

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220030-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Rüedi

Beschluss und Urteil vom 30. August 2022

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 9. Mai 2022 (EE210184-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und die Eltern der gemeinsamen Tochter C._____, geboren am tt.mm.2016.

2. Mit Eingabe vom 20. Juli 2021 ersuchte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) die Vorinstanz um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Nachdem die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche ergebnislos geblieben waren, wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen, anlässlich derer sie eine Trennungsvereinbarung schlossen (Urk. 36). Einzig die Festlegung des zivilrechtlichen Wohnsitzes von C._____ blieb strittig. Diesbezüglich wurde das vorinstanzliche Verfahren schriftlich fortgesetzt (Urk. 40 ff.). Beide Parteien beantragten die Festlegung des Wohnsitzes der Tochter bei sich (Urk. 42 S. 2; Urk. 52 S. 1 f.). Mit Urteil vom 9. Mai 2022 fand das vorinstanzliche Verfahren seinen Abschluss (Urk. 65 = Urk. 70). In Bezug auf den zivilrechtlichen Wohnsitz von C._____ entschied die Vorinstanz was folgt (Urk. 70 S. 9):

"2. Die Obhut für die Tochter C._____ Iris, geboren am tt.mm.2016, wird beiden Parteien mit wechselnder Betreuung übertragen. Der gesetzliche Wohnsitz der Tochter ist bei der Mutter."

3.1 Dagegen erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 20. Mai 2022 innert Frist (vgl. Urk. 67) Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 69 S. 2):

"1. Dispositiv Ziff. 2, Satz 2, des Urteils des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Zürich vom 9. Mai 2022 (Geschäfts-Nr. EE210184) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

"Der gesetzliche Wohnsitz der Tochter ist beim Vater."

2. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen und Parteientschädigungen seien keine zuzusprechen;

eventualiter: Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin."

3.2 Mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2022 wurde das Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss zu leisten (Urk. 71). Nach fristgerechter Leistung des Kostenvorschusses (Urk. 72) ging am 29. Juni 2022 eine Noveneingabe des Gesuchsgegners ein (Urk. 74). Mit Präsidialverfügung vom 20. Juli 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt und ihr die Noveneingabe zugestellt (Urk. 76). Die fristgerecht erstattete Berufungsantwort der Gesuchstellerin datiert vom 2. August 2022 (Urk. 77). Die Berufungsanträge der Gesuchstellerin lauten wie folgt (Urk. 77 S. 2):

- "1. Die Anträge des Gesuchsgegners und Berufungsklägers seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers."

Mit Verfügung vom 4. August 2022 wurde die Berufungsantwort dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 80). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

4. Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-68). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Vorab ist daher festzuhalten, dass das vorinstanzliche Urteil in den nicht angefochtenen Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 in Rechtskraft erwachsen ist. Ebenfalls in Rechtskraft erwachsen ist Dispositiv-Ziffer 2 erster Satz. Dies ist vorzumerken.

2. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei seiner Prüfung weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente der Parteien gebunden.

3. Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO gilt somit nicht für Verfahren, in welchen Kinderbelange zu beurteilen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

III.

1. Die Parteien gehen – wie auch die Vorinstanz – davon aus, dass der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ bei einem Elternteil festzulegen ist. Dem ist nicht so.

2. Nach Art. 25 Abs. 1 ZGB gilt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz.

Steht das Kind also unter der gemeinsamen elterlichen Sorge seiner Eltern und haben diese einen *gemeinsamen Wohnsitz*, so befindet sich der Wohnsitz

des Kindes am gemeinsamen Wohnsitz der Eltern. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Eltern zusammenleben, als auch dann, wenn sie zwar getrennt bzw. an verschiedenen Adressen wohnen, aber am gleichen Ort ihren Wohnsitz haben. So dient denn der zivilrechtliche Wohnsitz auch der rechtlichen Individualisierung und Zuordnung einer Person zu einem Ort, und nicht zu einer Adresse. Steht das Kind demgegenüber unter der gemeinsamen elterlichen Sorge seiner Eltern und haben diese *keinen gemeinsamen Wohnsitz*, so leitet sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes von demjenigen Elternteil ab, unter dessen Obhut es steht. Im Falle der alternierenden Obhut steht die Obhut allerdings beiden Eltern gemeinsam zu, weshalb sich aus der Obhutsregelung keine eindeutige Anknüpfung ergibt. Nach der Rechtsprechung liegt diesfalls ein Anwendungsfall von Art. 25 Abs. 1 zweiter Teilsatz ZGB vor, so dass das Kind seinen Wohnsitz am Aufenthaltsort hat. Darunter wird derjenige Ort verstanden, zu dem das Kind den engsten Bezug hat (BGE 135 III 49 E. 5.3; BGE 144 V 299 E. 5.3.3.1 f.; vgl. zum Ganzen BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 315–315b ZGB N. 42 ff.).

3. Sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner wohnen in der Stadt Zürich bzw. im Quartier Zürich-D.____ (Stadtkreis ...; Schulkreis E.____). Die Parteien haben daher einen gemeinsamen Wohnsitz im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB. C.____ teilt diesen gemeinsamen Wohnsitz ihrer sorgeberechtigten Eltern. Folglich kommt weder der Obhutsregelung noch dem Aufenthaltsort von C.____ Bedeutung zu, und es ist weder Sache der Parteien noch des Gerichts, den Wohnsitz von C.____ bei einem Elternteil festzulegen. Der Wohnsitz von C.____ ergibt sich vielmehr zweifelsfrei aus Art. 25 Abs. 1 ZGB.

4. Nach dem Gesagten ist der Antrag der Parteien, es sei der zivilrechtliche Wohnsitz von C.____ bei einem Elternteil festzulegen, abzuweisen. Der Klarheit halber ist im Urteilsdispositiv festzuhalten, dass sich der zivilrechtliche Wohnsitz von C.____ am gemeinsamen Wohnsitz ihrer Eltern in Zürich (Kreis ...) befindet.

IV.

1. Die Vorinstanz hat die Entscheidgebühr auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Die weiteren Auslagen betragen Fr. 862.50 (Dolmetscherkosten). Die Kosten wurden den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte auferlegt und es wurden keine Parteienschädigungen zugesprochen (Urk. 70 S. 15). Diese Regelung ist mit Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 70 S. 8 f.) zu bestätigen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Sie sind mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Im Mehrbetrag ist der Kostenvorschuss dem Gesuchsgegner zurückzuerstatten. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner Fr. 1'000.– des von ihm geleisteten Kostenvorschusses zu ersetzen.

Aufgrund der hälftigen Teilung der Prozesskosten sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteienschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 4 sowie Dispositiv-Ziffer 2 erster Satz (Obhut) des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 9. Mai 2022 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 2 zweiter Satz des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 9. Mai 2022 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"[...] Der zivilrechtliche Wohnsitz von C. _____ befindet sich am gemeinsamen Wohnsitz ihrer Eltern in Zürich (Kreis ...)."

2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 5, 6 und 7) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird ihm der Kostenvorschuss zurück-erstattet.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'000.– zu ersetzen.

5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 30. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Rüedi

versandt am:
Im