

# ZH\_OBERGERICHT LZ220040 vom 17. April 2023

ZH Obergericht, 2023-04-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ220040](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ220040)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ220040 du 17 avril 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ220040 del 17 aprile 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Verfahrenseteiligte und Berufungsklägerin (fortan Verfahrenseteiligte) und der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) sind die unverheirateten Eltern der am 11.11.2020 geborenen Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin). Die Klägerin lebt seit ca. September 2021 bei den Grosseltern der Verfahrenseteiligten (fortan Grosseltern) in E.\_\_\_\_\_, Bosnien (Urk. 1 S. 3; Urk. 13 Rz. 16). Der Beklagte anerkannte am 24. November 2021 seine Vaterschaft (Urk. 9/4/3). Am 29. März 2022 leitete die mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dietikon vom 25. März 2021 (Urk. 9/3) eingesetzte Beiständige für die Klägerin beim Bezirksgericht Dietikon (Vorinstanz) eine Klage betreffend Unterhalt und weitere Kinderbelange (elterliche Sorge, Obhut, Besuchsrecht und Beistandschaft) ein (Urk. 9/2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Juni 2022 bestritt die Verfahrenseteiligte die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Prot. I S. 1; Urk. 9/21). Am 11. Oktober 2022 erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung, mit welcher sie ihre Zuständigkeit bejahte und auf die Klage eintrat (Urk. 9/27 = Urk. 2).

### E. 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 (Angemessenheitsprüfung; siehe BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung oder Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5; BGE

142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer

- 5 - 5A\_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1), die in Verfahren wie dem vorliegenden, in welchem Kinderbelange zu beurteilen sind, zur Anwendung gelangt (Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO).

### **E. 2.1**

Nach Wiedergabe der Parteivorbringen (Urk. 2 E. 1.1.1–1.1.5) und rechtlichen Ausführungen zu Art. 5 des Haager Kindesschutzübereinkommens (Urk. 2 E. 1.3.1) erwog die Vorinstanz, es gehe vorliegend um die ungewöhnliche Konsultation, dass sich ein Kleinkind aufgrund des Entschlusses des sorgeberechtigten Elternteiles seit September 2021 bis (längstens) zur Vorbereitung des Kindergartenbeitrittes in der Obhut der Grosseltern der Kindsmutter in Bosnien aufhalte. Das Bundesgericht habe in BGE 129 II 288 (recte: 129 III 288) S. 292 festgestellt, dass bei Neugeborenen naturgemäss die familiären Bindungen zum betreuenden Elternteil als Indiz des gewöhnlichen Aufenthalts entscheidend seien. Meistens falle der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes mit dem Lebensmittelpunkt zumindest eines Elternteils zusammen. Vorliegend wohne die Klägerin im Kleinkindalter

- 6 - nach dem Willen der Verfahrensbeteiligten vorübergehend bei deren Grosseltern in Bosnien. Spätestens zur Vorbereitung des Kindergartenbeitrittes solle sie dauerhaft in die Schweiz zurückkommen. Die Klägerin im Kleinkindalter habe selbstredend keine soziale Eingliederung schulischer oder beruflicher Hinsicht erfahren. Nun könnte man den Standpunkt vertreten, aus der Betreuung der Klägerin durch die Grosseltern erwachse eine familiäre Eingliederung, die den gewöhnlichen Aufenthalt in Bosnien begründe. Die Verfahrensbeteiligte selber reise allerdings alle zweieinhalb bis drei Monate nach Bosnien und betreue dort das Kind. Wenngleich das Kleinkind solche Zeiträume als Ewigkeiten empfinde und aktuell die Betreuung durch die Grosseltern für das Kind im Vordergrund stehe, zeige dieses Setting auf, dass auch die Verfahrensbeteiligte die Betreuung durch die Grosseltern ihrem eigenen Plan entsprechend lediglich als Übergangslösung ansehe und sie sich selber als hauptbetreuende Person begreife. Der Plan der Verfahrensbeteiligten, die Klägerin vorerst durch die Grosseltern betreuen zu lassen, sie allerdings vor Kindergartenbeitritt dauerhaft in die Schweiz zu holen, sei aus Warte der Klägerin ein äusserlich wahrnehmbarer bzw. objektiv feststellbarer Fakt. Da vorliegend der gewöhnliche Aufenthalt eines Kleinkindes zu beurteilen sei, sei in Abweichung der Praxis bei älteren Kindern auf den objektiv erkennbaren Willen der Sorgerechtsinhaberin zur dauerhaften Begründung des gewöhnlichen Aufenthaltes abzustellen und entsprechend die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gestützt auf den Plan der Verfahrensbeteiligten, die Klägerin spätestens zur Vorbereitung auf den Eintritt in den Kindergarten dauerhaft in die Schweiz zu verbringen, zu bejahen (Urk. 2 E. 1.3.2).

### **E. 2.2**

Die Verfahrensbeteiligte macht in ihrer Berufungsschrift geltend, die Klägerin lebe seit September 2021 bei ihren Grosseltern in E.\_\_\_\_\_, Bosnien, welche die Klägerin betreuten und, soweit sie selber nicht anwesend sei, folglich in beschränktem Masse auch erzögen. Die Klägerin habe in dieser Umgebung einen Austausch mit Kindern und eine beste

Freundin. Hauptbetreuungsperson sei die Grossmutter. Sie – die Verfahrensbeteiligte – fahre alle zweieinhalb bzw. dreiein- halb Monate für jeweils zehn Tage nach Bosnien, mithin im Jahr gut 40 Tage. Geplant sei, die Klägerin im Alter von dreieinhalb Jahren für die Einschulung wie- der in die Schweiz zu holen.

- 7 - Hieraus folge, dass - die Klägerin im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 29. März 2022 bereits mehr als sechs Monate physisch ausschliesslich und ununterbrochen in E. \_\_\_\_\_ präsent gewesen sei; - der Aufenthalt der Klägerin in E. \_\_\_\_\_ weit mehr als sechs Monate dauern solle, bis heute und auf Weiteres andauere, während der Aufenthalt bei ihr in F. \_\_\_\_\_ aufgegeben und durch den Aufenthalt der Grosseltern ersetzt wor- den sei; - die Haupterziehungsverantwortung bei der Grossmutter liege und die Kläge- rin in die Familie der Grossmutter und in das nähere Umfeld (Kinderkontak- te) integriert sei, was von ihr, der Verfahrensbeteiligten, unterstützt werde, indem sie die Klägerin nicht zu Besuchen nach F. \_\_\_\_\_ mitnehme. Für Dritte liege der Daseinsschwerpunkt aufgrund dieser wahrnehmbaren Tatsa- chen nicht in F. \_\_\_\_\_, sondern in E. \_\_\_\_\_ (Urk. 1 S. 5 f.). Äusserlich wahrnehmbar sei einzig die Tatsache, dass die Klägerin seit Septem- ber 2021 nicht in F. \_\_\_\_\_, sondern in E. \_\_\_\_\_ bei den Grosseltern lebe und dort von diesen umfassend betreut werde. Keine für Dritte wahrnehmbare Tatsache sei ihre blossе Absicht, die Klägerin wieder in die Schweiz zu nehmen. Diese Ab- sicht manifestiere sich durch keinerlei Vorbereitungen oder sonstigen für Dritte er- kennbare Handlungen. Als zukünftiges Geschehen sei ihre Absicht bis zu deren Verwirklichung naturgesetzlich nicht wahrnehmbar. Auch wenn die Betreuung durch die Grosseltern eine – längerdauernde – Übergangslösung darstelle, liege die faktische Betreuung der Klägerin im Alltag bei den Grosseltern. Sie habe es aber als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge in der Hand, die Betreuung den Grosseltern zu überlassen und die Betreuung und Erziehung der Klägerin zu pla- nen und zu bestimmen. Hauptbeziehungsperson der Klägerin sei zurzeit offen- kundig nicht sie, sondern die Grossmutter (Urk. 1 S. 6).

- 8 - Objektiv erkennbar sei ihr Wille als solcher erst dann in ihrer Handlung zu erken- nen, wenn die Klägerin wieder in der Schweiz lebe. Der Aufenthaltsort sei nach den äusseren tatsächlichen Umständen – der menschliche Wille sei keine objekti- ve, sondern bloss für das Subjekt innerlich wahrnehmbare Tatsache – zu bestim- men; innere Umstände wie der Wille seien unmassgeblich (so ausdrücklich OGer ZH NQ120026 vom 31.05.2012). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz beruhe un- ter anderem auf der falschen Prämisse, dass der durch nichts verwirklichte Wille ein Kriterium darstelle. Verwirklicht habe sich ihr Wille, die Klägerin erst mit drei- einhalb Jahren wieder in die Schweiz zu nehmen, insoweit schon, als dass die Klägerin mehr als sechs Monate – bis heute 15 Monate – ihren festen Aufenthalt in E. \_\_\_\_\_ habe, was nach der Rechtsprechung gerade für den gewöhnlichen Aufenthalt der Klägerin in Bosnien spreche. Demzufolge liege die Zuständigkeit für die Regelung der elterlichen Belange nicht bei der Schweiz, sondern bei Bos- nien (Urk. 1 S. 6 f.).

### **E. 2.3**

Der Beklagte bestreitet, dass die Grossmutter die Hauptbetreuungsperson und Verantwortliche für die Haupterziehung der Klägerin sei. So stelle sich auf- grund der von der Verfahrensbeteiligten anlässlich der Hauptverhandlung ge- schilderten gesundheitlichen Verfassung der Grossmutter die Frage, ob diese überhaupt in der Lage sei, sich um ein Kleinkind zu kümmern. Bereits aus diesem Grund erweise sich die Behauptung der Verfahrensbeteiligten, wonach die Grossmutter die Hauptbetreuungsperson sei, als

unglaublich und widerlegbar. Zudem bestimme die Verfahrensbeeteiligte nach eigenen Angaben darüber, wie die Klägerin erzogen und welche Sprache mit ihr gesprochen werden solle. Folglich sei die Verfahrensbeeteiligte in der Erziehung der Klägerin weiterhin taktgebend und als Verantwortliche für die Haupterziehung der Klägerin anzusehen.

Bezeichnenderweise habe auch keine Übertragung des Sorgerechts auf die Grossmutter stattgefunden (Urk. 13 Rz. 16 und Rz. 24). Des Weiteren habe die Verfahrensbeeteiligte teils widersprüchliche Aussagen gemacht. Anlässlich der Verhandlung vom 22. Juni 2022 habe sie zu Protokoll gegeben, ihr Plan sei es, die Klägerin für die nächsten 18 Monate und damit bis ca. Ende des Jahres 2023, wenn die Klägerin dreieinhalb Jahre alt sei, bei der

- 9 - Grossmutter zu belassen (Prot. I S. 5). Die Klägerin solle weiterhin Deutsch lernen, damit sie es bei der Rückkehr in die Schweiz einfacher habe und nicht komplett überfordert sei (Prot. I S. 38). Auf Nachfrage habe die Verfahrensbeeteiligte ausgeführt, die Klägerin solle mit drei oder dreieinhalb Jahren in die Schweiz zurückkehren (Prot. I S. 39). Im Laufe der Befragung habe sie sich selbst als Bezugsperson für die Klägerin bezeichnet (Prot. I S. 43). Zudem habe sie bestätigt, die Klägerin nie in der Schweiz abgemeldet zu haben. Im September 2021 habe sie zudem nicht gewusst, wie lange die Klägerin in Bosnien bleiben werde (Prot. I S. 45 f.). Diese Aussagen belegten, dass es nie die Absicht gewesen sei, die Klägerin in Bosnien zu lassen. Die Klägerin sei nie abgemeldet worden, die Verfahrensbeeteiligte beziehe weiterhin die Kinderzulagen, welche ihr aufgrund des Wohnsitzes und des gewöhnlichen Aufenthalts der Klägerin zustünden, und die Klägerin sei auch weiterhin bei der Verfahrensbeeteiligten in deren Privathaftpflicht- und Hausratsversicherung mitversichert (Urk. 13 Rz. 17 f.). Der Aufenthalt sei von Beginn an nur vorübergehender Natur. Die Verfahrensbeeteiligte bemühe sich fortlaufend um die zukünftige Integration der Klägerin, indem sie mit ihr Deutsch spreche bzw. sprechen lasse. Die Verfahrensbeeteiligte sei darauf zu behaften, dass sie sich selbst als Bezugsperson für die Klägerin sehe. Dies sei ebenfalls ein klares Indiz dafür, dass der gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin mit dem Lebensmittelpunkt der Verfahrensbeeteiligten übereinzustimmen habe, zumal es sich bei der Klägerin um ein zweieinhalbjähriges Kind handle, dessen naturgemässe Bindung zur Mutter ein weiteres Indiz darstelle. Altersbedingt habe keine schulische Eingliederung in Bosnien stattgefunden. Die Verfahrensbeeteiligte beabsichtige gerade, die Klägerin in der Schweiz einzuschulen, was wiederum dafür spreche, dass in Bosnien kein gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden sei. Dieser befinde sich in der Schweiz und der eigenmächtige Entscheid der Verfahrensbeeteiligten, die Klägerin nach Bosnien zu bringen, vermöge daran nichts zu ändern (Urk. 13 Rz. 19). Der Beklagte bestreitet weiter, dass die Verfahrensbeeteiligte lediglich während 40 Tagen im Jahr jeweils nach Bosnien reise. Nur schon über Weihnachten/Neujahr sei die Verfahrensbeeteiligte im Zeitraum vom 19. Dezember 2022 bis 8. Januar 2023, mithin während 21 Tagen, durchgehend in Bosnien gewesen. Es sei davon

- 10 - auszugehen, dass sie pro Jahr weit mehr als 40 Tage in Bosnien verbringe (Urk. 13 Rz. 20). Zudem lässt er bestreiten, dass die Klägerin seit September 2021 ausschliesslich und ununterbrochen in E.\_\_\_\_\_ und nicht mehr in der Schweiz gewesen sei. Diese Behauptung sei unbelegt (Urk. 13 Rz. 22). Ebenso bestreitet der Beklagte, dass die Absicht der Verfahrensbeeteiligten für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts irrelevant sei. Dies stelle ein zentrales Indiz dar, welches auf den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz schliessen lasse. Die Kundgebung der Verfahrensbeeteiligten bezüglich ihrer Absichten vor dem erstinstanzlichen Gericht stelle eine äusserlich wahrnehmbare Tatsache dar (Urk. 13

Rz. 23 und Rz. 25). Für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts könne vorliegend eben nicht einzig auf die Dauer des Verbleibs der Klägerin in Bosnien abgestellt werden. Die weiteren Umstände und insbesondere der erkennbare Wille der Sorgerechtsinhaberin zur dauerhaften Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts seien – wie von der Vorinstanz zu Recht ausgeführt worden sei und von der Rechtsprechung gestützt werde – ausschlaggebend dafür, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin weiterhin in der Schweiz befindet (Urk. 13 Rz. 25).

#### **E. 2.4**

Die Vertreterin der Klägerin macht in ihrer Berufungsantwort geltend, die Verfahrensbeteiligte habe ihr gegenüber eine temporäre Notsituation geschildert, wonach diese aufgrund von Engpässen in der Kinderbetreuung und finanziellen Schwierigkeiten auf die Betreuung durch ihre Eltern in Bosnien habe zurückgreifen müssen. Noch im Januar 2022 habe die Verfahrensbeteiligte ihr gegenüber geäußert, ihr Leben organisieren zu wollen, bevor sie die Klägerin zurück in die Schweiz hole. Sie sei auch bereit, eine Tagesmutter in der Schweiz kennenzulernen. Vorliegend sei zudem eine klare Befristung des Aufenthalts in Bosnien vorhanden, indem die Verfahrensbeteiligte die Klägerin mit eindeutiger Absicht in der Schweiz einschulen lassen wolle, womit die soziale und schulische Eingliederung explizit nicht in Bosnien stattfinden solle. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass bei Kinderbelangen im internationalen Kontext stets ein Gleichlauf der Zuständigkeiten anzustreben sei, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Das Kindeswohl, welches gemäss Präambel Leitgedanke des Haager Kindesschutzübereinkommens sei, verlange eine zügige Regelung der weiteren Kinderbelange und des Unterhalts. Zusammenfassend befinde sich der gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin in der Schweiz. Das Bezirksgericht Dietikon sei daher rechtmässig auf die Klage eingetreten (Urk. 11 S. 4 f.).

#### **E. 2.5**

Die internationale Zuständigkeit in Bezug auf die elterliche Sorge, die Obhut, das Besuchsrecht sowie die Beistandschaft richtet sich gemäss 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 der Kinder (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ). Dieses Abkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2009 in Kraft getreten. Bosnien ist zwar kein Vertragsstaat, das HKsÜ wirkt jedoch kraft Verweises in Art. 85 Abs. 1 IPRG in Bezug auf die direkte Zuständigkeit erga omnes und gelangt somit auch gegenüber Nichtvertragsstaaten zur Anwendung (vgl. BGE 142 III 1 E. 2.1). Als Hauptregel sieht das HKsÜ eine Zuständigkeit der Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Minderjährigen vor (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist vertragsautonom auszulegen. In der Praxis wird unter dem gewöhnlichen Aufenthalt der "tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung" bzw. "der Lebensbeziehungen", der "Schwerpunkt der Bindungen", der "Daseinsmittelpunkt" verstanden. 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 aber auch ein gewöhnlicher

sofort ab dessen Begründung an einem bestimmten Ort werden, wenn er auf Dauer begründet werde und den bis- herigen Lebensmittelpunkt ablösen soll (OGer ZH LE200017 vom 08.07.2020, E. C.4.1, mit Verweis u.a. auf BGer 5A\_665/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 4). Das ist insbesondere der Fall, wenn ein Elternteil gemeinsam mit dem Kind umzieht (vgl. BGer 5A\_293/2016 vom 8. August 2018, E. 3.1, m.w.H.). Ist hingegen von Beginn an erwiesen, dass ein Aufenthalt in einem anderen Staat nur von begrenzt-

- 12 - ter Dauer ist – selbst wenn es sich dabei um einen längeren Zeitraum handelt –, verbleibt der gewöhnliche Aufenthalt im ursprünglichen Staat. Dies ist zum Bei- spiel der Fall, wenn getrennt lebende Eltern vereinbaren, dass das Kind für eine begrenzte Zeit beim Elternteil in einem anderen Staat lebt. In Bezug auf Kinder sind in der Praxis zwei verschiedene Ansätze auszumachen. Der eine Ansatz ba- siert auf der Absicht der Eltern, also dem Willen der Eltern oder eines Elternteils, für sich und sein Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt festzulegen. Der zweite An- satz stützt sich auf die faktische Realität des Kindes. Dabei werden die schulische und soziale Integration sowie die familiären Bindungen des Kindes, wie sie tat- sächlich vorliegen, berücksichtigt. Zu beachten ist, dass sich diese beiden Ansät- ze nicht per se ausschliessen, sondern von den Behörden zur Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts gemeinsam bedacht werden können. Dabei spielt ins- besondere das Alter des Kindes eine wichtige Rolle, je jünger das Kind ist, desto massgebender ist der Wille der Eltern (vgl. Hungerbühler/John, Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachse- nenschutzrecht, S. 644 N 17.18, mit Verweis auf Practical Handbook on the Ope- ration of the 1996 Hague Child Protection Convention, N 13.85, mit Verweisen auf die Rechtsprechung der einzelnen Vertragsstaaten). Massgebender Zeitpunkt zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ist der Erlass der Mass- nahme (BSK IPRG-Schwander, Art. 85 N 45).

## **E. 2.6**

Die Klägerin kam am tt.mm.2020 in der Schweiz zur Welt und lebte mit der Verfahrensbeteiligten, welche die alleinige elterliche Sorge innehat, bis mindes- tens September 2021 in F.\_\_\_\_\_. Bis dahin hatte die Klägerin ihren gewöhnlichen Aufenthalt bei der Verfahrensbeteiligten in der Schweiz. Unbestritten ist, dass der Entscheid der Verfahrensbeteiligten, die Klägerin nach Bosnien zu bringen und dort von ihren Grosseltern betreuen zu lassen, aus einer finanziellen Notsituation heraus als Übergangslösung getroffen wurde und die Verfahrensbeteiligte nie be- absichtigte, die Klägerin dauerhaft in Bosnien zu belassen (vgl. Urk. 9/21 S. 3; Prot. I S. 6 und S. 9 f.). Diese Absicht zeigt sich auch dadurch, dass die Verfah- rensbeteiligte die Klägerin in der Schweiz nie abmeldete (Prot. I S. 45 und S. 47), weiterhin hier obligatorisch krankenversicherte (Urk. 9/4/12) und mit dem Lehren der deutschen Sprache auf die Rückkehr in die Schweiz vorbereitete (vgl. Prot. I

- 13 - S. 38). Wie die Verfahrensbeteiligte in ihrer Berufungsschrift selbst ausführt, ist sie diejenige, welche die Betreuung und Erziehung der Klägerin plant und be- stimmt (Urk. 1 S. 6). Es besteht ein intensiver Kontakt zwischen Mutter und Toch- ter; die Verfahrensbeteiligte besucht die Klägerin regelmässig in Bosnien und spricht mit dieser (zum Teil auch mehrmals) täglich via Face-Time (vgl. Urk. 1 S. 5; Urk. 9/21 S. 3). Von einer sozialen und schulischen Integration in Bosnien kann aufgrund des Alters der Klägerin zudem keine Rede sein, selbst wenn sie dort ei- ne beste Freundin hat (Urk. 1 S. 5; Prot. I S. 38) und physisch die meiste Zeit mit der Grossmutter verbringt. Die engste

familiäre Bindung der Klägerin besteht seit deren Geburt zur Verfahrensbeteiligten. Demnach befindet sich nach beiden Ansätzen (Absicht der Eltern bzw. der Inhaberin der elterlichen Sorge und faktische Realität des Kindes) der gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin bei der Verfahrensbeteiligten in der Schweiz. Die schweizerischen Gerichte sind daher gestützt auf Art. 5 Abs. 1 HKsÜ zur Beurteilung der Klage betreffend die weiteren Kinderbelange (elterliche Sorge, Obhut, Besuchsrecht und Beistandschaft) zuständig. Wie der Beklagte ausserdem zu Recht vorbringt (Urk. 13 Rz. 28), wäre selbst dann, wenn sich der gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin aufgrund ihrer nun bereits eineinhalbjährigen physischen Anwesenheit heute in E. \_\_\_\_\_, Bosnien, befinden würde, die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf Art. 5 Abs. 2 HKsÜ gegeben. Im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 29. März 2022 (Urk. 9/2) befand sich die Klägerin seit maximal sieben Monaten in Bosnien, wobei aufgrund der oben aufgeführten Umstände, insbesondere dem Verbringen der Klägerin nach Bosnien aufgrund einer Notsituation als Übergangslösung und des seither fortbestehenden sehr engen Kontaktes zur Verfahrensbeteiligten, die Klägerin ihren gewöhnlichen Aufenthalt bei Klageeinleitung noch in der Schweiz hatte. Da Bosnien kein Vertragsstaat des HKsÜ ist, gilt der allgemeine Grundsatz der perpetuatio fori und die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte bleibt bestehen (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ; BGE 142 III 1 E. 2.1 m.w.H.).

#### **E. 2.7**

Das HKsÜ regelt lediglich die internationale Zuständigkeit, innerhalb der Schweiz bestimmt sich diese nach dem IPRG (BSK IPRG-Schwander, Art. 85 N 49). Betreffend die Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut sowie des Besuchsrechts ist Art. 79 Abs. 1 IPRG anwendbar (BSK IPRG-Schwander, Art. 79 N 6). Kinderschutzmassnahmen, wie vorliegend die Beistandschaft, werden nicht von Art. 79 IPRG erfasst. Mangels entsprechender Norm im IPRG wird in der Lehre dennoch Art. 79 Abs. 1 IPRG herangezogen, unter dem Hinweis, dass auch die Praxis zum MSA (Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 [MSA; SR 0.211.231.01]) die Behörden oder Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes für örtlich zuständig erklären (Kren Kostkiewicz, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2018, N 1483, m.w.H.). Art. 79 Abs. 1 IPRG sieht eine Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt des beklagten Elternteils vor. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts bestimmt sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG, wonach eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit von vornherein befristet ist. Der gewöhnliche Aufenthalt bedarf eines Verweilens an einem bestimmten Ort während einer längeren Zeit. Wann diesem Erfordernis Genüge getan ist, ist aufgrund der Verhältnisse des Einzelfalles zu bestimmen. Der rein zufällige Verbleib an einem Ort reicht nicht aus, vielmehr muss die regelmässige Präsenz einer Person an einem Ort gegeben sein, welche ein eigentliches "Leben" darstellt mit der Begründung von beruflichen oder persönlichen Beziehungen. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes wird selbstständig nach den jeweiligen Gegebenheiten definiert. Bei kleinen Kindern wird er in der Regel nach dem des sorgeberechtigten Elternteils bestimmt, da sich dort tendenziell der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes befindet (BSK IPRG-Westenberg, Art. 20 N 33 f. und N 36, m.w.H.).

#### **E. 2.8**

Die Klägerin hält sich vorliegend zwar seit längerer Zeit in Bosnien auf, wo- bei diese Zeit von vornherein befristet war (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG), den- noch befindet sich ihr Lebensmittelpunkt aufgrund der aufgezeigten Umstände (oben E. III. 2.6) nach wie vor in F.\_\_\_\_\_ bei der sorgerechtigten Verfahrensbe- teiligten.

- 15 -

### **E. 2.9**

Wie auch die Vorinstanz zu Recht ausführt (Urk. 2 E. 1.3.2), würde die An- nahme des gewöhnlichen Aufenthalts der Klägerin in Bosnien im Übrigen bedeu- ten, dass die Klägerin bzw. der Beklagte dort erneut eine Klage betreffend die weiteren Kinderbelange einreichen müsste, was mit Blick auf die kurz bevorste- hende Rückkehr der Klägerin in die Schweiz im Sommer oder Ende 2023 – was wiederum das Entfallen der Zuständigkeit der bosnischen Gerichte zur Folge hät- te (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ) – nicht zumutbar ist. Die Vorinstanz hat daher richtiger- weise ihre Zuständigkeit zur Regelung der weiteren Kinderbelange bejaht.

### **E. 3**

Zuständigkeit hinsichtlich des Kindesunterhalts

#### **E. 3.1**

Die Verfahrensbeteiligte kritisiert, dass die Vorinstanz nicht auf die Zustän- digkeitsregeln betreffend die Unterhaltsklage eingehe und ihre Zuständigkeit be- züglich aller Klagegegenstände einheitlich bejahe. Wenn die Vorinstanz ihre Zu- ständigkeit für die Unterhaltsklage trotz ihres Hinweises auf Art. 4 lit. e HKsÜ auf das HKsÜ abstütze oder den Begriff des "gewöhnlichen Aufenthalts" nach Art. 5 HKsÜ und nach Art. 79 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG allenfalls stillschweigend ohne jede Darlegung bzw. ohne jeden Hinweis einander gleich- setze, obwohl das HKsÜ autonom und nicht nach innerstaatlichem Recht auszu- legen sei, so sei die Begründung mangelhaft, womit eine Verletzung ihres rechtli- chen Gehörs vorliege (Urk. 1 S. 3 f.).

#### **E. 3.2**

Es ist richtig, dass die Vorinstanz keine Rechtsgrundlagen nannte, gestützt auf welche sie ihre Zuständigkeit für die Beurteilung des Kindesunterhalts bejahte. Darin liegt jedoch keine Verletzung des Gehörsanspruchs der Verfahrensbeteilig- ten, da sie unbestrittenermassen aus dem vorinstanzlichen Urteil erkennen konn- te, dass sich die Vorinstanz aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts der Klägerin in F.\_\_\_\_\_ für zuständig befand, und den Entscheid entsprechend anfechten konnte. Damit genügt die Begründung den Vorgaben von Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. BGE 145 III 324 E. 6.1 m.w.H.).

#### **E. 3.3**

Die Regelung des Kinderunterhalts fällt nicht in den sachlichen Anwen- dungsbereich des HKsÜ (Art. 4 lit. e HKsÜ; BSK IPRG-Schwander, Art. 85 N 24). Die Zuständigkeit richtet sich nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zu-

- 16 - ständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ). Nach dessen Art. 2 ist vor- liegend die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gegeben, da der Beklagte seinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Art. 2 LugÜ regelt lediglich die internationale Zuständigkeit (BSK ZPO-Dallafior/Honegger, Art. 2 N 25), die örtliche Zuständig- keit bestimmt sich nach dem

schweizerischen IPRG. Für Klagen betreffend den Unterhalt des Kindes kommt wiederum Art. 79 Abs. 1 IPRG zur Anwendung. Wie gezeigt (oben E. III. 2.8), befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin in F.\_\_\_\_\_, sodass die Vorinstanz auch zur Beurteilung des Kindesunterhalts zuständig ist.

#### **E. 4**

Sowohl die Verfahrensbeteiligte als auch die Klägerin und der Beklagte stellen für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2; Urk. 11 S. 2; Urk. 13 S. 3). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### **E. 5**

Die Verfahrensbeteiligte verdiente in den Monaten Mai bis und mit Oktober 2022 durchschnittlich Fr. 3'635.– ohne Kinderzulagen (Urk. 8/2). Ihr Bedarf setzt sich aus Fr. 1'200.– Grundbetrag, Fr. 1'490.– Miete (Urk. 9/4/7), Fr. 296.– Krankenkasse (Urk. 8/3), Fr. 37.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung (Urk. 9/22/2), Fr. 175.– Fahrtkosten, Fr. 125.– Verpflegung (Fr. 220.– minus Fr. 95.– Lohnabzug, Urk. 8/2) sowie Fr. 150.– Telekommunikation/Serafe (gerichtsüblich) zusammen. Die geltend gemachten zusätzlichen Gesundheitskosten von monatlich Fr. 300.– können mangels Belegen nicht berücksichtigt werden. Gleiches gilt für die behaupteten Unterhaltszahlungen an die Klägerin von monatlich zwischen Fr. 500.– und Fr. 800.–. Es verbleibt somit ein Freibetrag von Fr. 162.– (Fr. 3'635.– minus Fr. 3'473.–) im Monat. Mit diesem ist die Verfahrensbeteiligte nicht in der Lage, die Gerichtskosten und ihre Anwaltskosten innert eines Jahres zu bezahlen. Auch verfügt die Verfahrensbeteiligte über kein Vermögen (Urk. 8/1). Sie ist daher mittellos im Sinne des Gesetzes. Weiter waren ihre Anträge nicht von vornherein aussichtslos. Da sie als rechtsunkundige Person für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen war, ist das Gesuch der Verfahrensbeteiligten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihr Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Demzufolge sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

#### **E. 6**

Für das Berufungsverfahren werden der Klägerin und dem Beklagten keine Kosten auferlegt, weshalb ihre Gesuche gegenstandslos sind, soweit sie sich auf

- 18 - die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) beziehen. Demgegenüber ist angesichts der zu erwartenden Uneinbringlichkeit der von der Verfahrensbeteiligten zu leistenden Parteientschädigung über das Gesuch des Beklagten um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) zu entscheiden. Der Beklagte absolviert derzeit eine Lehre, wobei sein Bruttolohn Fr. 700.– monatlich beträgt (Urk. 16/2). Damit ist er nicht einmal in der Lage, seinen Grundbetrag von Fr. 1'100.– (Urk. 13 Rz. 35) zu decken. Über Vermögen verfügt er eben so wenig (Urk. 16/4–5). Er ist daher mittellos. Auch seine Rechtsbegehren waren nicht von

vornherein aussichtslos und er war als rechts- unkundige Person für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte im Berufungsver- fahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Dem Beklagten ist deshalb hin- sichtlich der Anwaltskosten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihm Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbei- ständin zu bestellen.

#### **E. 7**

Da die von der Verfahrensbeteiligten an den Beklagten zu leistende Partei- entschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist, ist die unentgeltliche Rechtsver- tretung des Beklagten vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die angemessene Entschädigung ist auf Fr. 2'000.– zuzüglich 7.7% MwSt. zu bemessen. Der Anspruch des Beklagten auf Parteientschädigung geht mit der Zahlung der Entschädigung an den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.