verfahrenskostenhilfe gewährt und ein Rechtsvertreter bestellt worden, was bei einer blossen Bestreitung der Zuständigkeit kaum nötig gewesen wäre. Schliesslich sei auf den 27. April 2021 eine Güteverhandlung sowie eine mündliche Verhandlung angesetzt worden. Den Akten sei nicht zu entnehmen, dass die Klägerin sich einer Teilnahme verwehrt habe (Urk. 2 S. 8 f.).

c) Die Klägerin macht geltend, sie habe bereits im Januar 2019 einen Antrag auf Regelung der Kinderunterhaltsbeiträge durch das Bezirksgericht Hinwil gestellt, also lange bevor die Unterhaltsklage in Deutschland eingereicht worden sei. Das Bezirksgericht Hinwil sei gemäss Art. 5 Ziff. 2 lit. b LugÜ für die Beurteilung des Kinderunterhalts zuständig. Die einmal begründete Zuständigkeit wechsele aufgrund des in Art. 27 LugÜ statuierten Prinzips der perpetuatio fori nicht nach Deutschland. Keine Rolle könne dabei spielen, wer zur Zahlung von Unterhalt

verpflichtet werden solle. Es gelte die Official- und Untersuchungsmaxime. Die Officialmaxime bringe es mit sich, dass Anträge nachträglich geändert werden könnten. Es könne somit für die Frage der Zuständigkeit nicht auf die Formulierung des ursprünglichen Antrags ankommen. Falsch sei denn auch die Meinung der Vorinstanz, auf den Antrag der Beklagten [recte: Klägerin] auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen wäre nicht einzutreten. Sie könne diesen Antrag jederzeit anpassen. Allenfalls wäre der Antrag im Endurteil abzuweisen. Der Antrag sei mit dem Aufenthaltswechsel der Kinder nicht gegenstandslos geworden. Der Anspruch auf Kinderunterhalt stehe ohnehin den Kindern zu. Die Regelung von Kinderunterhalt sei somit unabhängig davon vorzunehmen, wer Unterhaltsschuldner sei. Offensichtlich sei, dass die Klägerin ein Rechtsschutzinteresse an der Regelung des Kinderunterhalts habe, sei sie Schuldnerin oder seien die Beiträge an sie zu bezahlen. Sie habe noch keine Gelegenheit gehabt, ihren Antrag betreffend Kinderunterhaltsbeiträge der neuen Situation anzupassen. Wäre der Antrag der Klägerin mit der Legalisierung des Aufenthalts der Kinder in Deutschland gegenstandslos geworden und das Bezirksgericht Hinwil ab diesem Zeitpunkt dafür unzuständig gewesen, hätte sich der Beklagte auf das Verfahren vor dem unzuständigen Schweizer Gericht eingelassen, indem er an der Einigungsverhandlung vom 13. Januar 2021 über die Kinderunterhaltsbeiträge verhandelt und darüber eine – später widerrufen – Vereinbarung unterzeichnet habe. Das Gericht sei aber aufgrund der Scheidungsklage und der Officialmaxime für die Beurteilung der Kinderunterhaltsbeiträge zuständig gewesen, weshalb sich die Frage der Einlassung auch auf Seiten des Beklagten gar nicht stelle. Auf Seiten der Klägerin stelle sich diese Frage nicht, weil parallele Zuständigkeiten vorlägen und eine Einlassung nur vor einem unzuständigen Gericht möglich sei. Das Amtsgericht ... habe bereits im September 2020 mehr als nur Anhaltspunkte gehabt, dass eine anderweitige Rechtshängigkeit bezüglich des Kinderunterhalts bestanden habe, und hätte dem von Amtes wegen nachgehen und das Verfahren bis zur Feststellung der Zuständigkeit in der Schweiz sistieren müssen (Urk. 1 S. 6 ff.).

d) Der Beklagte wirft der Klägerin vor, seit bald fünf Jahren nie einen finanziellen Beitrag an den Unterhalt der Kinder geleistet zu haben und sich unsubstantiiert und trotz fehlender Kinderbetreuungspflichten auf Mittellosigkeit zu beru-

fen. Die Kinder würden seit dem 4. Dezember 2016 von ihm betreut. Die Klägerin unterlasse jegliche Substantiierung hinsichtlich des von ihr geltend gemachten schutzwürdigen Interesses an der Regelung des Kinderunterhalts im Rahmen des Scheidungsverfahrens. Sie handle widersprüchlich, rechtsmissbräuchlich und missachte grob das Kindeswohl. Es sei fraglich, ob sie noch einen Wohnsitz in der Schweiz habe, nachdem sie sich auf der besetzten Krim aufhalte und nach eigenen Angaben auf unbestimmte Zeit nicht in die Schweiz zurückkehren könne. Im Unterhaltsverfahren in Deutschland habe die Klägerin jegliche Forderungen bestritten und alle Auskünfte verweigert. Es sei geradezu zynisch, zwischen den Zeilen geltend zu machen, sie würde ihre Verweigerungshaltung im Scheidungsverfahren ändern und in einem späteren Zeitpunkt den Antrag stellen, Unterhaltsbeiträge zahlen zu wollen. Der Klägerin fehle das Rechtsschutzinteresse, weil sie selber zugebe, keinen Anspruch auf eine Geldzahlung (im Rahmen der Unterhaltsklage) zu haben. Die Klägerin sei der irrigen Auffassung, sie würde besser fahren, wenn das Bezirksgericht Hinwil und nicht ein deutsches Gericht über den Kinderunterhalt entscheide. Deutsche Gerichte würden ihr ein zu tiefes Existenzminimum anrechnen und auf die Düsseldorfer Tabelle abstellen. Dies sei allein der Grund dafür, weshalb die Klägerin unbedingt wolle, dass in der Schweiz über den Unterhalt entschieden werde. Sie handle damit egoistisch und folglich gegen die Interessen der Kinder, was rechtsmissbräuchlich sei (Urk. 8 S. 7, 9 und 10).

Eine Partei könne sich auf ein bereits laufendes Verfahren einlassen, sofern keine ausschliessliche Zuständigkeit nach Art. 22 LugÜ gegeben sei, was nicht der Fall sei. Der EuGH gehe zutreffend davon aus, die Einlassung gemäss Art. 24 LugÜ sei als eine stillschweigende Prorogation zu verstehen. Diese beinhalte den Verzicht auf einen andern, ebenfalls zur Verfügung stehenden Gerichtsstand. Die Klägerin habe sich auf das Unterhaltsverfahren in Deutschland eingelassen, was sich aus zwei Eingaben ihres Rechtsvertreters an das Amtsgericht ... vom 20. Oktober 2020 und 8. Februar 2021 sowie dem Umstand ergebe, dass ihr vom Amtsgerichts ... ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigeordnet worden sei. Die Klägerin habe erstmals an einer mündlichen Verhandlung vom 27. April 2021 die internationale Unzuständigkeit des Amtsgerichts ... gerügt, was verspätet sei. Das Amtsgericht ... erachte sich weiterhin als zuständig, habe die Klägerin zur Ertei-

lung diverser Auskünfte verpflichtet und die Klägerin sei dieser Verpflichtung nachgekommen. Sie habe den Entscheid des Amtsgerichts ... vom 5. Oktober 2021 nicht angefochten, worin dieses seine Zuständigkeit für die Regelung des Kindesunterhalts bejaht habe (Urk. 8 S. 11 f.).

Der Beklagte bestreitet, sich am Bezirksgericht Hinwil in Bezug auf den Kinderunterhalt auf die Klage eingelassen zu haben. Eine Einlassung liege vor, wenn die beklagte Partei in der Sache selbst verhandle. Bezüglich des Kinderunterhalts könne er nicht als beklagte Partei gelten, weil er der Klägerin keinen solchen schulde. Die Teilnahme an einem Schlichtungsverfahren stelle keine Einlassung dar. Die Einigungsverhandlung stelle eine besondere Art des Schlichtungsverfahrens dar (Urk. 8 S. 13).

Schliesslich weist der Beklagte darauf hin, dass das Verfahren in Deutschland weiter fortgeschritten sei als das Scheidungsverfahren in der Schweiz. Das deutsche Urteil werde in der Schweiz gestützt auf Art. 32 ff. LugÜ ohne weiteres anzuerkennen sein (Urk. 8 S. 14).

2. a) Als die Klägerin am 28. Januar 2019 bei der Vorinstanz die Scheidungsklage anhängig machte, hatte sie Wohnsitz in der Schweiz, während der Beklagte mit den Kindern der Parteien nach seiner Darstellung zu diesem Zeitpunkt in Deutschland lebte (Urk. 6/32 S. 2; Urk. 2 S. 2). Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Unbestritten und zutreffend ist, dass die internationale Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung der Scheidungsklage gestützt auf Art. 59 lit. b IPRG und zur Beurteilung des Kinderunterhalts gestützt auf Art. 5 Ziff. 2 lit. b LugÜ bei Anhängigmachung der Scheidungsklage gegeben war (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 424; Dasser/Oberhammer-Oberhammer, Art. 5 LugÜ N 98 f.; Schnyder, LugÜ-Acocella, Art. 5 N 187; Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. A., Bern 2012, S. 227; Kren Kostkiewicz, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2018, Rz 1290). Die einmal begründete Zuständigkeit für die Scheidungsklage bleibt während der ganzen Verfahrensdauer bestehen (BSK IPRG-Bopp/Grob, Art. 59 N 22 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung), weshalb diesbezüglich nicht entscheid-

relevant ist, ob die Klägerin noch Wohnsitz in der Schweiz hat (vgl. Urk. 8 S. 9 Rz 26; Urk. 12 S. 9 Rz 24).

b) Auf die Scheidungsklage ist schweizerisches Recht anwendbar (Art. 61 IPRG). Gemäss Art. 283 Abs. 1 ZPO befindet das Gericht im Entscheid über die Ehescheidung auch über die Folgen (sog. Einheit des Entscheids, vgl. BGE 144 III 298). Mit der Scheidungsklage beantragte die Klägerin, die Kinder seien unter ihre alleinige Sorge und Obhut zu stellen. Weiter verlangte sie u.a., der Beklagte sei zu verpflichten, angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder zu bezahlen (Urk. 6/1 S. 2). Damals standen die Kinder gestützt auf das Urteil des Eheschutzrichters vom 22. Februar 2017 unter der gemeinsamen Obhut der Parteien (Urk. 2 S. 2). Ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Klägerin ist nicht ersichtlich. Der Beklagte macht nicht geltend, die Klägerin habe keinen Scheidungsanspruch. Nach seiner Darstellung haben die Parteien den gemeinsamen Haushalt seit dem 24. Januar 2017 definitiv aufgehoben (Urk. 8 S. 5), weshalb die Voraussetzung für die Scheidung nach Art. 114 ZGB gegeben ist. Da die Parteien gemeinsame Kinder haben, ist u.a. der Kinderunterhalt zu regeln. Die Klägerin handelte damit im Einklang mit dem Gesetz. Entsprechend brauchte sie auch nicht ein besonderes Rechtsschutzinteresse an der Regelung des Kindesunterhalts im Scheidungsverfahren darzutun. Im Übrigen kann dem Elternteil, der keinen Kinderunterhalt bezahlt oder bezahlen will, nicht deshalb das Rechtsschutzinteresse an der Regelung des Kindesunterhalts abgesprochen werden. Dieses kann auch darin bestehen, dass festgestellt wird, er sei nicht in der Lage, Kinderunterhalt zu leisten.

c) Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung ist die Regelung des Kinderunterhalts im Scheidungsurteil durch den Umzug der Kinder nach Deutschland nicht gegenstandslos geworden. Dadurch entfiel lediglich die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Regelung der elterlichen Sorge und Obhut (Art. 7 Abs. 1 HKsÜ; vgl. Fam Komm Scheidung/Weber, Anh. IPR N 168). Dagegen sieht das LugÜ in Art. 27 das Prinzip der zeitlichen Priorität vor. Das später angerufene Gericht hat sich für unzuständig zu erklären, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht (BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 5). Voraussetzung ist dabei ne-

ben der Identität der Parteien, dass identische Ansprüche im Streit liegen. Es geht darum, ob die beiden Klagen denselben Gegenstand und dieselbe Grundlage haben. Denselben Gegenstand haben Klagen, die denselben Zweck verfolgen; es geht also nicht um den formellen Antrag (Dasser/Oberhammer-Dasser, Art. 27 LugÜ N 13 f.; BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 29 und 32). Vorliegend bezwecken beide Klagen, den durch die Eltern zu leistenden Unterhalt der gemeinsamen Kinder zu regeln. Die Anspruchsidentität ist daher ohne weiteres zu bejahen.

d) Sofern das Gericht eines durch das LugÜ gebundenen Staates nicht bereits nach anderen Vorschriften dieses Übereinkommens zuständig ist, wird es zuständig, wenn sich der Beklagte vor ihm auf das Verfahren einlässt (Art. 24 Satz 1 LugÜ). Die Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts durch Einlassung setzt sachlogisch voraus, dass der Kläger ein Gericht anruft, das nicht bereits nach anderen Vorschriften des Übereinkommens zuständig ist (BSK LugÜ-Berger, Art. 24 N 7). Die Zuständigkeit des Amtsgerichts ... ist indessen nach Art. 5 Ziff. 2 lit. a LugÜ grundsätzlich gegeben, weshalb eine Einlassung ausser Betracht fällt. Damit stellt sich auch nicht die (umstrittene) Frage, ob in der Einlassung eine stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung zu erblicken wäre (zum Meinungsstand vgl. Schnyder, LugÜ-Grolimund/Bachofner, Art. 24 N 4 ff.).

e) Unerheblich bei der Prüfung der Zuständigkeit der Vorinstanz (als Erstgericht) ist die Frage, ob ein Entscheid des Amtsgerichts ... in der Schweiz anerkennungsfähig wäre, da das LugÜ vom Grundsatz der ipso iure-Anerkennung ausgeht (BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 51 m.w.H.; Dasser/Oberhammer-Dasser, Art. 27 LugÜ N 32). Ebenso wenig hat die zu erwartende Verfahrensdauer beim Erstgericht Relevanz für die Rechtshängigkeitssperre (Dasser/Oberhammer-Dasser, Art. 27 LugÜ N 36 ff.). Daher ist der Beklagte mit seinem Vorbringen, das Verfahren beim Amtsgericht ... sei schon weit fortgeschritten, nicht zu hören. Vielmehr hätte dieses das Verfahren betreffend den Kinderunterhalt von Amtes wegen aussetzen müssen, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts endgültig feststeht (BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 68). Unbestritten ist, dass das Amtsgericht ... bereits im September 2020 Kenntnis vom bei der Vorinstanz hän-

gigen Scheidungsverfahren, das auch die Regelung des Kindesunterhalts umfasst, hatte (Urk. 1 S. 12 f.; Urk. 8 S. 17). Erst wenn das Erstgericht das Verfahren mangels Zuständigkeit definitiv abgeschlossen hat, steht einem Eintreten des Zweitgerichts aus Sicht von Art. 27 LugÜ nichts entgegen (Dasser/Oberhammer-Dasser, Art. 27 LugÜ N 51).

f) Die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Hinwil ist somit zu bejahen und die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung sind entsprechend abzuändern.

IV.

Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffer 3) ist zu bestätigen. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; § 12 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG; § 13 Abs. 1 i.V.m. § 6 und § 5 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 lit. a Anw-GebV). Die Parteientschädigung ist auf Fr. 2'000.– zuzüglich 7,7 % MwSt. festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Hinwil vom 26. Mai 2021 werden aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Auf die Scheidungsklage inkl. Regelung folgender Nebenfolgen
 - persönlicher Unterhalt der Ehegatten
 - Kinderunterhalt
 - Güterrecht
 - berufliche Vorsorgewird eingetreten.
 2. Auf das Begehren um Regelung der Kinderbelange, mit Ausnahme des Kinderunterhalts, wird nicht eingetreten."
2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'154.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 31. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

Dr. Chr. Arnold

versandt am:

ya