

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE150039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

## Urteil vom 7. Dezember 2015

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 18. Juni 2015 (EE150097-L)**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- "1. Es sei die Gesuchstellerin zu berechtigen, mit den Töchtern C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, auf unbestimmte Zeit, eventualiter mindestens bis Juli 2016, in Spanien zu verbleiben.
2. Es sei der Gesuchgegner zu berechtigen, mit den Kindern einmal pro Woche per Skype zu telefonieren (inkl. Videoübertragung) und zwar jeweils am Dienstagabend, 18.00 Uhr. Erfolgt die Kontaktaufnahme durch den Gesuchgegner nicht bis spätestens 18.15 Uhr, ist die Gesuchstellerin zu berechtigen, sich aus dem Skype auszuloggen.  
  
Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, allfällige Aufenthalte (maximal zwei pro Jahr) mit den Kindern während den spanischen Schulferien in der Schweiz dem Gesuchgegner rechtzeitig mitzuteilen und ihm den Kontakt mit den Kindern jeden zweiten Tag während mindestens 2 Stunden zu ermöglichen, wobei die Gesuchstellerin evtl. mit einer Begleitperson oder einer Drittperson anwesend sein kann.
3. Es sei der Mietvertrag betreffend die eheliche Wohnung an der E.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich mit allen Rechten und Pflichten auf den Gesuchgegner zu übertragen.
4. Es sei das Kautionskonto bei SwissCaution AG, Versicherung Nr.:..., auf den Gesuchgegner zu übertragen und der Gesuchgegner sei zu verpflichten, künftig die Jahresprämien zu bezahlen.
5. Es sei der Gesuchgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin nachstehende Gegenstände herauszugeben:
  - (a) Staubsauger blau AEG
  - (b) 1 grosses und 4 kleine Backbleche
  - (c) Oranges Häkelkleid von C.\_\_\_\_\_
  - (d) Liegestuhl aus Keller
  - (e) Kinderschuhe
  - (f) Schuhe der Gesuchstellerin
  - (g) Schreibtisch
  - (h) Korbsessel
  - (i) Bett samt Inhalt (für Au-Pair besorgt)
  - (j) Ikea Kommode (von Bruder der Gesuchstellerin erhalten)
  - (k) Rotes Ledersofa
  - (l) Ikea Sofa
  - (m) Küchentisch
  - (n) Zwei Schuhkästen
  - (o) 2 Kinderstühle
  - (p) 3 Kirschholzstühle
  - (q) 2 rote Metallstühle

- (r) Geschirr, Pfannen, Töpfe, Römertopf, Bambussteamer, Racletteofen, div. Vasen
  - (s) Spielsachen der Kinder, insbesondere die Ikea-Küche und den Marktstand
  - (t) Babykleider der Kinder
  - (u) Rollerblades der Gesuchstellerin
  - (v) Kinderkleider der Gesuchstellerin
  - (w) Fahrrad der Gesuchstellerin
  - (x) Schulunterlagen der Gesuchstellerin
  - (y) Diverse Unterlagen, Dokumente, Rechnungen etc. der Gesuchstellerin
6. Es sei festzustellen, dass im Übrigen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Oktober 2014 weiterhin Geltung hat.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich vom 18. Juni 2015:**

(Urk. 18 = Urk. 21)

1. In Abänderung von Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Oktober 2014 (Geschäfts-Nr. EE140228-L) wird die Gesuchstellerin für berechtigt erklärt, den Wohnsitz der beiden Kinder, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011 auf unbestimmte Zeit nach Spanien zu verlegen.
2. In Abänderung von Ziffer 4, 2d des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Oktober 2014 (Geschäfts-Nr. EE140228-L) wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, mit den Kindern einmal pro Woche per Skype zu telefonieren, und zwar jeweils am Dienstagabend, 18.00 Uhr. Erfolgt die Kontaktaufnahme durch den Gesuchsgegner nicht bis 18.15 Uhr, ist die Gesuchstellerin bzw. sind die Kinder berechtigt, sich aus dem Skype auszuloggen. Weiter wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, die Kinder dreimal pro Jahr für eine Woche in Spanien zu besuchen.  
Der Gesuchsgegner hat seine Besuche in Spanien mind. zwei Monate im Voraus bei der Gesuchstellerin anzumelden. Weitere und/oder abweichende Kontakt- und Besuchsregelungen in gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Das Begehren der Gesuchstellerin um Übertragung des Mietvertrages und des Mieterkautionsskontos betreffend die eheliche Wohnung wird abgewiesen.
4. Das Begehren der Gesuchstellerin um Herausgabe von Gegenständen wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'600.00 ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 206.25 Dolmetscherkosten  
**Fr. 3'806.25 Total**
6. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil des Gesuchsgegners jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. (Schriftliche Mitteilung.)
8. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage).

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 20 S. 2):

Es seien die Dispositivziffern 1, 2 und 6 des Urteils und der Verfügung vom 18. Juni 2015 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten aufzuheben.

### Prozessuale Anträge:

1. Es sei die Vollstreckung des Urteils vom 18. Juni 2015 aufzuschieben.
2. Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 27 S. 2):

Die Begehren des Gesuchsgegners gemäss Berufung vom 6. Juli 2015 seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners vollumfänglich abzuweisen.

Prozessualer Antrag:

Es sei der Gesuchstellerin für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe gingen die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, hervor. Mit Eheschutzurteil vom 13. Oktober 2014 wurde festgestellt, dass die Parteien seit dem 4. Juli 2014 getrennt leben. Weiter wurde die Obhut für die Töchter C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin zugeteilt sowie diese für berechtigt erklärt, den Aufenthalt der Töchter bis zum 31. Juli 2015 nach Spanien zu verlegen. Im Weiteren wurde die Vereinbarung der Parteien vom 22. September 2014 genehmigt bzw. vorgemerkt (vgl. Urk. 23/8).

2. Mit Eingabe vom 30. März 2015 beehrte die Gesuchstellerin die Abänderung des Urteils vom 13. Oktober 2014. Dabei beantragte sie unter anderem (vgl. den obgenannten Wortlaut), sie sei für berechtigt zu erklären, mit den Kindern auf unbestimmte Zeit, eventualiter mindestens bis Juli 2016, in Spanien zu verbleiben. Weiter stellte sie das Begehren um Abänderung des Kontaktrechts zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner (Urk. 1 S. 2). Anlässlich der Verhandlung vom 12. Mai 2015 schloss der Gesuchsgegner auf Abweisung dieser beiden Begehren sowie auf Nichteintreten bezüglich der weiteren Anträge der Gesuchstellerin (Prot. I S. 4 ff.; Urk. 15 S. 1). Für den übrigen Prozessverlauf vor Vorinstanz

kann auf deren Urteil verwiesen werden (Urk. 21 E. I). Mit Urteil vom 18. Juni 2015 hiess die Vorinstanz die Begehren der Gesuchstellerin teilweise gut und erklärte die Gesuchstellerin für berechtigt, den Wohnsitz der beiden gemeinsamen Kinder auf unbestimmte Zeit nach Spanien zu verlegen, und änderte das Kontaktrecht zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner im eingangs wiedergegebenen Sinn ab (Urk. 21 Dispositivziffern 1 und 2).

3. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner Beschwerde, welche von der Kammer als Berufung entgegengenommen wurde (vgl. Urk. 25 E. 2.a), und stellte die einleitend wiedergegebenen Anträge (Urk. 20 S. 2). Mit Verfügung vom 13. Juli 2015 wurde der Antrag des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und dem Gesuchsgegner Frist zur Einreichung diverser Unterlagen zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie der Gesuchstellerin eine solche zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 25). Die Berufungsantwort, mit welcher die Gesuchstellerin die Abweisung der Berufung beantragt sowie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, datiert vom 27. Juli 2015 (Urk. 27). In der Folge reichte der Gesuchsgegner eine weitere Eingabe zur Sache ein (Urk. 40). Sodann machten die Parteien weitere Eingaben im Zusammenhang mit dem Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 34, 42 und 44). Zudem erklärte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 26. Oktober 2015, von der Polizei erfahren zu haben, dass der Gesuchsgegner plane, sie in Spanien umbringen zu lassen (Urk. 45). Mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 wurde das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen und dasjenige der Gesuchstellerin bewilligt. Weiter wurde den Parteien je eine Frist angesetzt, um zur Frage der internationalen Zuständigkeit der Schweizer Gerichte Stellung zu nehmen. Dem Gesuchsgegner wurde zudem eine Frist angesetzt, um sich zum Stand des ausländerrechtlichen Verfahrens gegen ihn und zur Aktualität seiner der Kammer bekannten Adresse zu äussern (Urk. 47). Die Gesuchstellerin reichte in der Folge mit Eingabe vom 23. November 2015 eine entsprechende Eingabe ein (Urk. 48 f.). Der Gesuchsgegner liess sich innert Frist nicht vernehmen.

## II.

1. Der Gesuchsgegner ficht mit seiner Berufung das Urteil und die Verfügung vom 18. Juni 2015 an (vgl. Urk. 20 S. 2). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Abänderung der Ermächtigung der Gesuchstellerin, den Aufenthalt der Kinder bis 31. Juli 2015 nach Spanien zu verlegen (Urk. 21 Dispositivziffer 1), und damit das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 301a ZGB) über die Kinder sowie die Abänderung des Kontaktrechts (Urk. 21 Dispositivziffer 2) und damit das Recht auf persönlichen Verkehr (Art. 273 ZGB). Die Dispositivziffern 3 (Übertragung Mietkautionskonto), 4 (Herausgabe von Gegenständen) und 5 (Höhe Entscheidgebühr) des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich blieben unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist. Gleiches gilt für die Dispositivziffern 2 (Herausgabe von Gegenständen) und 3 (Feststellungsbegehren) der Verfügung vom 18. Juni 2015.

2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015 E. 2.1). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern forschen (Reetz/Theiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N. 36 zu Art. 311; Hungerbühler, in: DIKE-Kommentar ZPO, 2011, N. 27 ff. zu Art. 311; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Diese Ausführungen zur Begründungsobliegenheit gelten in Bezug auf die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes und können wegen des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) nicht ohne Weiteres auf die Frage der richtigen Rechtsanwendung angewendet werden (vgl. dazu auch ZWR 2014 S. 270, 274; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015 E. 2.2; Spühler, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Auflage 2013, N. 2 f. zu Art. 310; Sterchi, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N. 4 zu Art. 310). Einer Partei, die falsche oder gar keine Ausführungen zur Rechtsanwendung macht, darf kein Rechtsnachteil erwachsen

(Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, N. 1358 mit weiteren Hinweisen). Die Berufungsinstanz ist weder an die Rechtsauffassung der Parteien noch an diejenige der unteren Instanz gebunden (OGer ZH vom 18. September 2014 E. III/1; Hurni, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, 2012, N. 21 zu Art. 57). Die unrichtige Rechtsanwendung gemäss Art. 310 lit. a ZPO umfasst sowohl die Anwendung als auch die Nichtanwendung sämtlicher generell-abstrakten staatlichen Normen, worunter das gesetzte Recht aller Stufen sowie auch das ungeschriebene Recht, insbesondere das Gewohnheitsrecht und das Richterrecht (Art. 1 Abs. 2 ZGB), zu verstehen ist (Sterchi, in: Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, N. 6 zu Art. 310). Schliesslich ist auf Art. 296 ZPO hinzuweisen, welcher für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten den Untersuchungs- und Officialgrundsatz statuiert, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.

3. Nachdem die Gesuchstellerin – wie bereits bei der Vorinstanz – lediglich mit der Adresse "Spanien" im Rubrum vermerkt war, wurde dieses im Beschluss vom 27. Oktober 2015 mit ihrer sich aus den Akten ergebenden Adresse vervollständigt. In ihrer Eingabe vom 9. November 2015 sprach die Gesuchstellerin ihr Unverständnis darüber aus. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren habe sie darum ersucht, ihren Aufenthaltsort geheim zu halten (Urk. 49). Dem ist zu entgegen, dass die Gesuchstellerin weder im Berufungsverfahren noch im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um Nichtbekanntgabe ihrer aktuellen Adresse gestellt hat. Auch wurde keine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts des Gesuchsgegners beantragt. Im Eheschutzverfahren EE140228-L wurde die Adresse der Gesuchstellerin nicht im Rubrum aufgezeigt, sondern festgehalten, dass die Adresse dem Gericht bekannt sei (vgl. Rubrum Prot. EE140228). Vor diesem Hintergrund erschien es nicht angezeigt, das Rubrum bezüglich der Adresse der Gesuchstellerin unvollständig zu belassen. Dies umso weniger, als sich ihre aktuelle Adresse ohne Weiteres aus den Akten ergibt (Urk. 14/3, 14/8 und 29/5).

4. Mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 wurde der Gesuchsgegner aufgefordert, sich zum Stand des ausländerrechtlichen Verfahrens zu äussern sowie zur

Aktualität seiner der Kammer bekannten Adresse (Urk. 47). Dieser Aufforderung kam er nicht nach. Weil das Verfahren mit heutiger Entscheidung beendet wird und eine materielle Prüfung – wie noch zu zeigen sein wird – unterbleibt, erscheinen weitere Abklärungen zum ausländerrechtlichen Verfahren nicht nötig. Schliesslich kann, da Adressänderungen während eines laufenden Verfahrens den Gerichten mitzuteilen sind (vgl. Staehelin, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N. 11 zu Art. 138), davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner immer noch an der dem Gericht bekannten Adresse wohnhaft ist und die Zustellungen weiterhin an seinen Rechtsvertreter erfolgen können.

### III.

#### A. Internationale Zuständigkeit

1. Die Gesuchstellerin lebt seit Juli 2014 mit den Kindern in Spanien. Damit lag im Zeitpunkt der Anhängigmachung des vorliegenden Verfahrens ein Sachverhalt mit Auslandsbezug und damit ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) vor. Unter Hinweis auf Art. 60 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO ist die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zu prüfen. Die Vorinstanz hat keine Ausführungen zur internationalen Zuständigkeit oder dem anwendbaren Recht gemacht.

2. Bezüglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern bestimmt sich die internationale Zuständigkeit gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 in Verbindung mit Art. 85 Abs. 1 IPRG nach dem Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ, SR 0.211.231.011). Dieses Abkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2009 und für Spanien am 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ sind die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder zum Erlass von Massnahmen zum Schutz des Kindes, welche sich unter anderem auch auf die Regelung des Rechts, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr beziehen können (Art. 3 lit. b HKsÜ), zuständig. Es wird auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und nicht auf dessen Wohnsitz abgestellt. Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt einer Person ist deren "tatsächlicher Mittelpunkt der Lebensführung" bzw. "der Lebensbeziehungen", der "Schwerpunkt der Bindungen", der "Daseinsmittelpunkt" zu verstehen. Dementsprechend kann eine Person in der Regel in einem bestimmten Zeitpunkt nur einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des HKsÜ haben, denn es gibt normalerweise einen einzigen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen. Es kommt auf die qualitativ und quantitativ überwiegende tatsächliche Anwesenheit und Verbundenheit mit einem Aufenthaltsort an, die in der Regel auch von Dritten so wahrgenommen werden. Der gewöhnliche Aufenthalt manifestiert sich in einer gewissen sozialen Eingliederung in familiärer, schulischer oder beruflicher Hinsicht. Weiter bedarf der Aufenthalt einer gewissen Dauer, um als "gewöhnlich" zu gelten. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass ein Aufenthalt von der Dauer von sechs Monaten in der Regel einen gewöhnlichen Aufenthalt begründe. Ein Aufenthalt könne auch ein gewöhnlicher sofort ab dessen Begründung an einem bestimmten Ort werden, wenn er auf Dauer begründet werde und den bisherigen Lebensmittelpunkt ablösen soll (BGer 5A\_665/2010 vom 2. Dezember 2010 E. 4; Schwander, in: Basler Kommentar IPRG, 3. Auflage 2013, N. 41 ff. zu Art. 85). In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen (BGE 129 III 288 E. 4.1).

Wird eine Massnahme von einer unzuständigen Behörde getroffen, kann der angerufene Vertragsstaat dieser Massnahme die Anerkennung versagen (vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. a HKsÜ).

3.1 Gestützt auf die Ermächtigung durch das Eheschutzgericht (Urk. 23/3 Dispositivziffer 3) zog die Gesuchstellerin im Juli 2014 mit den beiden Töchtern, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, nach Spanien und schulte die Kinder dort ein. Die Kinder besuchten zunächst die Sommerschule und hernach den ordentlichen Unterricht

(Urk. 21 S. 4 in EE140228). Der Aufenthalt in Spanien war für die Dauer eines Jahres (bis Ende Juli 2015) geplant. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder bereits mit dem Umzug nach Spanien verschoben hatte, da die Aufenthaltsbegründung in Spanien mit Besuch der dortigen Schulen auf längere Dauer (ein Jahr) mit einhergehender sozialer Integration der Töchter ausgerichtet war. Die Einschulung stellt dabei ein starkes Indiz für die Ablösung des schweizerischen Lebensmittelpunktes durch den spanischen dar. Im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens hielten sich die Kinder schliesslich bereits seit acht Monaten in Spanien auf. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre aufgrund der überwiegenden tatsächlichen Anwesenheit und Verbundenheit der Lebensmittelpunkt der Kinder spätestens zu jenem Zeitpunkt in Spanien gelegen gewesen. Die Kinder haben die Sprache erlernt und sich anscheinend gut integriert (vgl. die Schulzeugnisse und Beurteilungen der Kinder in Urk. 3/4 und 9/1-2). Der Umstand, dass der Aufenthalt der Kinder in Spanien bis 31. Juli 2015 befristet war, vermag an der Begründung des Lebensmittelpunkts in Spanien nichts zu ändern, da auch ein befristet geplanter Aufenthalt eines Kindes gegebenenfalls als gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne von Art. 5 HKsÜ qualifiziert werden kann (OG ZH LE130061 vom 15. April 2014 E. III/B.a.2.5; Jametti Greiner, in: Fam-Kommentar Scheidung, Band II, 2. Auflage 2011, Anh. IPR S. 649 N. 116). Wesentlich ist die tatsächlich gelebte Situation. Folglich hatten die Kinder im Zeitpunkt der Einleitung des vorliegenden Verfahrens ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 HKsÜ bereits nach Spanien verlegt. Davon geht im Übrigen auch die Gesuchstellerin aus (vgl. Urk. 49 sowie Urk. 1 S. 3). Der Gesuchsgegner liess sich dazu, wie bereits ausgeführt (vgl. E. I/3), nicht vernehmen.

3.2 Nach dem Gesagten ist die Zuständigkeit zur Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr auf die spanischen Behörden übergegangen (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Eine subsidiäre Zuständigkeit in der Schweiz gemäss Art. 6 ff. HKsÜ ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann ohne ein in Spanien anhängiges Verfahren keine einvernehmliche Zuständigkeitsübertragung im Sinne von Art. 8 HKsÜ in Frage kommen. Weiter ist nicht ersichtlich, inwiefern die schweizerischen Gerichte das konkrete und aktuelle Kindeswohl bes-

ser beurteilen könnten als die spanischen Behörden und aus diesem Grund ein Übernahmeersuchen im Sinne von Art. 9 HKsÜ zu stellen wäre. Ein Schweizer Gericht kann sich aus der Distanz nicht ohne Weiteres einen umfassenden Einblick in die Lebenssituation der Kinder in Spanien verschaffen und eine konkrete Einzelfallprüfung vornehmen. Auf jeden Fall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die (sachnäheren) spanischen Behörden nicht genauso gut in der Lage wären, die für das Wohl der Kinder nötigen Massnahmen zu prüfen und allenfalls wirksam zu verfügen. Eine Scheidungszuständigkeit gemäss Art. 10 HKsÜ besteht – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 49 und Urk. 1 S. 3) – schliesslich nicht. Gemäss Art. 10 HKsÜ haben Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaates, in dem eine Klage auf Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe von Eltern eines Kindes hängig ist, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat hat, eine konkurrierende Zuständigkeit für Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes. Diese Zuständigkeit darf jedoch nur unter der Voraussetzung ausgesprochen werden, dass im Vertragsstaat eine Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe beantragt ist, wobei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Eheschutzrichter nicht als Gericht im Sinne von Art. 10 HKsÜ urteilt (vgl. BGer 5A\_622/2010 vom 27. Juni 2011 E. 3; BGer 5A\_836/2013 vom 18. März 2014 E. 1; OGer ZH LE130076 vom 23. April 2014 E. D/2; Prager, in: Handkommentar IPRG, 2. Auflage 2012, N. 53 zu Art. 85). Vorliegend handelt es sich aber um ein Eheschutzverfahren. Mit dem Aufenthaltswechsel der Kinder entfiel demzufolge die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Ermächtigung der Gesuchstellerin zu einem Aufenthaltswechsel bzw. der Abänderung der diesbezüglich bestehenden Regelung und zur Abänderung des Kontaktrechts. Daran ändert nichts, dass es die Parteien ihrerseits unterlassen haben, sich auf die Unzuständigkeit zu berufen. Die Berufungsinstanz prüft die Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. vorstehend E. II/2). Zudem ist die Zuständigkeitsordnung gemäss HKsÜ abschliessender Natur und der Parteidisposition entzogen. Die Vorinstanz war nicht zuständig, über den Aufenthalt der Kinder sowie über deren persönlichen Verkehr zum Gesuchsgegner zu entscheiden. Dem angefochtenen Entscheid könnte von einem anderen Vertragsstaat des HKsÜ die Anerkennung ver-

sagt werden (Art. 23 Abs. 2 lit. a HKsÜ). Die Vorinstanz hätte auf die entsprechenden Anträge der Gesuchstellerin nicht eintreten dürfen. Dementsprechend sind die Dispositivziffern 1 und 2 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und auf die Abänderungsbegehren mit Bezug auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie auf den persönlichen Verkehr ist nicht einzutreten.

B. Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens

1. Die Vorinstanz hat die Entscheidgebühr auf Fr. 3'600.– zuzüglich Fr. 206.25 Dolmetscherkosten festgesetzt (Urk. 21 Dispositivziffer 5), was unangefochten blieb (vgl. vorstehend E. II/1).

2. Zur Auferlegung der Prozesskosten erwog die Vorinstanz, dass die Kinderbelange vorliegend fast das gesamte Verfahren ausgemacht hätten. Die Kosten des Verfahrens seien gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Kostenverteilung bei Kinderbelangen den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Urk. 21 E. III/B). Der Anteil des Gesuchsgegners wurde sodann infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 21 Dispositivziffer 6).

3. Der Gesuchsgegner beantragt im Berufungsverfahren die Aufhebung der vorinstanzlichen Kostenfolgen (Urk. 21 S. 2) und die Auferlegung der Kosten gemäss Art. 106 ZPO (Urk. 21 Ziff. 16 S. 17).

4.1 Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids wird auf die Kinderbelange nicht eingetreten. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei, vorliegend die Gesuchstellerin, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Damit unterlag die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren vollumfänglich, weshalb ihr die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens in Abweichung von Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheids vollumfänglich aufzuerlegen sind.

4.2 Als Folge der Kostenverteilung hat die Gesuchstellerin den anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner für seine Aufwendungen im vorinstanzlichen Verfahren zu entschädigen. In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 und Abs. 3 in Verbindung mit § 5 AnwGebV, § 11 Abs. 1 AnwGebV) ist die volle Par-

teientschädigung auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8%, ausmachend Fr. 240.–, geschuldet.

Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist, wie im Beschluss vom 27. Oktober 2015 festgestellt (vgl. Urk. 47 E. 2.3.3), zu bejahen. Folglich ist in Anwendung der genannten Bestimmung der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners direkt aus der Gerichtskasse mit Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 240.– Mehrwertsteuer zu entschädigen. Der Anspruch auf diese unerhältliche Parteientschädigung geht auf die Gerichtskasse über, was festzustellen ist.

#### IV.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von §§ 2 lit. a, c und d sowie 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.
3. Der Gesuchsgegner beantragt mit der Berufung die Abweisung der Abänderungsbegehren der Gesuchstellerin. Er obsiegt dabei vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens damit der Gesuchstellerin aufzuerlegen, zufolge der ihr mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Urk. 47) jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Weiter ist sie zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner eine volle Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3, 11 Abs. 1 und 2 sowie 13 Abs. 1 und 2) zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, mithin Fr. 3'780.–, zu bezahlen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 2 und 3 der Verfügung und die Dispositivziffern 3 bis 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 18. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Ziffern 1 und 2 des Abänderungsbegehrens der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren im Umfang von Fr. 3'806.25 werden der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 3'240.– auf die Gerichtskasse über.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'780.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Vorinstanz sowie an die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 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.

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

Zürich, 7. Dezember 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:  
kt