

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC230034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

## **Beschluss und Urteil vom 28. September 2023**

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 21. Juli 2023; Proz. FP220004**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- "1. In Abänderung des Scheidungsurteils, Einzelgericht des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2019 (FE190063), Dispo. Ziff. 4./2. lit. c) sei der Kläger für berechtigt zu erklären, die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009 alle 3 Monate am letzten Wochenende des Monats von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagnachmittag 12.00 Uhr sowie am 25. Dezember und am 1. Januar sowie an Ostern (Gründonnerstag 18.00 Uhr bis Ostermontag 12.00 Uhr) sowie an Pfingsten (Freitagabend 18.00 Uhr bis Pfingstmontag 12.00 Uhr) und während der Hälfte der Schulferien pro Jahr auf eigene Kosten zu betreuen.

Die Parteien sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig ab. Können sie sich über die Ferienaufteilung nicht einigen, so kommt dem Kläger in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu, in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Beklagten.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen auf einvernehmlicher Basis und unter Berücksichtigung der Interessen und Bedürfnisse aller Familienmitglieder bleiben vorbehalten.

2. In Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2019, Dispo. Ziff. 4./3., sei festzustellen, dass die Parteien diejenigen Kosten für die Kinder jeweils selbst übernehmen, die während der Zeit anfallen, die sie beim betreuenden Elternteil verbringen (insbesondere Verpflegung, Anteil Miete). Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der beiden Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge in Höhe von CHF 550.00 pro Monat (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen, nämlich für C.\_\_\_\_\_ CHF 250, für D.\_\_\_\_\_ CHF 300

Die Kinderunterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab Rechtskraft des Abänderungsurteils bis zur Volljährigkeit bzw. bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus.

Die Kinderunterhaltsbeiträge sind auch über die Volljährigkeit hinaus an die Beklagte zahlbar, solange das Kind im Haushalt der Beklagten lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Kläger stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

3. Es sei dem Kläger für das vorliegende Abänderungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und in der Person des Unterzeichnenden einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MWST) zulasten der Beklagten."

### **Verfügung des Einzelgerichtes:**

1. Auf die Klage vom 15. März 2022 wird nicht eingetreten.
2. Auf das Massnahmebegehren des Klägers vom 15. März 2022 wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 800.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 765.– Übersetzung Unterlagen für rechtshilfeweise Zustellung.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. (Mitteilung)
7. (Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

#### **des Klägers und Berufungsklägers (act. 37 S. 2):**

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 21. Juli 2023 sei aufzuheben und es sei dem BF die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihn damit von der Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu befreien.

2. Dem BF sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der BGIN."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

##### 1.

1.1 Der Kläger und Berufungskläger (fortan: Kläger) und die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Beklagte) heirateten am tt. Januar 2005 in Portugal und lebten später in der Schweiz. Aus der Ehe sind zwei gemeinsame Kinder hervorgegangen (C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009). Mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2019 wurden die Parteien geschieden (act. 4/27). Im November 2021 kehrte die Beklagte mit dem Einverständnis des Klägers zusammen mit den beiden gemeinsamen Kindern in ihr Heimatland Portugal zurück (act. 3/2; act. 39 S. 3).

1.2 Mit Eingabe vom 15. März 2022 reichte der Kläger beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster (Vorinstanz) eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 2. Mai 2019 und ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ein; zudem ersuchte er um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 1 S. 2 f.). Das Begehren in der Hauptsache wurde eingangs wiedergegeben. Mit dem Massnahmegesuch beantragte der Kläger was folgt (act. 1 S. 3):

- "1. In Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2019, Dispo. Ziff. 4./3., sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und Erziehung der beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ CHF 250.00 und D.\_\_\_\_\_ CHF 300.00 pro Monat (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen, und zwar auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab 01. März 2022 für die Dauer des Abänderungsverfahrens.

[...]"

1.3 Mit Verfügung vom 6. April 2022 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm Frist zur

Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 6). Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht mit Urteil vom 10. Oktober 2022 gutgeheissen und es wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege samt unentgeltlicher Rechtsverteidigung bewilligt (act. 16).

1.4 Im Rahmen der Verfügung vom 6. April 2022 forderte die Vorinstanz im Weiteren die Beklagte auf, dem Gericht gegenüber einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (act. 6). Die rechtshilfweise Zustellung der Verfügung an die Beklagte blieb wegen fehlender Übersetzung erfolglos (vgl. act. 8; act. 11). Mit E-Mail vom 26. Januar 2023 wandte sich allerdings die portugiesische Rechtsanwältin der Beklagten in deren Namen an die Vorinstanz und erklärte, sie bestreite die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für die vorliegende Streitigkeit (act. 21).

1.5 Mit Verfügung vom 7. Februar 2023 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist an, um zur Zuständigkeit sowie zur E-Mail der beklagten Rechtsvertreterin Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde die Beklagte aufgefordert, ein Zustelldomizil in der Schweiz zu bezeichnen (act. 22). Die Verfügung wurde übersetzt und der Beklagten rechtshilfweise zugestellt (act. 27 und 28). Der Kläger nahm mit Eingabe vom 24. März 2023 Stellung (act. 31). Die Beklagte bezeichnete mit Eingabe vom 19. April 2023 einen Zustellempfänger und berief sich weiterhin auf die fehlende internationale Zuständigkeit der Vorinstanz (act. 32).

1.6 Mit Verfügung vom 21. Juli 2023 trat die Vorinstanz auf die Klage und das Massnahmebegehren des Klägers nicht ein (act. 39).

2. Mit Eingabe vom 30. August 2023 erhob der Kläger hiergegen ein mit "Beschwerde" bezeichnetes Rechtsmittel mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 37). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-35). Die Sache ist spruchreif (vgl. Art. 312 Abs. 2 ZPO).

## II.

1. Bei der Verfügung der Vorinstanz handelt es sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Der (anwaltschaftlich vertretene) Kläger bezeichnete sein Rechtsmittel als "Beschwerde". Die unrichtige Bezeich-

nung des Rechtsmittels schadet allerdings nicht. Die Kammer behandelt Rechtsmittel ungeachtet der Bezeichnung nach den zutreffenden Vorschriften von Berufung oder Beschwerde (vgl. z.B. OGer ZH PF220023 vom 2. Juni 2022 E. 1.3). Der Kläger ist sodann beschwert und hat das Rechtsmittel fristgerecht eingereicht (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2. Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Geltend gemacht werden kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht allerdings grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Parteien haben mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben haben. Sie haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen. Es genügt nicht, die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen in der Rechtsmittelschrift zu wiederholen oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2). Fehlt es an einer Begründung bzw. an einer Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

### III.

1. Die Vorinstanz begründete ihren Nichteintretensentscheid wie folgt:

Da die Beklagte und die gemeinsamen Kindern in Portugal lebten, liege ein internationaler Sachverhalt vor. Die Zuständigkeit richte sich gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG in erster Linie nach den geltenden völkerrechtlichen Verträgen und beim Fehlen solcher nach dem schweizerischen IPRG. Im Bereich der elterlichen Sorge, Obhut und Betreuung sei das Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ) anwendbar; sowohl die Schweiz wie auch Portugal seien Vertragsstaaten dieses

Abkommens. Art. 5 HKsÜ sehe eine Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes vor. Der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ liege in Portugal, weshalb gemäss dieser Bestimmung die Gerichte in Portugal für die Regelung der elterlichen Sorge, Obhut und Betreuung zuständig seien. Art. 6 bis 9 HKsÜ seien nicht einschlägig; insbesondere sei unbestritten, dass die Kinder mit dem Einverständnis des Klägers nach Portugal gezogen seien. Somit bestehe keine internationale Zuständigkeit des hiesigen Gerichts und es sei in Bezug auf die Neuregelung des persönlichen Verkehrs auf die Klage und das Massnahmebegehren vom 15. März 2022 nicht einzutreten (act. 39 S. 5 f.).

Was die Regelung des Kindesunterhaltes betreffe, falle diese grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) und sei im Gegensatz zur elterlichen Sorge, Obhut und Betreuung nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des Haager Kindesschutzübereinkommens erfasst. Da sowohl der Kläger als auch die Beklagte und die beiden Kinder ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens hätten, sei dieses hier anwendbar. Weil die Beklagte mit den Kindern in Portugal lebe, führe allerdings weder die Anwendung des allgemeinen Wohnsitzgerichtsstandes gemäss Art. 2 LugÜ noch des besonderen Gerichtsstands für Unterhaltssachen gemäss Art. 5 Ziff. 2 lit. a LugÜ zu einer Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte. Zuständig für die Regelung des Kinderunterhalts seien die Gerichte am Ort der unterhaltsberechtigten Kinder in Portugal. Sodann bestehe auch keine Einlassung der Beklagten nach Art. 24 LugÜ. Mit Bezug auf das Massnahmebegehren des Klägers betreffend Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge bleibe anzumerken, dass dafür auch nicht gestützt auf Art. 31 LugÜ i.V.m. Art. 10 IPRG ein Gerichtsstand am hiesigen Gericht begründet werden könne: Vorsorgliche Massnahmen betreffend Unterhalt fielen zwar grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 31 LugÜ. Nachdem Art. 31 LugÜ jedoch eine Ausnahme von dem durch das Übereinkommen geregelten Zuständigkeitssystem darstelle, sei er eng auszulegen. Insbesondere Leistungsverfügungen, wie sie der Kläger hier beantrage, fielen nur dann unter Art. 31 LugÜ, wenn sie zur Sicherstellung der Wirksamkeit des Urteils in der Hauptsache sachlich erforderlich und zeitlich dringend seien. Diese Voraussetzungen seien in der hier vorliegenden Konstellation, wo der Kläger als Unterhaltsschuldner eine

Abänderung der mit Scheidungsurteil vom 2. Mai 2019 geregelten Kinderunterhaltsbeiträge anbegehre, welche er mit tieferen Lebenshaltungskosten der Beklagten und insbesondere der Kinder am neuen Aufenthaltsort in Portugal begründe, nicht erfüllt (act. 39 S. 6 f).

Da sowohl in Bezug auf die Neuregelung des persönlichen Verkehrs wie auch den Kinderunterhalt die internationale und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts nicht gegeben sei, sei auf die Klage und das Massnahmebegehren nicht einzutreten (act. 39 S. 7).

2.

2.1 Der Kläger führt in der Rechtsmittelschrift aus, nach seiner Auffassung sei die Vorinstanz "zumindest für das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge während des Hauptverfahrens zuständig". Was die Neuregelung des persönlichen Verkehrs betreffe, sei das Haager Kindesschutzübereinkommen anwendbar, wobei dessen Art. 5 eine Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes vorsehe. Der gewöhnliche Aufenthaltsort der Kinder sei vorliegend Portugal, weshalb die Gerichte in Portugal für die Regelung der Betreuung zuständig seien (act. 37 S. 3).

2.2 Der Kläger schliesst sich damit mit Bezug auf die Neuregelung des persönlichen Verkehrs inhaltlich den Erwägungen der Vorinstanz zur fehlenden Zuständigkeit der hiesigen Gerichte an. Er begründet mit keinem Wort, inwiefern gleichwohl die Vorinstanz zu Unrecht einen Nichteintretensentscheid gefällt haben soll und dieser – wie pauschal beantragt – aufzuheben sei. Auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur fehlenden Hauptsachezuständigkeit für die Regelung des Kinderunterhalts macht der Kläger keinerlei Ausführungen. Mangels Begründung bzw. Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid ist damit auf die Berufung nicht einzutreten, soweit sie sich gegen das Nichteintreten auf die Klage gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung richtet.

3.

3.1 Was das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Hauptverfahrens betrifft, weist der Kläger darauf hin, dass es dabei aus-

schliesslich um den Kinderunterhalt gehe. Unbestrittenermassen sei hierfür vorliegend das Lugano-Übereinkommen anwendbar, wobei sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz deren Zuständigkeit gestützt auf Art. 31 LugÜ ergebe. Wie das Kantonsgericht Luzern in einem Entscheid vom 26. Juli 2016 festgehalten habe, werde in Art. 5 Ziff. 2 LugÜ nicht nur die internationale, sondern zugleich auch die örtliche Zuständigkeit definiert; die Regelung verdränge somit in ihrem Anwendungsbereich das IPRG. Sodann fielen vorsorgliche Massnahmen betreffend den Unterhalt unabhängig davon unter Art. 31 LugÜ, ob sie selbständig oder im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens oder eines Verfahrens auf Abänderung eines Scheidungsurteils beantragt würden. Sie könnten demnach nicht nur bei den gemäss Art. 2 ff. LugÜ in der Hauptsache zuständigen Gerichten, sondern gestützt auf Art. 31 LugÜ auch beim Gericht eines Vertragsstaates, das nach seinem nationalen Recht für den Erlass solcher Massnahmen zuständig sei, beantragt werden. Da sich die Zuständigkeitsprüfung nach nationalem Recht richte, dürfe dieses Gericht über Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen sogar entscheiden, wenn es für die Entscheidung in der Hauptsache nach den Vorschriften des LugÜ nicht zuständig sei. Es bestehe ein Wahlrecht des Antragstellers, ob er die vorsorgliche Massnahme bei einem Hauptsachegericht nach LugÜ oder bei einem gemäss nationalem Recht zuständigen Gericht beantragen wolle. Die Vorinstanz sei damit "zumindest für das Verfahren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sachlich und örtlich zuständig" (act. 37 S. 3 ff.).

3.2.1 Die Vorinstanz und der Kläger gehen zu Recht davon aus, dass auf Unterhaltssachen das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12) anwendbar und vorliegend der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens gegeben ist. Das Lugano-Übereinkommen sieht neben der allgemeinen Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2 LugÜ) in Art. 5 Ziff. 2 eine besondere Zuständigkeit für Unterhaltssachen vor beim Gericht des Ortes, an dem der Unterhaltsberechtigte seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (Bst. a), oder im Fall einer Unterhaltssache, über die im Zusammenhang mit einem Verfahren in Bezug auf den Personenstand oder in Bezug auf die elterliche

Verantwortung zu entscheiden ist, vor dem nach seinem Recht für dieses Verfahren zuständigen Gericht, es sei denn diese Zuständigkeit beruht lediglich auf der Staatsangehörigkeit einer der Parteien (Bst. b und c). Da die Beklagte und die Kinder Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in Portugal haben und hierorts keine Zuständigkeit für eine Verbundsache besteht, ergibt sich aus diesen Bestimmungen keine Zuständigkeit für Unterhaltsklagen (bzw. für vorsorgliche Massnahmen betreffend den Unterhalt) in der Schweiz. Das Lugano-Übereinkommen kennt im Übrigen auch keine "Abänderungszuständigkeit" des Gerichts, welches den Unterhaltsbeitrag ursprünglich festgesetzt hat (DIKE-Komm. LugÜ-ACOCELLA, Art. 5 LugÜ N 198).

3.2.2 In Frage steht, ob sich eine hiesige Zuständigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 31 LugÜ ergibt. Nach Art. 31 LugÜ können die im Recht eines durch das Übereinkommen gebundenen Staates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen bei den Gerichten dieses Staates auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen durch das Übereinkommen gebundenen Staates zuständig ist. Ein Gericht eines Vertragsstaats kann mithin trotz fehlender Hauptsachenzuständigkeit angerufen werden, wenn es nach seinem nationalen Recht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig ist. Bei Art. 31 LugÜ handelt es sich um eine (blosse) Verweisungsnorm (PHURTAG, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht, Bern 2019, Rz. 406 m.H.); die Zuständigkeitsprüfung richtet sich nach dem nationalen Recht (DIKE-Komm. LugÜ-ACOCELLA, Art. 31 LugÜ N 35, 50; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 6; SHK LugÜ-KOFMEL EHRENZELLER/PHURTAG, Art. 31 N 2, 20; BGer 5A\_801/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.3.3). Dies verkennt der Kläger, wenn er darauf verweist, dass Art. 5 Ziff. 2 LugÜ nicht nur die internationale, sondern zugleich auch örtliche Zuständigkeit definiere, und – zu Unrecht – anzunehmen scheint, dass dies auch für Art. 31 LugÜ gelten müsse (vgl. act. 37 S. 4 f.).

3.2.3 In der Schweiz findet sich die massgebliche Zuständigkeitsnorm für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen in Art. 10 IPRG (vgl. BGer 5A\_801/2017 vom 14. Mai 2018 E. 3.3.3). Danach

sind zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen neben den in der Hauptsache zuständigen Gerichten (Bst. a) die schweizerischen Gerichte am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, zuständig (Bst. b). Für die Anwendbarkeit von Art. 10 Bst. b IPRG hat das Bundesgericht im Interesse der Koordination mit dem Hauptsacheverfahren allerdings einschränkende Voraussetzungen aufgestellt: Eine Massnahmenzuständigkeit am Vollstreckungsort kommt nur in Betracht, wenn das vom in der Hauptsache zuständigen ausländischen Gericht anzuwendende Recht keine Regelung kennt, gemäss welcher für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden können, wenn die vom ausländischen Gericht angeordneten Massnahmen am Wohnsitz der Partei in der Schweiz nicht vollstreckt werden können, wenn Massnahmen zur Sicherung einer künftigen Vollstreckung in Vermögenswerte in der Schweiz angeordnet werden müssen, wenn Gefahr im Verzug ist oder wenn nicht zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht innert angemessener Frist einen Entscheid fällt (BGE 134 III 326 E. 3.5.1; BGer 5A\_910/2017 vom 6. März 2018 E. 4.2; BGer 5A\_942/2018 vom 17. Juni 2019 E. 6.3; s.a. BSK IPRG-DROESE, Art. 10 N 18; DIKE-Komm. LugÜ-ACOCELLA, Art. 31 LugÜ N 18). Die Bestimmung ist damit – ausgehend von ihrem Zweck, bei fehlender Zuständigkeit in der Hauptsache unter bestimmten Umständen einen sofortigen und lückenlosen Schutz zu gewährleisten – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur anwendbar, wenn die erforderlichen Massnahmen dringend und notwendig sind, was die gesuchstellende Person nachzuweisen hat (BGer 5A\_919/2017 vom 6. März 2018 E. 4.2 m.H.).

Der Kläger tut nicht dar und es ist nicht ersichtlich, dass diese Voraussetzungen erfüllt wären, d.h. dass die Anordnung einer Massnahme durch das hiesige Gericht dringend und notwendig wäre, weil das in der Hauptsache zuständig portugiesische Gericht einen rechtzeitigen und wirksamen einstweiligen Rechtsschutz nicht gewähren kann. Die Vorinstanz hat entsprechend zu Recht eine Massnahmenzuständigkeit verneint.

3.3 Nach dem Ausgeführten ist die Vorinstanz auch auf das Massnahmebegehren zu Recht nicht eingetreten (Dispositiv-Ziffer 2). Die Berufung ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist (vgl. vorne E. 2.1).

#### IV.

1. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt (vgl. § 12 Abs. 1 und 2 i.v.m. § 5 Abs. 1 und 2 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Kläger nicht, da er unterliegt, der Beklagten nicht, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

2.

2.1 Der Kläger stellt für das obergerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, inklusive unentgeltliche Rechtsverteidigung.

2.2.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen und zu bewilligen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Insbesondere ist die Mittellosigkeit aufgrund der aktuellen finanziellen Verhältnisse darzulegen (DIKE-Komm. ZPO-HUBER, Art. 119 N 13; ZK ZPO-EMMEL, Art. 119 N 5), und zwar auch dann, wenn der gesuchstellenden Person vor der ersten Instanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden war (BGer 5A\_683/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 4.1; BGer 5A\_716/2018 vom 27. November 2018 E. 4.3; BGer 4A\_675/2012 vom 18. Januar 2013 E. 7.1 f.).

2.2.2 Nach dem Ausgeführten ist die Berufung als aussichtslos zu betrachten. Zudem hat der Kläger ausser der Steuererklärung und -rechnung (act. 38/2) keine Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen eingereicht. Er hat es dabei belassen, auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren zu verweisen und pauschal zu behaupten, an seiner wirtschaftlichen Lage habe sich nichts geändert (act. 37 S. 5). Das genügt nicht. Dem (anwaltlich vertretenen) Kläger hätte obliegen, seine aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse und insbesondere auch den Aufwand für den notwendigen Lebensunterhalt darzulegen und zu belegen (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO; DIKE-Komm.

ZPO-HUBER, Art. 119 N 18 ff.; BGer 5A\_266/2021 vom 1. Juni 2021 E. 5 m.H.), was er nicht getan hat. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung ist abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung des Berufungsklägers wird nicht eingetreten, soweit sich diese gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster richtet.
2. Das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 37, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. K. Würsch

versandt am: