

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ230012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Beschluss und Urteil vom 24. Oktober 2023

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,

Kläger und Beschwerdeführer

- 1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,
2, 3 vertreten durch Inhaber der elterlichen Sorge A._____,

gegen

D._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 24. August 2023 (FK230014-I)**

Erwägungen:

1.1. Der Kläger 1 und Beschwerdeführer 1 (fortan Kläger 1) und die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) sind die nicht verheirateten Eltern von B._____, geboren am tt.mm.2019, und C._____, geboren am tt.mm.2020 (Kläger und Beschwerdeführer 2 und 3). Am 7. Juli 2023 erteilte der Kläger 1 schriftlich seine Einwilligung zur Ausreise der Beklagten mit B._____ und C._____ im Sommer 2023 nach Deutschland (Urk. 7/41/2). Am 23. Juli 2023 verliess die Beklagte mit den Kindern die Schweiz (Urk. 2 S. 8). Der Kläger 1 machte vor Vorinstanz unter anderem geltend, seine Einwilligung anlässlich eines Gesprächs mit der Beklagten am 22. Juli 2023 widerrufen zu haben (Urk. 7/47 Rz. 13).

1.2. Mit Eingabe vom 28. Juli 2023 machten die Kläger eine Klage betreffend Kinderunterhalt sowie weitere Kinderbelange bei der Vorinstanz anhängig und beantragten den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Zudem stellten sie ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. (in Bezug auf die Kläger 2 und 3 eventualiter) unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 7/1). Mit Verfügungen vom 24. August 2023 wies die Vorinstanz sowohl das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wie auch die Gesuche um Prozesskostenvorschuss und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 57 S. 16 f. = Urk. 2 S. 16 f.).

1.3. Gegen die Verfügung betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege erhoben die Kläger mit Eingabe vom 15. September 2023 fristgerecht (Urk. 58 und Art. 321 Abs. 2 ZPO) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 3 f.):

1. *In Gutheissung der vorliegenden Beschwerde seien die Dispositivziffern 1, 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 24. August 2023 (FK230014) aufzuheben und:*
 - *Es die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Klägern 2 und 3 einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einstweilen CHF 5'000.00 zu bezahlen.*
 - *Es sei dem Beschwerdeführer 1 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.*

Eventualiter seien in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde die Dispositivziffern 1, 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 24. August 2023 (FK230014) aufzuheben und:

- Es sei der Antrag auf Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.*
- Es sei den Beschwerdeführern 2 und 3 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihnen in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.*
- Es sei dem Beschwerdeführer 1 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.*

Subeventualiter seien in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde die Dispositivziffern 1, 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 24. August 2023 (FK230014) aufzuheben und die Angelegenheit sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin.*
- 3. Es seien die Akten aus dem Verfahren FK230014) vor dem Bezirksgericht Uster beizuziehen.*
- 4. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, den Beschwerdeführern 2 und 3 einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einstweilen CHF 3'000.00 zu bezahlen.*

Eventualiter sei den Beschwerdeführern 2 und 3 für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihnen in der Person der Unterzeichnenden, resp. Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

- 5. Es sei dem Beschwerdeführer 1 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichnenden, resp. Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."*

1.4. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2023 reichten die Kläger eine Noveneingabe ein (Urk. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-73). Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei eine Zustimmungserklärung nach Art. 301a ZGB unwiderruflich. Der Kläger ziehe

einen Vergleich zum Verlöbnis, welches keinen Anspruch auf Heirat gebe und jederzeit widerrufen werden könne. Er behaupte zusammenfassend sinngemäss, dass dies analog für die durch ihn abgegebene Zustimmungserklärung zum Aufenthaltswechsel der Kinder nach Art. 301a ZGB gelte und diese keinen Anspruch auf einen tatsächlichen Aufenthaltswechsel begründe, sofern sie vor dem Aufenthaltswechsel widerrufen werde. Dieser Vergleich hinke. Dadurch würden Kinder zum Spielball der Eltern und ein Elternteil würde faktisch das alleinige Recht auf Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes erhalten, da ihm auch nach bereits erteilter Zustimmung ein jederzeitiges Vetorecht zukommen würde und er faktisch den Aufenthaltswechsel einseitig verhindern könne, obwohl diesem ein gemeinsamer Entscheid der Eltern zugrunde liege. Weiter sei auch zu beachten, dass ein entsprechender gemeinsamer Entscheid der Eltern umfangreiche Vorbereitungen und teilweise unwiderrufliche Fakten (Wohnungskündigung) schaffe. Damit würde ein jederzeitiges Widerrufsrecht der Zustimmung vor vollzogenem Aufenthaltswechsel der ratio legis dieser Bestimmung zuwiderlaufen, sie gerade zu untergraben. Somit sei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres zu folgen und die Zustimmungserklärung als unwiderruflich zu betrachten. Der Kläger habe demnach seine bereits abgegebene Zustimmung zum Aufenthaltswechsel nicht widerrufen können, weshalb eine gültige Zustimmungserklärung des Klägers nach Art. 301a ZGB zum Aufenthaltswechsel vorliege (Urk. 2 S. 12). Zum Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege erwog die Vorinstanz, da es sich bei den Klägern 2 und 3 um mittellose Kleinkinder handle, würden ihnen praxisgemäss keine Prozesskosten auferlegt. Deshalb seien sowohl das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses als auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Vor dem Hintergrund der obigen Erwägungen sei das von den Klägern angestrebte Verfahren als aussichtslos zu betrachten, weshalb auch das Gesuch des Klägers 1 um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen sei (Urk. 2 S. 15 f.).

3. Die Kläger rügen, die Vorinstanz habe ihre materiellen Anträge fast ausschliesslich gestützt auf den aus ihrer Sicht einschlägigen Bundesgerichtsentscheid 5A_293/2016 abgewiesen. Bei diesem nicht publizierten Entscheid handle

es sich um den bislang einzigen Entscheid, welcher sich dieser Thematik am Rande widme. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe das Bundesgericht nicht die absolute Unwiderrufbarkeit der Zustimmung gemäss Art. 301a ZGB erklärt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass es sich bei der Zustimmungserklärung um eine Gestaltungserklärung handle, welche grundsätzlich unwiderruflich sei. Dass Gestaltungserklärungen unter gewissen Umständen widerrufbar seien, habe das Bundesgericht mehrfach festgehalten (Urk. 1 Rz. 13). Die Gesetzesauslegung der Vorinstanz sei unhaltbar. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung wäre eine sorgfältige Abwägung vorzunehmen gewesen und erst danach hätte entschieden werden können, ob die Zustimmung im vorliegenden Fall widerrufbar gewesen sei. Es könne jedenfalls nicht davon gesprochen werden, dass zur Widerrufbarkeit einer Zustimmung gemäss Art. 301a ZGB eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung existiere und erst recht nicht davon, dass sich das Bundesgericht dafür ausgesprochen habe, dass die Zustimmung in jedem Fall unwiderruflich sei (Urk. 1 Rz. 14). Der Vorinstanz hätten zudem spätestens am 16. August 2023 sämtliche Akten vorgelegen, weshalb sie gemäss ihrer Argumentation bereits zu diesem Zeitpunkt von der Aussichtslosigkeit der klägerischen Anträge hätte ausgehen müssen. Indem die Vorinstanz trotzdem eine kostenintensive Verhandlung durchgeführt habe, habe sie Treu und Glauben verletzt (Urk. 1 Rz. 15).

4.1. Dass es sich bei der Zustimmungserklärung gemäss Art. 301a ZGB um eine Gestaltungserklärung handelt, bestreiten die Kläger nicht, ebenso wenig, dass Gestaltungserklärungen im Grundsatz unwiderruflich sind. Hierzu existiert auch eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 136 III 273 E.2.2.; 128 III 70 E. 2; 126 III 230 E. 7; 123 III 16 E. 4b; 109 II 319 E. 4b; BGer 5A_306/2018 vom 29. Januar 2019, E. 5.3.2.). Dass es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt, trifft zwar zu (siehe BGE 128 III 70 E. 2; Mohasseb/von der Chron, Widerrufbarkeit der Gestaltungsrechte, Bundesgerichtsurteil 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, in: SZW 2019 S. 428–435, S. 435). Die Kläger behaupten indes nicht und legen auch nicht dar, dass eine solche Ausnahme im vorliegenden Fall gegeben sei respektive dass eine allfälligerweise vorzunehmende Interessenabwägung (so Urk. 1 Rz. 14) zu ihren Gunsten ausgefallen wäre. Mit der

blossen (zwar zutreffenden) Behauptung, dass es Ausnahmen vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Gestaltungserklärungen gibt, ist die fehlende Aussichtslosigkeit der klägerischen Anträge im vorliegenden Fall jedenfalls nicht glaubhaft gemacht. Die Ausführungen der Kläger vermögen den vorinstanzlichen Entscheid nach dem Gesagten nicht als falsch erscheinen lassen. Auf die Ausführungen in der Eingabe vom 18. Oktober 2023 ist nicht weiter einzugehen, da Noven im Beschwerdeverfahren nicht zulässig sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

4.2. Ebenso wenig können die Kläger Ansprüche daraus ableiten, dass die Vorinstanz die Gesuche um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege erst nach Durchführung der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 7/45) abwies. Zwar sind Gesuche um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege – sofern im Anschluss an das Gesuch weitere Verfahrensschritte erfolgen – unmittelbar nach der Stellung des Gesuchs (bzw. im Falle des Prozesskostenvorschusses nach Eingang der Stellungnahme der gesuchsgegnerten Partei) zu entscheiden. Damit kann sich die gesuchstellende Partei im Falle eines ablehnenden Entscheids dafür entscheiden, den Prozess nicht mehr weiterzuführen, um weitere Kosten zu vermeiden (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 119 N 6; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger ZPO Komm., Art. 119 N 14; BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 55; BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2; OGer ZH RU170071 vom 20.12.2017, E. 3.3.2.). Eine Verletzung der Pflicht zur zeitnahen Entscheidung führt jedoch nicht unbesehen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege trotz fehlender Aussichtslosigkeit (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 56a), sondern allenfalls zur Übernahme der Kosten, die bei rechtzeitiger Entscheidung nicht entstanden wären, da die gesuchstellende Partei ihr Begehren zurückgezogen hätte. Die Kläger machen jedoch nicht geltend, dass sie ihr Begehren zurückgezogen oder sich nicht mehr weiter hätten anwaltlich vertreten lassen und daher die Kosten der Verhandlung nicht angefallen wären, wenn sie vor der Verhandlung Kenntnis vom ablehnenden Entscheid betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege gehabt hätten. Die Beschwerde erweist sich daher insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen und – da Kinder praxisgemäss keine Kosten zu tragen haben –, dem Kläger 1 aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, aufseiten der Kläger aufgrund ihres Unterliegens und aufseiten der Beklagten mangels erheblicher Umtriebe. Da sich die Beschwerde – wie vorstehend dargelegt wurde – als aussichtslos erweist, sind auch die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche der Kläger 1-3 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gesuche der Kläger 2 und 3 um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beklagte werden abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger 1 auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 24. Oktober 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:
Im