

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ100094-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 12. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin und Rekursgegnerin

betreffend **Zuständigkeit / Eintreten**

Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 8. November 2010 (FE090027)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil und Verfügung vom 8. November 2010 fällte die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich den Entscheid in der Scheidungsangelegenheit der Parteien. Dabei traf sie u.a. die folgende Anordnung (Urk. 3 S. 16):

1. Auf die Klage betreffend die Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts wird nicht eingetreten.
2. (Schriftliche Mitteilung).
3. (Rechtsmittelbelehrung).

2. Gegen diese Verfügung rekurrierte der Beklagte und Rekurrent (fortan Beklagter) und stellte die folgenden Anträge (Urk. 2 S. 2):

- "1. Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2010 (Prozess-Nr.: FE090027) sei aufzuheben.
2. stattdessen seien die Kinder C._____, geboren 1996 und D._____, geboren 1998, unter die elterliche Sorge der Klägerin und Rekursgegnerin zu stellen, soweit diese nicht zu einer gemeinsamen elterlichen Sorge Hand zu bieten vermag;
3. ferner sei die Klägerin und Rekursgegnerin für den Fall, dass keine elterliche Sorge vereinbart werden kann zu verpflichten, den Beklagten und Rekurrenten vor wichtigen Entscheidungen hinsichtlich der Lebensgestaltung sowie der Pflege und Erziehung der Kinder zu konsultieren; weiter sei sie zu verpflichten, ihn über wichtige Schulanlässe rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, ihm Kopien der Schulzeugnisse der Kinder zukommen zu lassen und ihn regelmässig über die Vermögensverhältnisse zu informieren;
4. weiter sei der Beklagte und Rekurrent diesfalls für berechtigt zu erklären, die Kinder, jeweils am ersten Wochenende eines jeden Monats von Freitagabend bis Sonntagabend sowie in der davor liegenden Schulwoche an den schulfreien Tagen, daneben an Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Oster Samstag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingst Samstag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu besuchen oder mit sich auf Besuch zu nehmen; ausserdem sei er für berechtigt zu erklären, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen;

5. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Klägerin und Rekursgegnerin."

3. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2010 wurde der Klägerin und Rekursgegnerin (fortan Klägerin) Frist zur Rekursantwort angesetzt, welche am 23. Dezember 2010 erstattet und mit Verfügung vom 17. Januar 2011 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 6, 9). Die Erstrichterin hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (Urk. 8).

II.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 134-149 aZGB anzuwenden.

2. Die Vorinstanz begründet den Nichteintretensentscheid wie folgt: Es liege ein internationaler Sachverhalt vor. Die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich sei für die Scheidung und deren Nebenfolgen gestützt auf Art. 59 lit. a IPRG und Art. 63 Abs. 1 IPRG gegeben. Die Klägerin habe mit ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren die Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts beantragt. Da die Klägerin und die beiden minderjährigen Töchter ihren Wohnsitz im europäischen Ausland hätten, liege ein internationales Verhältnis vor und somit richte sich die Zuständigkeit nach dem Minderjährigenschutzabkommen. Gemäss dessen Art. 1 seien die Gerichte und Verwaltungsbehörden desjenigen Staates zuständig, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Da die Kinder seit der Trennung der Eltern im Dezember 1999 in E. _____ lebten, befinde sich dort auch der gewöhnliche Aufenthalt, was die Zuständigkeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden von E. _____ für die beantragten Regelungen zur

Folge habe. Demzufolge sei auf den entsprechenden Antrag nicht einzutreten (Urk 3 S. 6f.).

3. Im Rekursverfahren führt der Beklagte aus, gemäss seiner Ansicht habe sich die Klägerin in der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen vom 14. November 2006 verpflichtet, die Kinderbelange im Sinne der heute gestellten Rekursanträge zu regeln, obschon er damals und heute noch der Ansicht sei, dass eigentlich nur eine gemeinsame elterliche Sorge im vorliegenden Fall sachgerecht wäre. Er, der Beklagte, habe sich gezwungen gesehen, die Konvention wegen der finanziellen Folgen der Scheidung zu widerrufen. In der Folge sei die Scheidung strittig weiter geführt worden. Stets hätten nur die finanziellen Folgen der Scheidung eine Rolle gespielt, nicht hingegen die Frage der elterlichen Sorge, der Besuchs- und Mitwirkungsrechte. Obschon letztere nicht mehr diskutiert worden seien, seien die Gerichte bisher davon ausgegangen, dass mit dem Widerruf der Konvention durch den Beklagten sämtliche Scheidungspunkte, also auch die Kinderbelange umstritten seien. Weder er noch die Klägerin hätten indessen jemals die Vereinbarung über die Kinderbelange angezweifelt, woraus er schliesse, dass sich die Klägerin nach wie vor damit einverstanden erklären könne. Auch sie könnte weiterhin ein Interesse daran haben, die Kinderbelange im Sinne der Vereinbarung vom 14. November 2006 unstrittig zu regeln, zumal diese Vereinbarung ihre diesbezüglichen Wünsche und Bedürfnisse vollkommen abdecke. Obschon er, der Beklagte, liebend gerne eine gemeinsame elterliche Sorge vereinbart hätte, könne er sich nach wie vor damit einverstanden erklären, dass die elterliche Sorge über die Töchter der Klägerin allein zugeteilt werde und dafür bestimmte Informationspflichten gegenüber dem Beklagten akzeptieren müsse. Wenn dies der Fall sei und ein Einverständnis zwischen den Parteien erzielt werde, könnten die hiesigen Gerichte eine entsprechende Vereinbarung in eigener Kompetenz genehmigen. Dafür müssten die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder nicht bemüht werden (Urk. 2 S. 3f.).

4. Für den Fall der Nichteinigung macht der Beklagte geltend, er sei nach wie vor der unverbrüchlichen Ansicht, dass es die Pflicht der hiesigen Gerichte sei, zusammen mit den anderen Nebenfolgen der Scheidung auch die Kinderbelange

zu regeln. Zum von der ersten Instanz erwähnten Minderjährigenschutzabkommen (MSA) sei zunächst zu erwähnen, dass das MSA per 1. Juli 2009 vom HKsÜ gemäss dessen Art. 51 verdrängt worden sei, was indessen wohl auf die Frage der Zuständigkeit im vorliegenden Fall keinen Einfluss haben dürfte. Es könne aber nicht sein, dass die Nebenfolgen in der Schweiz geregelt werden, aber zur Regelung des Kindesverhältnisses sowie der Besuchs- und Mitwirkungsrechte er in E._____ ein weiteres Verfahren anstrengen müsse. Das Gericht müsse deshalb seine Zuständigkeit bejahen, um dem Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils Genüge zu tun. Dies umso mehr, als der Umzug der Klägerin nach E._____ im Dezember 1999 einer Kindsentführung gleichkomme, welche nach wie vor unzulässigerweise ohne negativen Konsequenzen für die Klägerin geblieben sei, was von den Schweizer Gerichten nicht hingenommen werden dürfe. Schliesslich seien es insbesondere die beiden Töchter, die unter dem eigenmächtigen Vorgehen der Klägerin gelitten hätten und heute noch leiden würden. Die damalige Entführung habe krass gegen das Kindeswohl verstossen, worüber nicht einfach hinweg gesehen werden dürfe. Vor diesem Hintergrund sei der Beklagte der Überzeugung, dass die Schweizer Gerichte die Kinderbelange zu regeln hätten (Urk. 2 S. 6 ff.).

5. Anfechtbar ist einzig das Dispositiv des vorinstanzlichen Entscheides. Stellt eine Partei im Rekursverfahren Anträge, die sich nicht auf das Dispositiv des angefochtenen Entscheides beziehen, so ist darauf mangels Beschwer nicht einzutreten (ZR 82 Nr. 14). Entsprechend ist nur zu prüfen, ob die Erstinstanz zu Recht auf die Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts nicht eingetreten ist. Dass Motiv für den seinerzeitigen Widerruf der Konvention die finanziellen Belange waren, ändert nichts an der Tatsache, dass die Konvention als Ganzes widerrufen worden war (Urk. 3 S. 4, Urk. 7/27). Im Übrigen beantragt die Klägerin die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides und somit liegt kein Einverständnis vor, die Kinderbelange gemäss der seinerzeitigen Vereinbarung vom 14. November 2006 unstrittig zu regeln. Auf die betreffenden Rekursanträge Ziff. 2 - 4 ist daher nicht einzutreten.

6. Der Beklagte beruft sich auf den Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils. Im Entscheid BGE 130 III 537 ff. vom 17. Juni 2004 hält das Bundesgericht fest, dass nach bisherigem Recht der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils besagt, dass das mit der Scheidungsklage befasste Gericht auch für die Regelung aller sich aus der Scheidung ergebenden Nebenfolgen ausschliesslich zuständig ist und hierüber im gleichen Verfahren zu entscheiden hat. Es soll damit sichergestellt werden, dass alle im Zusammenhang mit einer Scheidung zu lösenden Fragen in einheitlicher Weise beurteilt werden und die bei getrennten Verfahren bestehende Gefahr widersprechender Entscheide vermieden wird - insbesondere was die Berücksichtigung eines Verschuldens im Scheidungspunkt (alt Art. 142 Abs. 2 aZGB) einerseits und bei der Beurteilung der Leistungen bei Scheidung (alt Art. 151 f. aZGB) andererseits betrifft (BGE 130 III 537 ff. mit Hinweisen).

Der schon bisher kraft ungeschriebenen Bundesrechts geltende Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils, so das Bundesgericht weiter, ist auch nach der ZGB-Revision von 1998/2000 zu beachten. Seine Tragweite hat sich allerdings verändert. Das geltende Scheidungsrecht hat den Grundsatz der Teilrechtskraft in Art. 148 Abs. 1 aZGB verankert. Es ist weitgehend verschuldensunabhängig ausgestaltet, so dass ein Koordinationsbedarf zwischen Scheidung einerseits und Scheidungsfolgen andererseits praktisch vollständig entfallen ist. Eine Gefahr sich widersprechender Urteile wäre höchstens noch in den seltenen Ausnahmefällen denkbar, wo die Ehe aus schwerwiegenden Gründen im Sinne von Art. 115 ZGB geschieden und der Unterhalt aus denselben Gründen gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB versagt oder gekürzt wird. Diesbezüglich bleibt ein gewisser Koordinationsbedarf bestehen (BGE 130 III 537 ff. mit Hinweisen).

7. Schon unter der Praxis zum bisherigen Recht galt der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils allerdings nicht absolut, sondern nur unter dem Vorbehalt internationaler Verträge (vgl. BGE 126 III 298 ff.), zu welchen auch das von der Vorderrichterin bezeichnete Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) zählt. Dieses sieht die Zuständigkeit der Ge-

richte am Aufenthaltsort der Kinder zur Regelung der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts vor (BGE 123 III 411; BGE 124 III 176).

8. Der Beklagte wendet ein, das MSA sei vom Haager Kindesschutzübereinkommen ersetzt worden, welches für die Schweiz am 1. Juli 2009 in Kraft getreten sei. Gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG (in der seit 1. Juli 2009 in Kraft stehenden Fassung) kommt für den Schutz von Kindern in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und das anwendbare Recht das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung der Massnahmen zum Schutz von Kindern (kurz Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011) zur Anwendung. Die Anwendung des Kindesschutzübereinkommens beschränkt sich auf seine Vertragsstaaten (Art. 51 HKsÜ). E. _____ ist dem Übereinkommen am tt.mm.jj beigetreten (vgl. <http://www.eda.admin.ch/vertraege>), also erst nach Fällung des erstinstanzlichen Entscheides. Da das MSA weiterhin im Kindesschutzbereich im Verhältnis zu denjenigen Vertragsstaaten anwendbar bleibt, die das HKsÜ nicht ratifiziert haben (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. 2629; Art. 51 HKsÜ), hat die Vorinstanz zu Recht das MSA für anwendbar erklärt.

Unter die vom MSA beherrschten Schutzmassnahmen fallen die Zuteilung der elterlichen Sorge sowie die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern. Da die Kinder keinen Aufenthalt in der Schweiz haben, ist die Erstrichterin zu Recht auf diese Anträge nicht eingetreten.

9. Zum gleichen Ergebnis führt die Anwendung des HKsÜ: Gemäss dessen Art. 5 sind die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Als Massnahme im Sinne des Abkommens gilt das Sorgerecht sowie das Recht auf persönlichen Verkehr (Art. 3 lit. b HKsÜ). Für die in Art. 10 HKsÜ vorgesehene besondere Zuständigkeit des Scheidungsgerichts zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen mangelt es

an der notwendigen Anerkennung dieser Zuständigkeit durch beide Parteien (Art. 10 Abs. 1 lit. b HKsÜ).

10. Letztlich macht der Beklagte geltend, der Umzug der Klägerin nach E. _____ im Dezember 1999 komme einer Kindesentführung gleich (Urk. 2 S. 7). Dieser Vorwurf ist nicht substantiiert. Sinngemäss beruft sich der Beklagte wohl auf die vorinstanzlichen Akten. Dies genügt jedoch der in § 113 ZPO/ZH verankerten Behauptungslast nicht. Es ist nicht Sache des Gerichts und der Gegenpartei, die rechtserheblichen Tatsachen zusammenzusuchen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 113 ZPO/ZH mit Hinweisen). Dies hat umso mehr im vorliegenden Fall zu gelten, wo der Beklagte nicht einmal auf gewisse Aktenstücke verweist. Auf den Vorwurf der Kindesentführung ist deshalb nicht weiter einzugehen.

11. Nach dem Gesagten ist der Rekurs des Beklagten - soweit darauf einzutreten ist - abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

III.

Ausgangsgemäss ist der Beklagte für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs des Beklagten wird - soweit darauf eingetreten wird - abgewiesen und die Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 8. November 2011 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.-.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Erstinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Juli 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:

ss