

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150022-O/U.doc

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: RE150006

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 27. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

Bezirksgericht Affoltern,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Ergänzung Eheschutz / unentgeltliche Rechtspflege**

Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 1. April 2015 (ET150002-A)

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1a. Der Gesuchstellerin sei vorsorglich vor Erhebung der Eheschutzergänzungsklage und der dort zu treffenden Anordnungen superprovisorisch sofort die alleinige elterliche Sorge für die mit dem Gesuchsgegner gemeinsame Tochter C._____, geboren am tt.mm.2011, zuzuteilen.
- b. Eventualiter sei die Gesuchstellerin vorsorglich superprovisorisch gerichtlich sofort dazu zu ermächtigen, den Schweizer Pass für C._____ alleine ohne Zustimmung des Gesuchsgegners bei der zuständigen Behörde (Schweizer Generalkonsulat in Santo Domingo, Dominikanische Republik) zu beantragen.
- c. Subeventualiter sei der Gesuchsgegner vorsorglich superprovisorisch dazu zu verpflichten, seine schriftliche Zustimmung für die Ausstellung des Schweizer Passes für C._____ zu erteilen.

Für die Vornahme dieser Verpflichtung sei dem Gesuchsgegner eine Frist von nicht länger als drei Tagen anzusetzen und für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von nicht unter Fr. 250.– aufzuerlegen.

- 2a. (Eventualbegehren) Der Gesuchstellerin sei vorsorglich vor Erhebung der Eheschutzergänzungsklage die alleinige elterliche Sorge für die mit dem Gesuchsgegner gemeinsame Tochter C._____, geboren am ttt.mm.2011, zuzuteilen.
- b. Eventualiter sei die Gesuchstellerin vorsorglich gerichtlich dazu zu ermächtigen, den Schweizer Pass für C._____ alleine ohne Zustimmung des Gesuchsgegners bei der zuständigen Behörde (Schweizer Generalkonsulat in Santo Domingo, Dominikanische Republik) zu beantragen.
- c. Subeventualiter sei der Gesuchsgegner vorsorglich dazu zu verpflichten, seine schriftliche Zustimmung für die Ausstellung des Schweizer Passes für C._____ zu erteilen.

Für die Vornahme dieser Verpflichtung sei dem Gesuchsgegner eine Frist von nicht länger als drei Tagen anzusetzen und für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von nicht unter Fr. 250.– aufzuerlegen.

3. Der Gesuchstellerin sei für das vorliegende Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung sowie in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom
1. April 2015 (Urk. 8, Urk. 11):**

Es wird verfügt:

1. Auf die Begehren betreffend Zuteilung der elterlichen Sorge (Rechtsbegehren 1a. und 2a.) wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Schriftlich Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
4. Rechtsmittelbelehrung [Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 1, Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 2]

Es wird erkannt:

1. Die Dringlichkeitsbegehren (Rechtsbegehren 1b. und 1c.) werden abgewiesen.
2. Die Massnahmebegehren (Rechtsbegehren 2a. und 2b. [recte: 2b. und 2c]) werden abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Dem Gesuchsgegner wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittelbelehrung [Berufung]

Berufungsanträge (Urk. 10 S. 2)

- "1. Die Berufung sei gutzuheissen und die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 1. April 2015 (Geschäfts-Nr. 150002-A/U, S. 13 ff.) aufzuheben.
- 2.a. Der Berufungsklägerin sei vorsorglich bis Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache (Scheidung, Eheschutz, Zuteilung elterliche Sorge an Berufungsklägerin) resp. bis zum gerichtlichen Entscheid darüber provisorisch die elterliche Sorge für die mit dem Berufungsbeklagten gemeinsame Tochter C._____, geboren am tt.mm.2011, zuzuteilen.
- 2.b. Eventualiter sei die Berufungsklägerin gerichtlich dazu zu ermächtigen, den Schweizer Pass für die mit dem Berufungsbeklagten gemeinsame Tochter C._____ alleine ohne Zustimmung des Berufungsbeklagten bei der zuständigen Behörde (Schweizer Generalkonsulat in Santo Domingo, Dominikanische Republik) zu beantragen.

- 2.c. Subeventualiter sei der Berufungsbeklagte dazu zu verpflichten, seine schriftliche Zustimmung für die Ausstellung des Schweizer Passes für C._____ zu erteilen.

Für die Vornahme dieser Verpflichtung sei dem Berufungsbeklagten eine Frist von nicht länger als drei Tagen anzusetzen und für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse von nicht unter Fr. 250.– aufzuerlegen.

3. Subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit dieses im Sinne der Erwägungen und Weisungen des Obergerichts des Kantons Zürich neu darüber befindet.
4. Der Berufungsklägerin sei für das erstinstanzliche Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.
5. Es sei vor der Berufungsinstanz eine mündliche Verhandlung durchzuführen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 23. März 2015 leitete die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz das vorliegende Verfahren ein (Urk. 1). Sie beantragte die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge über die Tochter C._____, eventualiter die Ermächtigung zur Beantragung eines Schweizer Passes für die Tochter ohne, subeventualiter mit Zustimmung des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner), im Sinne sofortiger (superprovisorischer) und vorsorglicher Massnahmen. Die Vorinstanz trat mit Verfügung und Urteil vom 1. April 2015 ohne Einholung einer Stellungnahme des Gesuchsgegners auf die Begehren der Gesuchstellerin betreffend Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge nicht ein und wies diejenigen betreffend Ausstellung des Schweizer Passes ab. Ebenfalls abgewiesen wurde ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 8 = Urk. 11).

Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 17. April 2015 rechtzeitig (Urk. 9) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 10). Die

vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Überdies erübrigt sich die Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung (Berufungsantrag Ziff. 5).

2. Die vorinstanzliche Verfügung ist hinsichtlich der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege - wie im Entscheid zutreffend belehrt (Urk. 11 S. 14) - mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO). Die Gesuchstellerin hat dagegen Berufung erhoben. Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels schadet grundsätzlich nicht (Blickenstorfer, in: DIKE-Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 67 vor Art. 308-334 ZPO), weshalb die rechtzeitige Berufung der Gesuchstellerin zu diesem Punkt als Beschwerde entgegenzunehmen und ein entsprechendes Verfahren (RE150006) anzulegen war. Da sowohl die Berufung als auch die Beschwerde die gleiche Sache betreffen, sind die beiden Verfahren nunmehr in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen, das Beschwerdeverfahren als dadurch erledigt abzuschreiben und unter dem vorliegenden Geschäft weiterzuführen. Die Akten des Beschwerdeverfahrens sind als Urkunde 16 zu den Akten des Berufungsverfahrens zu nehmen. Da sich auch die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, die Tochter C._____, welche am tt.mm.2011 in der Dominikanischen Republik geboren worden sei, lebe seither dort bei ihrer Grossmutter mütterlicherseits. Um die Tochter zu sich in die Schweiz holen und für sie persönlich sorgen zu können, habe die Gesuchstellerin den Schweizer Pass für sie beantragen wollen, welcher ihr jedoch nach Angaben des Schweizer Generalkonsulats in Santo Domingo nur ausgestellt werde, wenn das Einverständnis beider sorgeberechtigter Elternteile vorliege. Dieses habe der Gesuchsgegner verweigert (Urk. 1 S. 4 f.). Die Hauptsachenprognose hinsichtlich der Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge für

C._____ sei positiv, liege sie doch im Kindeswohl. Der Gesuchsgegner habe die Tochter bis heute nicht nur völlig vernachlässigt, sondern sie nicht einmal anerkennen wollen und diesbezüglich Klage eingereicht. Es sei daher sehr wahrscheinlich, dass der Gesuchstellerin in einem Scheidungsurteil das alleinige Sorgerecht zugesprochen werde, weshalb sich dies auch für das Eheschutzverfahren aufdränge (Urk. 1 S. 6 f.). Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil liege in der Verletzung des Rechts auf Ausübung der elterlichen Sorge sowie den hohen Reisekosten der Gesuchstellerin angesichts der geographischen Trennung (Urk. 1 S. 7 f.). Überdies sei die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge verhältnismässig, da ein Verbringen der Tochter in die Schweiz einzig mittels alleiniger gesetzlicher Vertretungsmacht möglich sei (Urk. 1 S. 8). Die Dringlichkeit resultiere aus den das Kindeswohl schädigenden weiteren Verzögerungen. Ein gleichlautender Antrag im Rahmen einer Scheidung auf Klage sei erst in ca. einem Jahr möglich (Urk. 1 S. 9).

2. Der Vorderrichter trat auf das Hauptbegehren - die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge - nicht ein. Er erwog, die Zuständigkeit zur Anordnung entsprechender Schutzmassnahmen liege gestützt auf Art. 1 Abs. 2 IPRG und Art. 85 Abs. 1 IPRG in Verbindung mit Art. 3 lit. b Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ) und Art. 5 Abs. 1 HKsÜ bei den Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes, mithin denjenigen der Dominikanischen Republik. Eine subsidiäre Zuständigkeit in der Schweiz gemäss Art. 6 - 12 HKsÜ bestehe nicht (Urk. 11 S. 3 ff.). Für die Behandlung der Eventualbegehren - die Ausstellung des Passes durch die Gesuchstellerin allein resp. mit verpflichteter Zustimmung des Gesuchsgegners - bejahte die Vorinstanz ihre Zuständigkeit, entsprach den Begehren jedoch aus materiellen Überlegungen nicht. Sie kam zum Schluss, mangels Zuständigkeit für die Zuteilung der elterlichen Sorge sei für die Eventualbegehren weder eine damit zusammenhängende positive Hauptsachenprognose noch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht worden. Überdies fehle es an einer akuten Gefährdungslage, weshalb die Vorinstanz die Begehren abwies (Urk. 11 S. 6 ff.).

3. Zuteilung alleinige elterliche Sorge

a) Die Gesuchstellerin macht unter diesem Titel mit ihrer Berufung geltend, in einem allfälligen nachfolgenden Scheidungsprozess komme eine Anknüpfung gemäss Art. 10 Ziff. 1 HKsÜ in Frage. Darüber hinaus beruft sie sich auf die Notzuständigkeit der Schweizer Gerichte (Art. 3 IPRG), da eine Prozessführung in der Dominikanischen Republik angesichts deren jahrelangen Dauer (mangelnde Mitwirkung des Gesuchsgegners, fehlende Rechtshilfeabkommen) mit Blick auf das Kindeswohl unzumutbar resp. unmöglich sei.

b) Zuständig für die Beurteilung der alleinigen elterlichen Sorge sind gestützt auf Art. 1 Abs. 2 IPRG und Art. 85 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 3 lit. b HKsÜ und Art. 5 Abs. 1 HKsÜ die Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, mithin die Behörden der Dominikanischen Republik. Es kann hierzu auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 11 S. 3ff, 5). Anzumerken ist, dass die Zuständigkeit der Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes dessen Schutz dient, da diese Behörden aufgrund der Nähe zum Schwerpunkt seiner Lebensbeziehungen als geeigneter erscheinen.

Mit Art. 10 HKsÜ lässt sich entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin keine subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte begründen. Diese ist - neben anderen Voraussetzungen - nur im Rahmen der Zuständigkeit für ein Verfahren betreffend Scheidung, Trennung, Aufhebung oder Nichterklärung der Ehe der Eltern gegeben. Vorliegend handelt es sich um ein Massnahmeverfahren vor Rechtshängigkeit der Hauptsache (Art. 263 ZPO). Dessen Prosekution als Ehe-schutz- oder Sorgerechtsprozess (Urk. 10 S. 7) erfüllt die Voraussetzung von Art. 10 HKsÜ nicht. Ein Scheidungsprosekutionsverfahren verlangt die Gesuchstellerin zu Recht nicht (Urk. 10 S. 7), fehle es doch für die Scheidungsklage am Ablauf der zweijährigen Trennungsdauer (Trennungszeitpunkt Frühjahr 2014), für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren am Mitwirkungswillen der Gegenpartei. Es liegt somit kein Anwendungsfall von Art. 10 HKsÜ vor (vgl. auch BGer v. 27. Juni 2011, 5A_622/2010 E. 3).

Des Weiteren verfährt die Argumentation der Gesuchstellerin betreffend die Notzuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf Art. 3 IPRG nicht. Wie bereits festgehalten, beurteilt sich die Zuständigkeit für die Zuteilung der elterlichen Sorge vorliegend nach dem Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ). Dieses regelt die Zuständigkeit abschliessend. Art. 3 IPRG sieht eine subsidiäre Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu den Zuständigkeitsnormen *des IPRG* vor. Die Bestimmung ist somit im Bereich des Haager Kindesschutzübereinkommens nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 2 IPRG, vgl. auch BGer v. 5.5.2006, 4C.329/2005 E. 4 betreffend fehlende Anwendbarkeit für das Lugano-Übereinkommen) und fällt damit von vornherein ausser Betracht. Zu erwägen wäre eine Notzuständigkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK. Indes ist auch diese zu verneinen, erscheint doch eine vor dominikanischen Behörden erhobene Klage auf Zuteilung der elterlichen Sorge nicht von vornherein unzumutbar oder unmöglich. Es reicht nicht aus, dass ein Rechtsgang in der Schweiz bequemer wäre. Namentlich liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach das Gerichtssystem in der Dominikanischen Republik etwa wegen Korruption, kriegerischer Ereignisse oder höherer Gewalt nicht funktioniere. Was die Verfahrenslänge, namentlich den behaupteten unmöglichen Rechtshilfeweg anbelangt (Urk. 10 S. 6), ist auf Art. 29 ff. HKsÜ zu verweisen, wonach zentrale Behörden eines jeden Vertragsstaats zur Förderung und Erleichterung des internationalen Informationsaustausches und zur Zusammenarbeit zwischen den mit Kindesschutzmassnahmen befassten Behörden und Gerichten verpflichtet sind. Dies umfasst unter anderem die Veranlassung von Berichten über die Lage des Kindes oder die Übermittlung von Auskünften und Beweisen betreffend die Eignung eines Elternteils (vgl. Botschaft zur Umsetzung der Übereinkommen über internationale Kindesentführung sowie zur Genehmigung und Umsetzung der Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und Erwachsenen, BBl 2007, S. 2607 ff.). Demzufolge ist auch eine Notzuständigkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK abzulehnen.

c) Zusammengefasst sind die schweizerischen Gerichte für die beantragte vorsorgliche Zuteilung der elterlichen Sorge an die Gesuchstellerin nicht zuständig. Die Vorinstanz trat zu Recht auf die entsprechenden Begehren nicht ein. Die Be-

rufung ist in diesem Punkt abzuweisen und der erstinstanzliche Nichteintretensentscheid zu bestätigen.

4. Ausstellung des Schweizer Passes

a) Die Vorinstanz wies das Begehren um Ausstellung des Schweizer Passes im Wesentlichen mit der Begründung ab, sie sei für die Zuteilung der elterlichen Sorge nicht zuständig, weshalb weder eine positive Hauptsachenprognose noch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil glaubhaft gemacht worden sei (Urk. 11 S. 9 ff.). Überdies fehle es an einer akuten Gefährdungslage und damit an der Dringlichkeit (Urk. 11 S. 12).

Die Gesuchstellerin rügt, sie habe sich entgegen der Ansicht im angefochtenen Entscheid für die Ausstellung des Passes nicht nur auf den Anspruch auf die Zuteilung der elterlichen Sorge berufen, sondern auch auf das Kindeswohl, welches ein rasches Zusammenführen von Mutter und Tochter gebiete. Für die Reise zur Mutter in die Schweiz benötige das Kind einen Schweizer Pass, wodurch es in der Schweiz verbleiben könne (Urk. 10 S. 9 f.). Vor allem bedürfe ein kleineres Kind wie die kürzlich vier Jahre alt gewordene C._____ in besonderer Weise der mütterlichen Fürsorge. Hinzu komme der im Kindeswohl liegende, sich aus dem Aufenthalt in der Schweiz ergebende Zugang zu höherer Bildung. Der Gesuchsgegner wirke mit seinem kontraproduktiven Handeln dem Kindeswohl vorsätzlich diametral entgegen und verletze das der Gesuchstellerin zustehende Recht zur Wahrnehmung der elterlichen Sorge zum Wohle ihres Kindes. Darunter falle auch die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes (Urk. 10 S. 9). Die elterliche Sorge stelle ein höchstpersönliches Recht dar. Zudem habe die Vorinstanz den verfassungsmässigen und völkerrechtlichen Anspruch auf Einheit der Familie verletzt (Art. 14 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK). Schliesslich entstehe durch die geographische Trennung der Tochter Reiseaufwand (Urk. 10 S. 11). Überdies rügt die Gesuchstellerin die Verletzung der Official- und Untersuchungsmaxime, da die Vorinstanz ihrem Entscheid die Verhandlungsmaxime zugrunde gelegt habe (Urk. 10 S. 8, Urk. 11 S. 8). Sie habe zudem die Begründungspflicht verletzt, indem sie das Rechtsbegehren betreffend Ermächtigung der Gesuchstellerin, ohne

Zustimmung des Gesuchsgegners die Ausstellung des Passes zu beantragen, mit keinem Wort erwähnt habe (Urk. 10 S. 11).

b) Hinsichtlich der Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen kann - mit Ausnahme der anzuwendenden Verfahrensmaxime (dazu nachstehend E. 4.d.bb.) - auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 11 S. 7 ff.).

c) Ausstellung des Schweizer Passes ohne Zustimmung des Gesuchsgegners (Berufungsantrag Ziff. 2.b)

aa) Im angefochtenen Entscheid werden die Eventualbegehren der Gesuchstellerin um Beantragung eines Passes für die Tochter ohne Zustimmung des Gesuchsgegners (Rechtsbegehren Ziff. 1.b.+ 2.b.) bei der Zuständigkeitsprüfung erwähnt (Urk. 11 S. 6), im Weiteren aber nicht behandelt. In den Erwägungen setzt sich die Vorinstanz einzig mit den Rechtsbegehren betreffend Passausstellung *mit* Zustimmung des Gesuchsgegners (Rechtsbegehren Ziff. 1.c.+ 2.c.) auseinander. Zwar sind die Argumente der Gesuchstellerin zu beiden Begehren dieselben, es ist ihr aber zuzustimmen, dass die Begründung des Entscheids insofern lückenhaft ist. Überdies stimmt sie nicht mit dem (fehlerhaften) Erkenntnis-Dispositiv überein (Erkenntnis-Dispositivziffer 2, recte: Rechtsbegehren 2b + 2c), welches nachfolgend zu berichtigen ist. Insgesamt ist die Frage im Ergebnis jedoch nicht von Relevanz, gehen doch sowohl der Standpunkt der Gesuchstellerin, als auch der (vermeintliche) der Vorinstanz an der Sache vorbei. Das Begehren ist vielmehr aus folgenden Überlegungen abzuweisen:

bb) Alle Schweizer Staatsangehörigen haben Anspruch auf einen Ausweis, welcher der Inhaberin oder dem Inhaber zum Nachweis der Schweizer Staatsangehörigkeit und der eigenen Identität dient (Art. 1 Bundesgesetz über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige [Ausweisgesetz, AwG]). Wie die Gesuchstellerin zutreffend ausführt, richtet sich die Ausstellung eines Schweizer Passes nach Art. 5 AwG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 Verordnung über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige (Ausweisverordnung, VAwG). Danach benötigen Minderjährige zur Einreichung des Antrages die schriftliche Einwilligung ihres ge-

setzlichen Vertreters, wobei bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Zustimmung beider Elternteile einzuholen ist, wenn diese nicht ohne weiteres vermutet werden kann. Die Gesuchstellerin verlangt nun eine Passausstellung ohne Zustimmung des sorgeberechtigten zweiten Elternteils. Solches sehen das Ausweisgesetz und dessen Ausführungsbestimmungen (VAwG) nicht vor. Der Anspruch auf Ausstellung eines Passes einzig auf Antrag der Gesuchstellerin bestünde lediglich dann, wenn ihr die alleinige Sorge zustünde. Dies ist zur Zeit nicht der Fall. Vorsorgliche Massnahmen sind nur anzuordnen, wenn ihnen ein materiell-rechtlicher Anspruch zugrunde liegt. Ist dieser - wie vorliegend - nicht nachgewiesen, ist mittels vorsorglicher Massnahmen auch nichts zu schützen. Es fehlt am erforderlichen Verfügungsanspruch (vgl. Güngerich, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150-352 ZPO, Bern 2012, N 14 zu Art. 261 ZPO). Das Eventualbegehren um Ermächtigung zur Beantragung eines Schweizer Passes ohne Zustimmung des Gesuchsgegners ist daher abzuweisen und der angefochtene Entscheid insofern zutreffend. Ausführungen zu den weiteren Vorbringen der Gesuchstellerin zu diesem Punkt erübrigen sich.

d) Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Zustimmung zur Passausstellung (Berufungsantrag Ziff. 2.c)

aa) Dem Subeventualbegehren der Gesuchstellerin, den Gesuchsgegner zur Zustimmung zur Passausstellung zu verpflichten, liegt der materiell-rechtliche Anspruch auf Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge für C._____ zugrunde. In deren Rahmen ist von beiden sorgeberechtigten Elternteilen die Ausstellung des Passes für das Kind zu beantragen. Diesbezüglich liegt somit ein Verfügungsanspruch vor. Daran ändert entgegen der Auffassung der Vorinstanz nichts, dass das angerufene Gericht für die Beurteilung der elterlichen Sorge nicht zuständig ist (Urk. 11 S. 9 f.).

bb) In Verfahren in Kinderbelangen hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz, Art. 296 Abs. 1 ZPO) und ist nicht an die Parteianträge gebunden (Offizialmaxime, Art. 296 Abs. 3 ZPO). Diese Grundsätze gelten für alle Zivilverfahren betreffend unmündi-

ge Kinder (BGer v. 6.3.2007, 5C.269/2006 E.2.2.3. mit weiteren Hinweisen, Spycher, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 296 ZPO). Indem die Vorinstanz ihrem Entscheid die Verhandlungsmaxime zugrunde legte (Urk. 11 S. 8 ff.), verletzte sie die entsprechenden Verfahrensgrundsätze. Die Rüge der Gesuchstellerin ist begründet. Sie führt allerdings nur dann zur Gutheissung der Berufung, wenn den Massnahmebegehren unter Zugrundelegung der Official- und Untersuchungsmaxime stattzugeben wäre. Dies ist nachstehend zu prüfen.

cc) Da mit der Vorinstanz für die Zuteilung der elterlichen Sorge die Zuständigkeit der dominikanischen Behörden zu bejahen ist, ist dem Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht Rechnung zu tragen. Es liegt somit entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 10 S. 10) kein Anwendungsfall von Art. 15 Abs. 2 HKsÜ vor, vielmehr beurteilt sich die elterliche Sorge nach dominikanischem Recht (Art. 15 Abs. 1 HKsÜ). Dieses statuiert während der Dauer der Ehe die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern (Art. 372 Codice Civil de la Republica Dominicana, CC, Urk. 14/3). Sie haben Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit des Kindes zu garantieren und ihnen obliegt dessen Schutz, Aufsicht und Erziehung (Art. 371-2 CC).

dd) Die Gesuchstellerin hat als Mitinhaberin der elterlichen Sorge im Sinne von Art. 371-2 CC grundsätzlich Anspruch auf deren uneingeschränkte Ausübung, namentlich auch auf Betreuung, Pflege und Erziehung der Tochter. Indem sich der Gesuchsgegner gegen die Ausstellung des Passes und damit die Zusammenführung von Mutter und Tochter ausspricht (Urk. 3/5), gefährdet er diesen Anspruch. Sodann ist der Gesuchstellerin grundsätzlich darin beizupflichten, dass nach objektiven Gesichtspunkten eine über Jahre dauernde Trennung eines Kindes von seinen Eltern zu einer Entfremdung führt und dessen frühe Einreise in die Schweiz dieser entgegenwirken und zudem seine Integration erleichtern könnte. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt indes Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Überdies ist erforderlich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig

erscheint. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. Dabei soll der durch den noch ausstehenden Entscheid zu regelnde Zustand nicht präjudiziert werden. Massnahmen, die im Resultat und in ihrer Begründung praktisch auf eine Vorwegnahme des Endentscheids hinauslaufen, sollen vorbehältlich ausserordentlicher Verhältnisse nicht angeordnet werden (BGer v. 3.1.2006, 2A.397/2005 mit weiteren Hinweisen).

Die Gesuchstellerin hat ihr Kind nach der Geburt in der Dominikanischen Republik in der Obhut seiner Grossmutter zurückgelassen und ist allein in die Schweiz zurückgekehrt. Seither lebt die nunmehr vierjährige Tochter C._____ unverändert bei der Grossmutter. Die Umstände für die Trennung von Mutter und Tochter hat die Gesuchstellerin somit ursprünglich selbst gesetzt. Zwar mag deren Dauer auf das langwierige Verfahren zur Eintragung ins Schweizer Personenregister zurückzuführen sein (Urk. 10 S. 13, Urk. 3/7). Tatsache aber ist, dass das Kind nunmehr vier Jahre im Ausland und von der Mutter getrennt lebt. Zu seinen dortigen Lebensumständen, den persönlichen Bindungen und Entwicklungschancen ist nichts bekannt. In der Regel baut ein Kind in seinen ersten vier Lebensjahren eine enge Bindung zu seinen Bezugspersonen auf. Dass das Kindeswohl zur Zeit durch die Grossmutter nicht gewahrt werde, wurde denn auch von der Gesuchstellerin nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund ist bereits das Erfordernis der Dringlichkeit, die Einreise der Tochter in die Schweiz sofort zu ermöglichen, vorliegend nicht glaubhaft gemacht. Überdies liegen die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen für die Beurteilung der Hauptsachenprognose nicht vor, ist doch die Lebensausgestaltung der Tochter in der Dominikanischen Republik - wie erwähnt - vollends unbekannt. Diese werden im Rahmen des Hauptsachenprozesses betreffend die elterliche Sorge von den zuständigen Gerichten vor Ort zu beschaffen sein. Im vorliegenden Verfahren hat das Gericht auch unter Zugrundelegung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich auf die Vorbringen der Parteien sowie im Rahmen des Massnahmeverfahrens auf bereits vorhandene Beweismittel abzustellen. Aufgrund dieser tatsächlichen Unklarheiten ist bei der Gewährung

des einstweiligen Rechtsschutzes betreffend die Passausstellung angesichts dessen Tragweite für das Kindeswohl Zurückhaltung am Platz. Durch einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsorts von C._____ in die Schweiz würde zudem die Zuständigkeit für die Beurteilung der elterlichen Sorge von den dominikanischen Behörden zu den schweizerischen Gerichten verschoben und damit würden letztlich die Regelungen des Haager Übereinkommens unterlaufen, welche ausdrücklich - und zum Schutz des Kindes - eine Zuständigkeit an dessen tatsächlichen Lebensmittelpunkt vorsehen. Auch vor diesem Hintergrund verdient die beantragte Massnahme unter Abwägung der verschiedenen Interessen und im Lichte der zitierten Bundesgerichtsrechtsprechung keinen Rechtsschutz. Folglich ist das Subeventualbegehren betreffend Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Zustimmung zur Passausstellung - auch unter Zugrundelegung der Official- und Untersuchungsmaxime - abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

5. Insgesamt erweist sich die Berufung demnach als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist. Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen und zu bestätigenden Urteils ist insoweit zu berichtigen, als die Massnahmebegehren (Rechtsbegehren 2b. und 2c.) abzuweisen sind (Art. 334 Abs. 2 ZPO), nachdem auf Rechtsbegehren 2a. nicht eingetreten werden kann.

6. Die Gesuchstellerin beantragt schliesslich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Massnahmebegehren seien begründet und damit nicht aussichtslos. Entsprechend sei ihr sowohl für das erstinstanzliche Verfahren als auch das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 10 S. 2, 14).

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, wies der Vorderrichter die Begehren der Gesuchstellerin zutreffend ab, soweit er auf sie eintrat. Die Gewinnaussichten für die Rechtsbegehren waren bereits bei Prozessbeginn geringer als die Verlustgefahren und sind daher als aussichtslos zu bezeichnen. Dies gilt gestützt auf die vorstehenden Ausführungen auch für das Berufungsverfahren. Folg-

lich ist sowohl die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege wie auch das Gesuch um deren Erteilung im Berufungs- und Beschwerdeverfahren abzuweisen.

III.

1. Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– fest (Urk. 11 S. 12), was nicht beanstandet wurde (Urk. 10 S. 14) und zu bestätigen ist. Die Kostenverteilung, wonach die Gesuchstellerin die Kosten des Verfahrens zu tragen hat (Urk. 11 S. 12), erweist sich angesichts des Verfahrensausgangs als zutreffend und ist ebenfalls zu bestätigen.

2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels relevantem Aufwand ist dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren RE150006 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LE150022 vereinigt, unter dieser Prozessnummer weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Berufung und Beschwerde werden abgewiesen, und die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 1. April 2015

werden bestätigt, wobei Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 1. April 2015 wie folgt berichtigt wird:

"Die Massnahmebegehren (Rechtsbegehren 2b. und 2c.) werden abgewiesen."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 10, 13 und 14/3+4, sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG und ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 27. Mai 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
se