

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ210026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Urteil vom 22. September 2022

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Wohnsitz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 28. September 2021 (FK200150-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die nicht verheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm 2019.

2. Mit Eingabe vom 22. Dezember 2020 ersuchte der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) bei der Vorinstanz um Regelung der Kinderbelange (Urk. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 23. Februar 2021 erzielten die Parteien eine Einigung über sämtliche Kinderbelange mit Ausnahme des Wohnsitzes von C._____. (Prot. I. S. 15; Urk. 34). Diesbezüglich wurde das vorinstanzliche Verfahren schriftlich fortgesetzt (Urk. 35 ff.). Beide Parteien beantragten die Festlegung des Wohnsitzes von C._____ bei sich (Urk. 44 S. 2; Urk. 57 S. 2). Mit Urteil vom 28. September 2021 hielt die Vorinstanz fest, dass sich der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ am Wohnort des Klägers befindet (Urk. 73 S. 15 = Urk. 79 S. 15).

3. Dagegen erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 2. November 2021 fristgerecht (Art. 312 Abs. 1 und 2 ZPO und Urk. 75) Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 78 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung gegen Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 28. September 2021 sei der Wohnsitz des gemeinsamen Sohnes der Parteien, C._____, geb. tt.mm 2019, am Wohnort der Berufungsklägerin festzusetzen.*
- 2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens seien in Gutheissung der Berufung wie folgt neu zu regeln:*
 - a. Die Entscheidgebühr sei auf CHF 1'000.– festzusetzen.*
 - b. Die Gerichtskosten seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen.*
 - c. Die Parteientschädigungen seien wettzuschlagen. Eventualiter sei die Parteientschädigung auf CHF 1'000.– zzgl. MwSt. zu reduzieren.*
- 3. Eventualiter sei in Gutheissung der Berufung das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. September 2021 vollumfänglich auf-*

zuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse, eventualiter unter hälftiger Kostenteilung und vollen Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."*

4. Mit Verfügung vom 5. November 2021 wurde der Beklagten Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 3'000.– angesetzt (Urk. 83). Nach dessen fristgerechtem Eingang (Urk. 84) wurde dem Kläger mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 85). Der Kläger erstattete die Berufungsantwort fristgerecht und beantragte die Abweisung der Berufung (Urk. 86 S. 2). Die Berufungsantwort wurde der Beklagten mit Verfügung vom 8. Februar 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 89). Anschliessend reichten beide Parteien diverse Eingaben ein, welche jeweils der Gegenpartei zur Kenntnisnahme bzw. zur Stellungnahme zugestellt wurden (Urk. 94-129).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-77). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

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 vorgetragene Argumente der Parteien gebunden. Es kann die Berufung auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21). In Kinderbelangen gilt der Untersuchungs- und Officialgrundsatz. Das Gericht entscheidet ohne die Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

III.

1. Die Parteien gehen – wie auch die Vorinstanz – davon aus, dass der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ bei einem Elternteil festzulegen ist. Dem ist im vorliegenden Fall 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 41 ff.; OGer ZH LE210017 vom 31.03.2022, E. III.1.4.; OGer ZH LE220030 vom 30.08.2022, E. III.).

3. Sowohl der Kläger als auch die Beklagte wohnen in der Gemeinde Zürich. Die Parteien haben daher einen gemeinsamen Wohnsitz im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB. C._____ teilt den gemeinsamen Wohnsitz seiner sorgeberechtigten Eltern (Urk. 37 S. 3). Folglich kommt weder der Obhutsregelung noch dem Aufenthaltsort von C._____ Bedeutung zu, und es ist weder Sache der Par-

teilen 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. Insofern ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und klarzustellen, dass sich der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ am gemeinsamen Wohnsitz seiner Eltern in Zürich befindet.

IV.

1. Die Vorinstanz erwog, das schriftliche Verfahren sei einzig hinsichtlich der strittigen Frage des Wohnsitzes von C._____ durchgeführt worden, wobei kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden sei. Die Parteien hätten von ihrem unaufgeforderten Replikrecht Gebrauch gemacht und auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet. Ausser der Begründung des Entscheides seien keine übermässigen Aufwendungen entstanden, weshalb – innerhalb des Rahmens von Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 Abs. 1 GebV OG) – eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– als angemessen erscheine. Diese auferlegte sie der Beklagten und verpflichtete sie, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zzgl. MwSt. zu bezahlen (Urk. 79 S. 14 f.).

2. Angesichts der Tatsache, dass beide Parteien mit ihren Anträgen gleichermassen unterliegen, sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

3. Die Beklagte erachtet die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– für einen "Nicht-Entscheid" als viel zu hoch mit der Begründung, die Vorinstanz habe die Frage des Wohnsitzes nicht originär entschieden, sondern einfach den Wohnsitz, wie er bis zu ihrem Wegzug gegolten habe, perpetuiert. Sie habe kein Beweisverfahren zu wichtigen Punkten durchgeführt, sich vor einer Entscheidung gescheut und bereits für das Urteil vom 26. März 2021 (betreffend Sorge, Obhut, Betreuung und Kindesunterhalt) eine Gebühr von Fr. 3'600.– erhoben. Das Verfahren betreffend Wohnsitz sei auch nicht besonders komplex

gewesen. Es seien bestenfalls (zusätzliche) Kosten von Fr. 1'000.– zu verrechnen (Urk. 78 Rz 53 in Verbindung mit Rz 51).

Die vorinstanzlichen Gerichtsgebühren bewegen sich mit Fr. 5'600.– (für das gesamte Verfahren) bzw. mit Fr. 2'000.– (für die Klärung der Wohnsitzfrage) im mittleren bis unteren Tarifrahmen, wobei die Gerichtsgebühr von Fr. 3'600.– für das unbegründete Teilurteil unangefochten blieb und sich mangels Begründung auf Fr. 2'400.– reduzierte (Urk. 37). Das Verfahren betreffend Wohnsitz verursachte mit bloss einem Schriftenwechsel keinen übermässigen Aufwand. Allerdings reichten die Parteien nebst einer 24-seitigen Klagebegründung (Urk. 44) und einer 14-seitigen Klageantwort (Urk. 57) unaufgefordert weitere Stellungnahmen ein (Urk. 64, Urk. 69). Im Kindesrecht ist regelmässig von einem erhöhten Verantwortungsgrad auszugehen, auch wenn die Thematik vorliegend beschränkt und die noch zu klärende Wohnsitzfrage nicht von hoher Komplexität war. Dass die Vorinstanz sich vor der Entscheidfällung gescheut habe (Urk. 78 Rz. 53), trifft jedoch nicht zu, nachdem sie festhielt, wo sich der Wohnsitz von C._____ befindet, und zur Klärung dieser Frage einen 15-seitigen Entscheid verfasste (Urk. 79). Die Beklagte vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandte, ihr Ermessen unrichtig ausübte oder den Sachverhalt falsch feststellte. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– ist daher zu bestätigen.

4. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist – angesichts des zwar etwas grösseren Aufwands aufgrund der zahlreichen Eingaben der Parteien, der jedoch vergleichsweise einfacheren Erledigung – in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 und § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Eine Kostenaufgabe an den Staat (bzw. den Kanton), wie es die Beklagte fordert (Urk. 78 S. 2, Rz. 55), ist nicht angezeigt. Einerseits liegt wie gesagt kein "Nicht-Entscheid" vor (Urk. 78 Rz. 55), und andererseits hätte die Beklagte das Berufungsverfahren höchstwahrscheinlich auch dann eingeleitet, wenn die Vorinstanz den Wohnsitz von C._____ mit anderer Begründung am Wohnort des Klägers festgelegt hätte. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, dass die Vorinstanz das Berufungsverfahren durch einen "Nicht-Entscheid" verursacht hat.

Eine sogenannte Justizpanne, die eine Kostenaufgabe an den Kanton rechtfertigt (Art. 107 Abs. 2 ZPO), liegt nicht vor. Ausgangsgemäss sind die Kosten somit den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO) und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Im Mehrbetrag ist ihr der Kostenvorschuss zurückzuerstatten. Der Kläger ist zu verpflichten, der Beklagten Fr. 750.– des von ihr geleisteten Kostenvorschusses zu ersetzen. Aufgrund der hälftigen Teilung der Prozesskosten sind für das zweitinstanzliche Verfahren ebenfalls keine Parteienschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 28. September 2021 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Wohnsitz von C._____, geboren am tt.mm 2019, ist am gemeinsamen Wohnsitz seiner Eltern in Zürich."
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– (Dispositiv Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Beklagten verrechnet.

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten den Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 750.– zu ersetzen.

7. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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.

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, 22. September 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw L. Hengartner

versandt am:

jo