

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC180009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 26. September 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. _____,

gegen

B. _____, Dr. med.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Abänderung/Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Februar 2018; Proz. FP170103**

Erwägungen:

1. A. _____ (fortan Beklagter) und B. _____ (fortan Klägerin) sind die Eltern von C. _____, geb. am tt.mm.2013, und haben die gemeinsame elterliche Sorge über ihren Sohn. Der letzte eheliche Wohnsitz der Parteien befand sich in Deutschland. Mit Beschluss vom 28. August 2015 regelte das Oberlandesgericht Dresden in einem Trennungsverfahren das Besuchsrecht des Beklagten (act. 5/2/3). Die Klägerin ist inzwischen mit C. _____ nach ... [Ort] gezogen. Am 4. März 2016 gelangte der Beklagte, welcher nach wie vor in Deutschland lebt, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (fortan KESB) und ersuchte um Unterstützung hinsichtlich der Umsetzung des persönlichen Verkehrs, da die Klägerin ihren Verpflichtungen nicht nachkomme. Im Verlaufe dieses Verfahrens beantragte die Klägerin u.a. die Abänderung der vom Oberlandesgericht Dresden genehmigten Umgangsregelung. Im Mai 2016 wurde die Ehe der Parteien in Ungarn geschieden (act. 5/1, act. 5/19/1).

2. Mit Beschluss vom 14. Februar 2017 regelte die KESB den persönlichen Verkehr von Vater und Sohn neu und ordnete eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an. Ferner entzog sie einem allfälligen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung (act. 5/19/1). Hiergegen erhob der Beklagte Beschwerde beim Bezirksrat. Er beanstandete im Wesentlichen die Neuregelung des persönlichen Verkehrs und verlangte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Diesen Antrag wies der Bezirksrat ab. Das Obergericht sowie das Bundesgericht traten auf die dagegen erhobenen Beschwerden nicht ein (act. 5/35).

Im bezirksrätlichen Verfahren verlangte die Klägerin in ihrer Beschwerdeantwort nebst der sinngemässen Abweisung der Beschwerde die alleinige elterliche Sorge über C. _____. Diesen Antrag auf Abänderung der elterlichen Sorge leitete der Bezirksrat zuständigkeitshalber an die KESB weiter. Da sich der Beklagte dem Antrag widersetzte, und bei einer Abänderung/Ergänzung eines Scheidungsurteils im Streitfall das Gericht anzurufen ist, überwies die KESB die Sache an die Vorinstanz zur Behandlung (act. 5/1, act. 5/3-4).

In der Folge stellte sich die Frage, ob zur Regelung des persönlichen Verkehrs nach wie vor der Bezirksrat oder neu die Vorinstanz zuständig ist. Wie sich der Korrespondenz zwischen den beiden Behörden entnehmen lässt, regelt nach Ansicht des Bezirksamtes die Vorinstanz gestützt auf Art. 133 bzw. 134 Abs. 4 ZGB und Art. 275 Abs. 2 ZGB die elterliche Sorge und von Amtes wegen auch den persönlichen Verkehr. Demgegenüber erachtet sich die Vorinstanz an den Entscheid der KESB gebunden und verweist auf den ordentlichen Rechtsweg über den Bezirksrat und das Obergericht (act. 5/18 und 5/20, act. 5/25-26). Mit Entscheid vom 14. Dezember 2017 trat der Bezirksrat auf die Beschwerde mit Bezug auf die Regelung des persönlichen Verkehrs – mit Ausnahme der angeordneten Besuchsbegleitung – mangels Zuständigkeit nicht ein. Er nahm davon Vormerk, dass die von der KESB getroffene Regelung des persönlichen Verkehrs weiterhin bzw. bis zu einer anderslautenden Entscheid eines zuständigen Gerichts gelte. Im Übrigen wies er die Beschwerde ab, soweit sie nicht gegenstandslos geworden war (act. 5/35).

3. Vor diesem Hintergrund sah sich die Vorinstanz im Rahmen des hängigen Abänderungsverfahrens veranlasst, mit "Feststellungsverfügung" vom 21. Dezember 2017 nochmals einlässlich darzulegen, weshalb sie sich für die Regelung des persönlichen Verkehrs (ebenfalls) für unzuständig hält. Sie stellte in Aussicht, auf einen entsprechenden Antrag des Beklagten nicht einzutreten, womit der Beklagte Gefahr lief, dass aufgrund des bestehenden negativen Kompetenzkonflikts beide Behörden ihre Zuständigkeit verneinen würden (act. 5/36, vgl. dazu unten E. 5.).

Am 30. Januar 2018 setzte die Vorinstanz dem Beklagten Frist zur Klageantwort an (act. 5/42). In seiner Antwort vom 19. Februar 2018 beantragte der Beklagte in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens die Abweisung des Antrags der Klägerin (auf Umteilung der elterlichen Sorge). Sodann sei der Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 28. August 2015 anzuerkennen und der Entscheid der KESB vom 14. Februar 2017 aufzuheben bzw. eventualiter rückwirkend umzusetzen (Ziffer 2 und 3 des Rechtsbegehrens). Ferner sei ihm eine Nachfrist gemäss Art. 148 ZPO anzusetzen (act. 5/45).

Mit Verfügung vom 26. Februar 2018 trat die Vorinstanz auf Ziffer 2 und 3 des Rechtsbegehrens unter Hinweis auf ihre obgenannte Feststellungsverfügung vom 21. Dezember 2017 wegen fehlender Zuständigkeit nicht ein. Das Gesuch um Fristerstreckung resp. Wiederherstellung wies sie ab (act. 4 = act. 5/49).

4. Gegen diese Verfügung richtet sich die vorliegende Beschwerde mit folgendem Rechtsbegehren (act. 2):

- "1. Es sei auf Ziff. 2. der Eingabe des Beklagten vom 19. Februar 2018 einzutreten;
3. Es sei das Bezirksgericht vollumfänglich über seine Zuständigkeit zur Äusserung zu verpflichten und demgemäss zu verfahren;
2. Es sei das Bezirksgericht zu verpflichten gemäss Art. 147-149 ZPO zu verfahren."

Der Beklagte rügt vorab, die Vorinstanz habe Ziffer 2 des Rechtsbegehrens in seiner Eingabe vom 19. Februar 2018 völlig ausser Acht gelassen und fälschlicherweise als mit Ziffer 3 identisch behandelt. Wenn das Bezirksgericht seine Zuständigkeit zur Abänderung und Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils bejahe, so sei es seiner Auffassung nach sinngemäss auch für die von ihm beantragte Anerkennung des ausländischen Entscheids zuständig. Das Bezirksgericht gehe sodann zu Unrecht von einem Verfahren betreffend Abänderung/Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils aus. Die Erwägung des Bezirksrats, das ungarische Scheidungsgericht habe u.a. die Kinderbelange nicht geregelt, treffe nicht zu. Das Scheidungsgericht habe sich bezüglich der Kinderbelange auf das Protokoll und den Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden gestützt. Sein Urteil müsse daher zusammen mit dem Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden gedeutet werden. Schliesslich habe er nicht eine Erstreckung nach Art. 144 ZPO, sondern eine Wiederherstellung nach Art. 148 ZPO beantragen wollen.

5. Das Nichteintreten auf Ziffer 3 seines Rechtsbegehrens in der Klageantwort ficht der Beklagte nicht an. Indes verlangt er, dass auf Ziffer 2 eingetreten und der Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 28. August 2015 anerkannt wird. Die vom Oberlandesgericht getroffenen Regelungen werden gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 und Art. 3 lit. b des Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Voll-

streckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ) kraft Gesetzes bis zu einem anderslautenden Entscheid einer zuständigen Behörde auch in der Schweiz anerkannt. Da der Anerkennung offenbar keine Verweigerungsgründe nach Art. 23 Abs. 2 HKsÜ entgegenstanden, anerkannte die KESB den Entscheid des Oberlandesgerichts inzident und änderte ihn zuständigkeitshalber aufgrund dauerhaft veränderter Verhältnisse ab (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 64 Abs. 2 und Art. 85 IPRG sowie Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. b und c HKsÜ; act. 5/19/1 S. 2 ff.). Diese formlose Anerkennung findet keinen Niederschlag im Dispositiv und erwächst entsprechend nicht in materielle Rechtskraft. Der Beklagte scheint indessen eine explizite richterliche Anerkennung zu verlangen, welche im Dispositiv festgehalten wird und nach Eintritt der Rechtskraft andere Gerichte bindet. Eine solche kann gestützt auf Art. 24 HKsÜ jede betroffene Person ungeachtet von Art. 23 Abs. 1 HKsÜ bei den zuständigen Behörden eines Vertragsstaates beantragen. Ein separates Exequaturverfahren bestimmt sich nach dem Recht des ersuchten Staates, also nach Schweizer Recht. Art. 335 Abs. 3 i.V.m. Art. 339 Abs. 2 ZPO sehen dafür das summarische Verfahren vor, zuständig ist das Vollstreckungsgericht (zum Ganzen auch ZK ZPO-Staehelin, 3. A., Art. 339 N 10 ff, N 15 ff.). Entgegen der Ansicht des Beklagten ist somit der für die Abänderung/Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils zuständige Scheidungsrichter nicht auch für die beantragte (ausdrückliche) Anerkennung eines ausländischen Entscheids zuständig. Die Vorinstanz ist demnach – wenn auch mit anderer Begründung – auf Ziffer 2 des Rechtsbegehrens zu Recht nicht eingetreten.

Wie eben dargelegt, war die KESB für die Abänderung des Beschlusses des Oberlandesgerichts Dresden sachlich zuständig. Die gegen den KESB-Entscheid erhobene Beschwerde wies der Bezirksrat ab, soweit er darauf eintrat. Dieser Entscheid blieb unangefochten. Somit wurde die neue Regelung des persönlichen Verkehrs durch die KESB rechtskräftig und trat an die Stelle des Dresdener Beschlusses. Für dessen Anerkennung fehlt es dem Beklagten daher an einem schützenswerten Interesse, weshalb auch aus diesem Grund auf Ziffer 2 seines Begehrens nicht einzutreten war.

Was die Anerkennung des Beschlusses des Oberlandesgerichts Dresden betrifft, ist die Beschwerde folglich abzuweisen.

6. Soweit sich der Beklagte gegen die Abweisung seines Gesuchs um Fristerstreckung resp. Wiederherstellung zur Wehr setzt, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Vor Vorinstanz beantragte der Beklagte gestützt auf Art. 148 ZPO eine Nachfristansetzung, da noch nicht alle zur Beweisführung erforderlichen Unterlagen bei ihm eingegangen seien (act. 5/45). Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass eine Fristerstreckung nach Art. 144 ZPO nur in Betracht kommt, wenn darum aus zureichenden Gründen vor Fristablauf ersucht werde. Der Beklagte habe aber sein Gesuch erst nach verstrichener Frist gestellt und zudem nicht ausreichend begründet. Sofern er im Wissen um die Verspätung seiner Eingabe um Wiederherstellung ersucht habe, so habe er die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht glaubhaft gemacht (act. 4 S. 2 f.). Die Vorinstanz ist damit, wie in der Beschwerde beantragt, nach Art. 147-149 ZPO vorgegangen und zum Schluss gekommen, dass weder eine Fristerstreckung noch eine Wiederherstellung gewährt werden kann. In seiner Beschwerde stellte der Beklagte nunmehr klar, dass er ein Wiederherstellungsgesuch gemäss Art. 148 ZPO stellen wollte (act. 2 S. 3). Dem gab die Vorinstanz wie gesehen nicht statt. Dieser Entscheid ist nach Art. 149 ZPO endgültig. Der Ausschluss eines Rechtsmittels gilt jedenfalls dann, wenn wie vorliegend die Wiederherstellung durch einen prozessleitenden Entscheid verweigert wurde. Dem Beklagten steht es offen, die Verweigerung zusammen mit dem späteren Endentscheid anzufechten (BGE 139 III 478). Ferner fehlt in der Beschwerdeschrift eine auch nur kurze Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Begründung, wonach es an der Glaubhaftmachung der notwendigen Voraussetzungen für eine Wiederherstellung fehle, und es bleibt die Beschwerde insoweit ohne Begründung. Aus den genannten Gründen ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

Sollte sich die Beschwerde (doch auch) gegen die Verweigerung einer Fristerstreckung richten, so wäre gleich zu verfahren. Weder legt der Beklagte einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO dar noch geht er näher auf die Erwägungen der Vorinstanz ein.

7. Anzufügen bleibt Nachstehendes: In ihren Schreiben an den Bezirksrat bezüglich der Zuständigkeit verweist die Vorinstanz wie eingangs erwähnt im Wesentlichen auf das beim Bezirksrat hängige Beschwerdeverfahren gegen den (vollstreckbaren) Entscheid der KESB. Dessen inhaltliche Überprüfung habe über den Bezirksrat als ordentliche Rechtsmittelinstanz zu erfolgen. Daran ändere auch eine allfällige Abänderung der elterlichen Sorge durch das Gericht grundsätzlich nichts. Sie werde den persönlichen Verkehr nur auf Antrag einer Partei beim Vorliegen von Abänderungsgründen neu regeln, was bis anhin nicht der Fall sei (act. 5/20 und 5/26). Ihre Auffassung bekräftigte die Vorinstanz in der erwähnten Feststellungsverfügung vom 21. Dezember 2017 (act. 5/36). Darin stellte sie unter Bezugnahme auf den Entscheid des Bezirkrats ohne Antrag einer Partei auf Neuregelung des persönlichen Verkehrs Erwägungen zu ihrer Zuständigkeit an. Schliesslich gab sie, ohne konkrete Anordnungen zu treffen, gleichsam vorsorglich bekannt, dass sie auf einen solchen Antrag nicht eintreten würde. Als der Beklagte mit einem entsprechenden Antrag an die Vorinstanz gelangte, kam diese ihrer Ankündigung nach und trat mit der angefochtenen Verfügung vom 26. Februar 2018 nicht darauf ein (act. 4, act. 5/45).

Wie ausgeführt wurde gegen den Entscheid des Bezirkrats vom 14. Dezember 2017 kein Rechtsmittel erhoben, womit die Regelung der KESB vom 14. Februar 2017 rechtskräftig wurde. Am 19. Februar 2018 beantragte der Beklagte bei der Vorinstanz die Aufhebung des Entscheides der KESB (act. 5/45). Bei Erlass der Verfügung am 26. Februar 2018 war demnach kein Beschwerdeverfahren (mehr) hängig, und der Vorinstanz lag ein Antrag auf Änderung des persönlichen Verkehrs vor. Spätestens zu dem Zeitpunkt waren mit anderen Worten die von der Vorinstanz selbst in ihren Schreiben an den Bezirksrat und in der Feststellungsverfügung dargelegten Voraussetzungen für ein Tätigwerden ihrerseits gegeben. Der Verweis auf die Feststellungsverfügung verfängt folglich bereits deshalb nicht, weil mittlerweile eine andere Ausgangslage vorlag. Dies bedeutet, dass die in Art. 133 und 134 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZGB vorgesehene Annexzuständigkeit des Gerichts nunmehr zu bejahen ist. Die Vorinstanz wird im Rahmen des hängigen Sorgerechtsstreits auch die beantragte Neuregelung der persönlichen Kontakte prüfen müssen. In der Sache hat sie sich

bislang weder zur elterlichen Sorge noch zum persönlichen Verkehr geäussert. Soweit der Beklagte in seiner Beschwerde (Ziffer 2 des Rechtsbegehrens) verlangt, die Vorinstanz habe antragsgemäss zu entscheiden ("...und demgemäss zu verfahren"), ist auch in diesem Umfang auf die Beschwerde nicht einzutreten.

8. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

9. Ausgangsgemäss wird der Beklagte kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Ist ein prozessleitender Entscheid angefochten, so folgt der Streitwert dem der Hauptsache. Bei der Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist jedoch angemessen zu berücksichtigen, dass nur ein Teilaspekt zu beurteilen ist (Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N. 7).

10. Die im Laufe des Beschwerdeverfahrens von der KESB an die Kammer übermittelte Eingabe des Beklagten vom 13. August 2018, mit welcher dieser eine neue Begutachtung des gemeinsamen Sohnes C._____ beantragt (act. 8), ist mit dem vorliegenden Entscheid zur Prüfung an die Vorinstanz weiterzuleiten.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich zusammen mit der Eingabe des Beklagten vom 13. August 2018 (act. 8) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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 Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: