

ZH_OBERGERICHT LZ230034 vom 24. Oktober 2023

ZH Obergericht, 2023-10-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ230034

FR: ZH_OBERGERICHT LZ230034 du 24 octobre 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LZ230034 del 24 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

Der Kläger (vor Vorinstanz Kläger 1) und Berufungskläger (fortan Kläger) und die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) sind die nicht verheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm 2019, und D._____, geboren am tt.mm 2020 (Verfahrensbeteiligte, vor Vorinstanz Klägerin 2 und Kläger 3). Am 7. Juli 2023 erteilte der Kläger schriftlich seine Einwilligung zur Ausreise der Beklagten mit C._____ und D._____ im Sommer 2023 (spätestens Ende August) nach E._____, Deutschland (Urk. 5/3). Er macht geltend, diese Einwilligung anlässlich eines Gesprächs mit der Beklagten am 22. Juli 2023 widerrufen zu haben (Urk. 1 Rz. 11). Am 23. Juli 2023 verliess die Beklagte mit den Kindern die Schweiz und meldete diese in der Gemeinde F._____ ab (Urk. 2 E. 3.2).

- 7 -

E. 1.1

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 Berufungsschrift (Art. 311 ZPO) 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 blosse Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3).

E. 1.2

Im Lichte dieser Erwägungen braucht vorab auf die Ausführungen in der Berufungsschrift unter „1. Sachverhalt / Prozessgeschichte“ (Urk. 8 S. 4–13) nicht weiter eingegangen zu werden. Der Kläger macht hier Ausführungen zur Beziehung der Parteien, der Ausgestaltung der Kinderbetreuung, den Geschehnissen seit Ostern 2023 und schliesslich zum Gang des vorinstanzlichen Verfahrens; dies alles, ohne auf die vorinstanzlichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzugehen oder Bezug auf Ausführungen vor Vorinstanz zu nehmen.

- 9 -

E. 1.3

Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Officialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (Art. 296 ZPO). Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Vorliegend geht es zudem um die Prüfung der Prozessvoraussetzung der internationalen örtlichen Zuständigkeit, welche von Amtes wegen zu klären ist (Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO).

E. 2

Mit Eingabe vom 28. Juli 2023 machte der Kläger eine Klage betreffend Kinderunterhalt sowie weitere Kinderbelange beim Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) anhängig (Urk. 6/1). Betreffend den weiteren erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 E. 1). Mit superprovisorischer Verfügung vom 7. August 2023 verbot die Vorinstanz der Beklagten mit sofortiger Wirkung, die Schweiz zusammen mit den Kindern zu verlassen, liess die Kinder im RIPOLE und im SIS aus-schreiben, verpflichtete die Beklagte, alle Ausweispapiere der Kinder innert zwei Tagen dem Bezirksgericht Uster zu übergeben und verbot weiter, ohne schriftliche Zustimmung des Klägers, neue Ausweise auf den Namen der Kinder ausstellen zu lassen (Urk. 2 E. 1.4). Nach Durchführung einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen am 24. August 2023 erliess die Vorinstanz am selben Tag die oben wiedergegebene Verfügung (Urk. 2).

E. 2.1

Der Kläger rügt mit seiner Berufung eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs (Urk. 8 Rz. 20–26). Gemäss Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, rechtserhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit rechtserheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung der Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 143 V 71 E. 4.1 m.w.H.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet eine formelle Verfahrensgarantie. Damit führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des

Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör kommt indes kein Selbstzweck zu. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs besteht dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt

- 10 - hätte. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führt. Es wird deshalb für eine erfolgreiche Rückweisung der Verweigerung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich vorausgesetzt, dass die betroffene Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie in das vorinstanzliche Verfahren bei Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (BGer 5A_120/2019 vom 21. August 2019, E. 2.3; BGer 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.3; jeweils m.w.H.). Diese Rechtsprechung bedeutet keine Abkehr von der formellen Natur des Gehörsanspruchs. Sie ist Ausdruck des allgemeinen Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), nämlich des Verbots einer unnützen, schikanösen oder auch zweckwidrigen Rechtsausübung (BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 4.2.4).

E. 2.2

Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe es kommentarlos unterlassen, seiner Rechtsvertreterin auf deren Ersuchen in der Eingabe vom 28. August 2023 hin das Verhandlungsprotokoll zukommen zu lassen. In der Begründung des Entscheids beziehe sich die Vorinstanz immer wieder auf Stellen im Protokoll, welchem selbstverständlich Entscheidrelevanz zukomme. Sofern die Vorinstanz die Nichtzustellung des Protokolls damit begründen sollte, dass dieses noch nicht erstellt gewesen sei, als Rechtsanwältin X1._____ darum ersucht habe, so wäre sie ihrer Pflicht auf Aktenführung nicht nachgekommen. So oder so sei das Recht auf Akteneinsicht und damit das rechtliche Gehör verletzt worden. Dies wiege umso schwerer, als die Vorinstanz durch Rechtsanwältin X1._____ über ihre Ferienabwesenheit informiert worden sei und explizit darum ersucht habe, den begründeten Entscheid nicht nur ihr, sondern auch ihrer Stellvertreterin, Rechtsanwältin X2._____, vorab per Inca Mail zukommen zu lassen. Die Vorinstanz habe folglich damit rechnen müssen, dass er den Entscheid anfechten würde. Sie sei auch in Kenntnis davon gewesen, dass die mandatierte Rechtsanwältin in den Ferien weilen würde und das Erstellen einer allfälligen Berufung innert einer kurzen Frist von zehn Tagen einer Stellvertreterin überlassen werden müsse, welche anlässlich der Verhandlung am 24. Auguste 2023 nicht anwesend gewesen sei und

- 11 - auf die umgehende Sichtung des Protokolls umso angewiesener gewesen sei (Urk. 8 Rz. 24). Weiter habe das Gericht ihn wie auch die Beklagte anlässlich der Verhandlung vom 24. August 2023 befragt. Gestützt auf Art. 232 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO hätte die Vorinstanz den Parteien nach Abschluss der Befragung Gelegenheit geben müssen, sich zum Beweisergebnis und zur Sache zu äussern. Anlässlich der Verhandlung vom 24. August 2023 sei den Parteien nicht die Gelegenheit hierzu gegeben worden, sondern es seien direkt Vergleichsgespräche geführt worden. Rechtsanwältin X1._____ habe am 28. August 2023 nicht nur um Zustellung des Protokolls, sondern gleichzeitig um Ansetzung einer Frist zur Novenstellung ersucht, womit sie das in Art. 232 Abs. 1 ZPO verbriefte Recht, sich zum Beweisergebnis und zur Sache zu äussern, habe wahrnehmen

wollen. Mit ihrem Vorgehen, indem sie die Eingabe vom 28. August 2023 schlicht ignoriert haben, habe die Vorinstanz Art. 232 Abs. 1 ZPO sowie gleichzeitig sein rechtliches Gehör verletzt (Urk. 8 Rz. 25). Die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör somit in mehrfacher Hinsicht verletzt. Der Entscheid sei deshalb ohne weiteres aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Heilung im Rechtsmittelverfahren komme vor dem Hintergrund, dass dadurch eine Instanz verloren gehe, selbst für den Fall nicht infrage, dass das Obergericht im Resultat und gestützt auf die aktuell vorliegenden Akten wider Erwarten gleich entschieden hätte (Urk. 8 Rz. 26).

E. 2.3

Mit diesen Ausführungen zeigt der Kläger nicht auf, was er vor Vorinstanz in einer Stellungnahme zum Beweisergebnis und zur Sache nach der Verhandlung vom 24. August 2023 noch hätte vorbringen wollen und inwiefern dies einen Einfluss auf den vorinstanzlichen Entscheid hätte haben können. Damit erfüllt er seine Begründungspflicht für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs nicht (vgl. oben E. II. 2.1). Soweit der Kläger zudem eine Verletzung seines Rechts auf Akteneinsicht bzw. eine Verletzung der Aktenführungspflicht rügt, weil die Vorinstanz ihm das Protokoll der Verhandlung vom 24. August 2023 auf Anfrage vom 28. August 2023 nicht zustellte und er dieses aufgrund der Ferienabwesenheit und Substituierung seiner Rechtsvertreterin gebraucht hätte, ist

- 12 - zum einen festzuhalten, dass der Kläger nicht geltend macht, es sei anlässlich der Verhandlung vom 24. August 2023 überhaupt nicht protokolliert worden. Eine Verletzung der Aktenführungspflicht ist daher nicht ersichtlich. Ob sein Recht auf Akteneinsicht und damit sein Recht auf rechtliches Gehör dadurch verletzt wurde, weil ihm die Vorinstanz das Protokoll nicht umgehend auf seine Nachfrage am 28. August 2023 zustellte, kann offen bleiben. Denn selbst wenn dies zu bejahen wäre, wäre die Verletzung einerseits durch die nachträgliche Zustellung des Protokolls am Nachmittag des 7. Septembers 2023 (Urk. 6/65A; Urk. 8 Rz. 16) geheilt worden, andererseits erlitt der Kläger auch keinen Nachteil. So macht er insbesondere nicht geltend, Rechtsanwältin X2. _____ hätte ihre erste Berufungsschrift vom 6. September 2023 (Urk. 1), welche in erster Linie dem (superprovisorischen) Aufschub der Vollstreckbarkeit des Entscheides diene (vgl. Urk. 8 Rz. 3), aufgrund des fehlenden Protokolls nicht ausreichend begründen können. 3. Da sich das vorliegende Verfahren auf prozessuale Fragen, insbesondere die Gültigkeit der vom Kläger erteilten Einwilligung zum Aufenthaltsortswechsel der Kinder beschränkt, und nicht materiell über Kinderbelange entschieden wird, kann von einer Bestellung einer Kindesvertretung (vgl. Art. 299 ZPO) abgesehen werden. III. Internationale Zuständigkeit 1. Die Beklagte ist deutsche Staatsangehörige. Zudem verliess sie gemeinsam mit C. _____ und D. _____ am 23. Juli 2023 die Schweiz und zog mit ihnen nach Deutschland, wo sie sich auch seit Aufhebung der Ausreisesperre wieder aufhalten (vgl. Urk. 8 Rz. 18). Damit ist ein Sachverhalt mit qualifiziertem Auslandsbezug respektive ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291) gegeben. Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte bestimmt sich daher nach dem IPRG resp. nach den gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG vorgehenden völkerrechtlichen Verträgen.

- 13 - 2. Im Verhältnis zu Deutschland ist das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum

Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (Haager Kinderschutz-übereinkommen, fortan HKsÜ, SR 0.211.231.011) ab 1. Januar 2011 in Kraft getreten. Dieses erweist sich – mit Ausnahme des Kindesunterhalts (dazu unten E. III. 8) – sowohl in sachlicher (vgl. Art. 3 HKsÜ) als auch in persönlicher Hinsicht (Art. 2 HKsÜ) als anwendbar. Entsprechend ist die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gestützt auf das HKsÜ zu prüfen.

3. 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 bisherigen 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.). Absatz 2 der Bestimmung sieht im Weiteren vor, dass bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Vertragsstaat die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig sind; nach dem HKsÜ gibt es demnach keine perpetuatio fori, das heisst, die Zuständigkeit kann auch während hängigem (Rechtsmittel-)Verfahren verloren gehen (BGer 5A_622/2010 vom 27. Juni 2011, E. 3; BGE 132 III 586 E. 2.3). Dies gilt allerdings nur unter dem Vorbehalt von Art. 7 HKsÜ: Bei widerrechtlichem Verbringen des Kindes in ein anderes Land

- 14 - bleiben die Behörden am ursprünglichen Aufenthaltsort grundsätzlich weiter zuständig, bis das Kind in einem anderen Staat den gewöhnlichen Aufenthalt erlangt hat und entweder eine Genehmigung der Entführung vorliegt oder sich das Kind mindestens ein Jahr am neuen Ort aufgehalten, sich dort eingelebt hat und kein in diesem Zeitraum gestellter Antrag auf Rückgabe mehr hängig ist (vgl. Art. 7 Abs. 1 HKsÜ).

4. Unbestritten ist vorliegend, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt von C._____ und D._____ vor dem Verbringen nach Deutschland am 23. Juli 2023 in der Schweiz befand, den Parteien in diesem Zeitpunkt die elterliche Sorge gemeinsam zustand und von ihnen ausgeübt wurde. Umstritten ist hingegen, ob der Kläger seine Zustimmung zum Verbringen der Kinder nach Deutschland gab, oder letzteres widerrechtlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 HKsÜ war. So machte der Kläger vor Vorinstanz geltend, dass die Vereinbarung vom 7. Juli 2023 zwar bestehe bzw. bestanden habe, er seine Zustimmung zum Wegzug der Kinder aber noch vor Abreise der Beklagten mit den Kindern widerrufen habe. Zudem habe er diese Zustimmung unter der irrigen Annahme erteilt, dass er kein Recht habe, den Wegzug der Kinder zusammen mit der Mutter zu verbieten (Urk. 2 E. 3.4.2).

5. Zustandekommen der Vereinbarung

E. 3

Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 6. September 2023 (Urk. 1) bzw. ergänzenden Eingaben vom 13. und 15. September 2023 (Urk. 8; Urk. 14) fristgerecht (vgl. Art. 311

Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 6/7) Berufung mit den oben aufgeführten Anträgen.

E. 4

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1–67). Mit Beschluss vom 15. September 2023 wurde das Gesuch des Klägers um Aufschiebung der Vollstreckbarkeit der Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 24. August 2023 abgewiesen; ferner wurde ihm die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wurde ihm Rechtsanwältin MLaw X2. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Urk. 13). Mit Eingabe vom 20. September 2023 ersuchte Rechtsanwältin MLaw X1. _____ um Auswechslung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Urk. 15). Am 21. September 2023 liess der Kläger eine weitere Eingabe einreichen (Urk. 18).

E. 5

Da sich sogleich ergibt, dass der Berufung kein Erfolg beschieden ist, muss in der Sache keine Berufungsantwort eingeholt werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO)

E. 5.1

Die Vorinstanz prüfte zuerst, ob der Kläger das Nichtzustandekommen der Vereinbarung aufgrund eines Willensmangels glaubhaft machen könne. Hierzu erwog sie, dass bereits der Umstand, dass ein Aufenthaltswechsel nach Art. 301a ZGB einer Zustimmung bzw. Erlaubnis des Gerichts oder des anderen Elternteils bedürfe, offensichtlich mache, dass eine Zustimmung nicht zwingend zu erteilen sei. Andernfalls würde die entsprechende Bestimmung ihres Sinnes beraubt. Der Kläger sei denn auch vertraut mit den schweizerischen Verhältnissen und verfüge über ein gutes Bildungsniveau mit tertiärem Abschluss. Zudem sei er in der Schulpflege tätig. Damit könne ausgeschlossen werden, dass er die Tragweite einer entsprechenden Vereinbarung bzw. Zustimmung intellektuell nicht erfassen könne. Der Kläger führe selbst aus, dass er den Kindern die ewigen Streitigkeiten ersparen wolle, weshalb er damals die "Flucht ergriff". Dann hätten der Kläger und die Beklagte für die Kinder auch Bildungs- und Betreuungs-

- 15 - verträge für G. _____ abgeschlossen, bei denen sie ebenfalls beide unterzeichnet hätten (Urk. 2 E. 3.5.2.3). Dass der Kläger in seiner Stellungnahme anlässlich der Verhandlung vom 28. Juli 2023 [recte: 24. August 2023] behauptete, der Vereinbarung vom 7. Juli 2023 unter der Bedingung zugestimmt zu haben, dass er und die Kinder sich regelmässig an den Wochenenden sehen und steter Kontakt bestehen würde, die Beklagte aber wohl bereits damals andere Absichten gehabt habe, zeige sich in ihrem Verhalten in den letzten Wochen deutlich. Er unterlasse es, seine Behauptungen, insbesondere hinsichtlich des "Verhaltens der Beklagten in den letzten Wochen" in irgendeiner Weise zu substantiieren. Aber auch diese Behauptung zeige, dass der Kläger sehr wohl gewusst habe, dass er seine Zustimmung hätte verweigern können (Urk. 2 E. 3.5.2.4). Dass die Beklagte am 8. August 2023 jedoch zusammen mit den Kindern C. _____ und D. _____ in die ehemalige Familienwohnung in H. _____ zurückgekehrt sei, erwecke vielmehr den Eindruck, dass die Beklagte gewollt habe, dass die Kinder ihren Vater sehen könnten. Die Beklagte habe anlässlich ihrer persönlichen Befragung denn auch genau das ausgeführt (Urk. 2 E. 3.5.2.5). Demnach gelinge es dem Kläger nicht, glaubhaft zu machen, dass er beim Abschluss der Vereinbarung vom 7. Juli 2023 betreffend den Aufenthaltswechsel der Kinder nach Deutschland einem Willensmangel unterlegen sei. Unsubstantiiert sei die

Ausführung des Klägers, dass wenn nach Ansicht des Gerichts kein Grundlagenirrtum vorliege, er unter enormem physischem [recte: psychischem, siehe Urk. 6/47 S. 10] Druck durch die Beklagte gestanden habe. Darauf sei folglich nicht weiter einzugehen (Urk. 2 E. 3.5.2.6).

E. 5.2

Der Kläger lässt in seiner Berufung zum Zustandekommen der Vereinbarung einerseits vorbringen, dass aufgrund seiner Verfassung am 7. Juli 2023 – er habe unter grossen seelischen und körperlichen Schmerzen (Zahnweh) gelitten und sich kaum konzentrieren können – eine gültige Zustimmung gar nicht erfolgen können (Urk. 8 Rz. 33 und Rz. 36). Dem kann nicht gefolgt werden. Eine schlechte seelische oder körperliche Verfassung führt noch nicht zur Ungültigkeit einer abgegebenen Erklärung. Dass er urteilsunfähig gewesen sei, macht der Kläger nicht geltend. Ein Ungültigkeitsgrund ist daher weder dargetan noch ersichtlich.

- 16 - Andererseits macht der Kläger geltend, dass eine solche Zustimmung nicht im Kindeswohl liege und demzufolge ungültig sei, da die Beklagte keinen rational nachvollziehbaren Grund für den Wegzug habe und ihm einzig die Kinder entfremde wolle und damit die Ausübung der alternierenden Obhut, welche der Gesetzgeber zum Regelfall erklärt habe, verhindert werde (Urk. 8 Rz. 34–36). Das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 301a ZGB) bildet einen Teilbereich der elterlichen Sorge. Gemäss Art. 301 Abs. 1 ZGB leiten die Eltern im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen. Im Hinblick darauf, was im Einzelfall dem Prinzip des Kindeswohls und der Achtung der Persönlichkeit entspricht, besitzen die Eltern ein "Konkretisierungsmonopol", das bis zur Grenze der Gefährdung des Kindeswohls reicht. Der Staat greift somit erst mittels Kinderschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB) ein, wenn eine Entscheidung der Eltern das Kindeswohl gefährdet (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301 N 2, m.w.H.). Eine solche Kindeswohlgefährdung ist vorliegend jedoch nicht glaubhaft gemacht. So ist zum einen nicht davon auszugehen, dass die Beklagte mit den Kindern einzig aus dem Grund nach Deutschland zieht, um dem Kläger die Kinder zu entfremden. Ein Umzugswunsch ist nicht bereits deshalb rechtsmissbräuchlich, weil für den anderen Elternteil kein objektiver Grund ersichtlich ist. Es ist nachvollziehbar, dass es dem zurückbleibenden Elternteil subjektiv anders vorkommen mag, denn die Aufrechterhaltung des Kontaktes zum Kind wird schwieriger und oftmals ist der geplante Wegzug die Folge der elterlichen Trennung, welche ihrerseits die Ursache von Spannungen und Schwierigkeiten auf der Elternebene ist (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7). Schliesslich führte die Beklagte auch einen plausiblen Grund für ihren Umzug auf, nämlich dass es ihr in Deutschland finanziell besser gehe, da sie vom Kläger keine Alimente erwarte, da er nicht bzw. wenig arbeite (Prot. I S. 23 und S. 26). Ausserdem zieht die Beklagte auch nicht in ein völlig fremdes Land, sondern in ihr Heimatland und an den Ort, wo auch ihre Mutter lebt (Prot. I S. 26). Ebenso wenig liegt eine Kindeswohlgefährdung vor, weil mit dem Umzug nach Deutschland eine alternierende Kinderbetreuung verhindert wird. Die Niederlassungsfreiheit der Elternteile geht einem Interesse des Kindes an alternie-

- 17 - render Betreuung vor (BGer 5A_815/2022 vom 17. November 2022, E. 4.4). Es ist daher von einer gültigen Zustimmung des Klägers im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB auszugehen.

E. 6

Widerruf der Vereinbarung

E. 6.1

In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz, ob der Kläger glaubhaft machen könne, dass die Vereinbarung von ihm rechtsgültig widerrufen worden sei. Anlässlich der persönlichen Befragung der Parteien habe die Beklagte zumindest sinngemäss bestätigt, vom Meinungsumschwung des Klägers gewusst zu haben, kurz bevor sie abgereist sei. Es stelle sich jedoch die Frage, ob ein Widerruf der Zustimmung überhaupt möglich sei (Urk. 2 E. 3.5.3.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei eine Zustimmungserklärung nach Art. 301a ZGB unwiderruflich (Urteil des BGer 5A_293/2016, E. 3.3). Der Kläger ziehe einen Vergleich zum Verlöbnis, welches keinen Anspruch auf Heirat gebe und jederzeit widerrufen werden könne und behaupte zusammenfassend sinngemäss, dass dies analog für die durch ihn abgegebene Zustimmungserklärung zum Aufenthaltswechsel der Kinder nach Art. 301a ZGB gelte. Diese begründe keinen Anspruch auf einen tatsächlichen Aufenthaltswechsel, 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 könnte, 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 geradezu 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

- 18 - gültig widerrufen können, weshalb eine gültige Zustimmungserklärung des Klägers nach Art. 301a ZGB zum Aufenthaltswechsel vorliege (Urk. 2 E. 3.5.3.2).

E. 6.2

Der Kläger rügt mit seiner Berufung, dass der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid 5A_293/2016 einen völlig anderen Sachverhalt als den vorliegenden betreffe und zudem der einzige Entscheid überhaupt sei, in welchem sich das Bundesgericht zu diesem Thema, und dabei auch nur am Rande, geäussert habe. Die Vorinstanz habe überdies das entscheidende Wort, wonach eine Gestaltungserklärung "grundsätzlich" unwiderruflich sei, in der Begründung nicht erwähnt und suggeriere damit, das Bundesgericht hätte die Zustimmungserklärung nach Art. 301a ZGB zur absolut unwiderruflichen Formsache erklärt. Gestaltungsrechte seien jedoch eben nur grundsätzlich, aber nicht ausnahmslos widerrufbar. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Gestaltungsrecht widerrufen werden könne, sei ein Ausgleich zwischen den Interessen des Erklärenden und des Gestaltungsgegners zu finden. Der Erklärende könne durchaus ein Interesse daran haben, auf seine Wahl zurückzukommen. Dieses Interesse sei dem Interesse des Erklärungsgegners an Gewissheit über seine Rechtsposition gegenüberzustellen (Urk. 8 Rz. 37 f.). Eine Zustimmungserklärung gemäss Art. 301a Abs. 2 ZGB müsse aus Kindeswohlüberlegungen unter bestimmten Umständen widerrufbar sein. Anders als

die Vorinstanz zu suggerieren versuche, könne die Unwiderstehbarkeit vorliegend folglich nicht absolut gelten. Wäre dem nicht so, so könnte ein wegzugswilliger Elternteil beispielsweise den anderen Elternteil in einer Situation, in welcher dieser betrunken (aber nicht gerade urteilsunfähig sei) und somit stark enthemmt sei, überreden, eine entsprechende Zustimmung zu einem Wegzug mit den Kindern nach Australien zu unterzeichnen. Sofern der nicht wegzugswillige Elternteil das Umzugsprojekt bereits einigermaßen konkret kenne, wäre er nach der Argumentation der Vorinstanz auf seiner Zustimmung selbst dann zu beharren, wenn er die Kinder zuvor in grösserem Umfang betreut habe, wie der wegzugswillige Elternteil. Dies könne aber aus Überlegungen des Kindeswohls nicht angehen (Urk. 8 Rz. 39). Die Kinder seien bis im Sommer 2023 zu ungefähr gleichen Teilen durch Vater und Mutter betreut worden. Es sei anzunehmen, dass ohne den Wegzug der Kin-

- 19 - der ein Schweizer Gericht die alternierende Obhut angeordnet hätte. Alles andere hätte der gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in krasser Weise widersprochen. Mit dem Wegzug würden die Kinder aus ihrem bisherigen Umfeld und aus ihrem geliebten Zuhause gerissen. Gleichzeitig werde ihnen das Aufwachsen mit beiden Elternteilen verwehrt, obwohl ihnen dies gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zurecht zustehen würde. Nach dem durch die Beklagte gewählten Modell würden die Kinder während rund 50% durch sie und zu rund 50% durch ihre 70-jährige Mutter betreut. Die Kinder wären also während rund der Hälfte der Zeit (inkl. der Nächte) ohne Vater und ohne Mutter. Dies obwohl der Vater willens und fähig wäre, sie zu betreuen. Falls die Mutter der Beklagten einmal aus oder müsse sie beispielsweise ins Spital, vielleicht sogar während die Beklagte in der Schweiz weile, wäre die Betreuung nicht mehr gewährleistet. Ohnehin sei fraglich, wie lange die Grossmutter mütterlicherseits noch in der Lage sei, die Kinder in derart grossem Umfang zu betreuen. D._____ sei erst zwei Jahre alt, werde also noch viele Jahre auf Betreuung angewiesen sein. In Berücksichtigung dieser Überlegungen könne klar gesagt werden, dass der Kläger ein berechtigtes, nachvollziehbares Interesse daran gehabt habe, vor allem auch im Sinne der Kinder auf die Zustimmung zurückzukommen und diese zu widerrufen (Urk. 8 Rz. 40). Auf der anderen Seite habe die Beklagte natürlich ein Interesse daran, dass sie sich auf eine einmal getroffene Entscheidung verlassen könne. Durch das Zurückkommen des Klägers auf die Zustimmung wären ihr jedoch keine effektiven Nachteile erwachsen. Die Beklagte habe weder einen Miet- noch einen Arbeitsvertrag in G._____ unterzeichnet. Im Gegenteil, sie habe vor, ihre Arbeitsstelle in der Schweiz zu behalten und sich während ihrer Arbeitstage auch in der Schweiz aufzuhalten. Die einzige Vorkehrung, welche sie vorgenommen habe, sei die Organisation der Fremdbetreuung durch eine Kita in E._____; Fremdbetreuung, welche sie ohne Wegzug der Kinder in der Schweiz kostenlos durch den zur Betreuung willigen Kindsvater vornehmen lassen könnte, zu dem die Kinder ein inniges Verhältnis hätten. Ihre Mutter, bei welcher sie zu wohnen beabsichtige, könnte sie auch ohne Wegzug der Kinder regelmässig, sogar mit den Kindern besuchen gehen (Urk. 8 Rz. 41). Eine Abwägung der Interessen der beiden Eltern müsse vorliegend klar zulasten der Beklagten gehen. Tatsächlich

- 20 - erwachsen ihr keinerlei ersichtlichen Nachteile, wenn die Kinder ihren Wohnsitz in der Schweiz behalten und sie unter die alternierende Obhut der Eltern gestellt würden. Tatsächlich müsse es im Interesse beider Eltern sein, zum Wohle der Kinder eine effektive Einigung auszuarbeiten und nicht eine, die in krasser und unnötiger Weise zulasten des

einen Elternteils gehe, welcher nur unter Druck und unter starken Schmerzen eingewilligt habe (Urk. 8 Rz. 42).

E. 6.3

Wie der Kläger und auch die Vorinstanz zutreffend ausführen, handelt es sich bei der Zustimmung des anderen Elternteils nach Art. 301a Abs. 2 ZGB um eine Gestaltungserklärung. Diese ist – wie der Kläger ebenfalls zutreffend vorbringt – grundsätzlich unwiderruflich (BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016, E. 3.3). Hinter der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit eines Gestaltungsrechts steht der Gedanke, dass sich der Gestaltungsgegner auf die Gestaltung der Rechtslage verlassen können soll. Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht absolut. In Lehre und Rechtsprechung haben sich verschiedene Fallgruppen gebildet, bei denen ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann. Dies gilt etwa, wenn es dem Schuldner an einem schützenswerten Interesse an der Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung fehlt. Gleiches gilt, wenn sich der Gläubiger für einen vermeintlichen, nicht bestehenden Anspruch entschieden hat. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Gestaltungsrecht ausnahmsweise widerrufen werden kann, muss ein Ausgleich zwischen den Interessen des Erklärenden und des Gestaltungsgegners gefunden werden. Dabei muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Ausübung eines Gestaltungsrechts keine Mitwirkung der Gegenpartei erfordert. Diese Möglichkeit, das Rechtsverhältnis einseitig zu gestalten, spricht dafür, dass vom Erklärenden – bei der Ausübung eines Gestaltungsrechts – eine besondere Sorgfalt erwartet werden darf. Im Zweifelsfall sollte daher die Widerrufbarkeit eines Gestaltungsrechts nur mit Zurückhaltung angenommen werden (Mohasseb/ von der Crone, Widerrufbarkeit von Gestaltungsrechten, Bundesgerichtsurteil 4A_306/2018 vom 29. Januar 2019, in: SZW 2019 S. 428–435, S. 435). Eine Neu Beurteilung ist zudem möglich, wenn der Zustimmungseine Willensmangel unterlag oder sich die Verhältnisse wesentlich verändert haben (Raveane, Die

- 21 - Ausübung der elterlichen Sorge, Unter besondere Berücksichtigung der Autonomie der Eltern, Bern 2021, Rz. 307).

E. 6.4

In der vorliegenden Konstellation wären die Auswirkungen der Widerrufbarkeit besonders gravierend: Der wegzugswillige Elternteil muss sich für die Planung des Wegzugs auf die erteilte Zustimmung verlassen können. Zumindest in strittigen Fällen liegt es zudem regelmässig im Kindeswohl, eine abgeschlossene Diskussion nicht wieder neu zu entfachen (Raveane, a.a.O., Rz. 307). Vom Kläger durfte eine besondere Sorgfalt bei der Ausübung seines Gestaltungsrechts nach Art. 301a Abs. 2 ZGB erwartet werden. Er teilte denn auch erst fünfzehn Tage später mit, mit dem Wegzug doch nicht mehr einverstanden zu sein. In diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte zwar noch keine Wohnung in Deutschland gemietet oder einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen, sie und der Kläger unterzeichneten jedoch bereits die Betreuungsverträge für die Kinder (Urk. 7/4/7) und kündigten am 15. Juli 2023 die gemeinsame Wohnung an der I.____-strasse 1 in H.____ per 31. Oktober 2023 (Urk. 7/4/7). Dass die Kündigung am 20. September 2023 wieder rückgängig gemacht werden konnte bzw. der Kläger einen neuen Mietvertrag per 1. November 2023 abschliessen konnte (Urk. 18; Urk. 20/29), ändert nichts daran. Massgebend sind die Verhältnisse am 22. Juli 2023. Zudem wurde der Umzug auch den Kindern damals bereits kommuniziert (Prot. I S. 16 und S. 22). Es bestehen damit gewichtige Interessen auf Seiten der Beklagten und auch

der Kinder, an der Unwiderruflichkeit der Gestaltungserklärung. So liegt es wie gezeigt auch nicht im Kindeswohl, eine abgeschlossene Diskussion wieder neu entfachen – insbesondere nicht, wenn bereits zwei Wochen seit der erteilten Zustimmung vergangen sind. Soweit der Kläger zudem vorbringt, es erwachse der Beklagten kein Nachteil, wenn die Kinder ihren Wohnsitz in der Schweiz behielten und sie unter die alternierende Obhut der Eltern gestellt würden, gehen seine Ausführungen an der Sache vorbei. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass der wegzugswillige Elternteil auch ohne das Kind geht (BGE 142 III 481 E. 2.6). Folglich könnte vorliegend eine alternierende Obhut aufgrund der geografi-

- 22 - schen Verhältnisse ohnehin nicht angeordnet bzw. weitergeführt werden. Die Kinder werden nur an einem Ort den Kindergarten und die Schule besuchen können. Die Beklagte durfte sich auf die Zustimmung des Klägers vom 7. Juli 2023 verlassen. Ein Grund für eine Neuurteilung ist nicht gegeben. So verneinte die Vorinstanz, wie gezeigt (oben E. III. 5.1) das Vorliegen eines Willensmangels, was vom Kläger in seiner Berufung nicht ausreichend gerügt wird, wenn er einzig erneut vorbringt, sich seiner Rechte nicht bewusst gewesen zu sein (vgl. Urk. 8 Rz. 12 und Rz. 32). Ebenso wenig macht der Kläger veränderte Verhältnisse geltend.

E. 7

Demnach ist einhergehend mit der Vorinstanz festzuhalten, dass eine gültige Einwilligung des Klägers zum Wechsel des Aufenthaltsortes von C._____ und D._____ nach E._____, Deutschland vorliegt, sodass kein widerrechtliches Verbringen im Sinne von Art. 7 HKsÜ gegeben ist. Die Beklagte verbrachte die Kinder am 23. Juli 2023 rechtmässig nach E._____, wo sie sofort ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründeten. Damit entfiel die schweizerische Zuständigkeit am 23. Juli 2023 zur Regelung der nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange und es wurde die deutsche Zuständigkeit begründet (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ). Eine subsidiäre Zuständigkeit in der Schweiz gemäss Art. 6 oder 8 bis 12 HKsÜ ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann ohne ein in Deutschland anhängiges Verfahren keine einvernehmliche Zuständigkeitsübertragung im Sinne von Art. 8 und 9 HKsÜ in Frage kommen. Im Gegensatz zur vorinstanzlichen Entscheidung befinden sich C._____ und D._____ nicht mehr in der Schweiz und auch die zeitliche Dringlichkeit zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen ist nicht mehr gegeben (vgl. Art. 11 Abs. 1 HKsÜ).

E. 8

Was die Zuständigkeit für den vorsorglich zu regelnden Kindesunterhalt anbelangt, kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 2 E. 2.3.2 und E. 3.9) verwiesen werden. Mangels Wohnsitzes bzw. Aufenthalts der Kinder bzw. der Beklagten in der Schweiz, besteht keine schweizerische Zuständigkeit.

E. 9

Im Ergebnis ist daher auf die Berufung des Klägers nicht einzutreten.

- 23 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Unentgeltliche Rechtspflege 1. Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.– festzusetzen. 2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Kläger ist auf die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO hinzuweisen. 3. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteienschädigungen zuzusprechen, dem Kläger zufolge seines Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO). 4. Mit Eingabe vom 20. September 2023 (Urk. 15) ersuchte Rechtsanwältin X1._____ um Einsetzung als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Klägers unter gleichzeitiger Entlassung von Rechtsanwältin X2._____. Als Begründung führt sie zusammengefasst aus, dass Rechtsanwältin X2._____ nur ihre Ferienvertretung gewesen sei (Urk. 15). Grundsätzlich hat eine vertretene Partei keinen Anspruch auf Wechsel des Rechtsbeistandes, ein solcher kann jedoch bei Vorliegen besonderer Gründe bewilligt werden (vgl. BGE 141 I 70 E. 6.2). Solche Gründe sind vorliegend jedoch nicht gegeben, zumal das Verfahren hiermit abgeschlossen ist. Es wird beschlossen:

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