

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 591/2021 und 5A 600/2021

Urteil vom 12. Dezember 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Roger Müller,
Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Lukas Bosshard,
Beschwerdeführer und Beschwerdegegner.

Gegenstand
Eheschutz,

Beschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, 2. Zivilkammer, vom 21. Juni 2021 (ZK2 2020 8, ZK2 2020 9).

Sachverhalt:

A.
Die Parteien heirateten am 4. Januar 2009 in Rom. Sie haben den im Jahr 2013 geborenen Sohn C. _____. Die Mutter besitzt ein Haus in Rom und der Vater ein Haus in U. _____. Die Familie lebte vorwiegend in U. _____, teilweise aber auch in Rom, primär in den ersten Lebensjahren von C. _____. In den letzten zwei Jahren vor der Trennung "pendelte" die Mutter zufolge ihrer Anstellung in Rom zwischen den beiden Orten, wobei umstritten ist, wie oft sie in U. _____ war. Gemeldet war sie jedoch seit dem Jahr 2011 in U. _____ und sie verfügt in der Schweiz über die Niederlassungsbewilligung C.

B.
Am 4. Dezember 2018 stellte die Mutter beim Bezirksgericht March ein Eheschutzgesuch, mit welchem sie im Wesentlichen die Zuteilung der ehelichen Wohnung in U. _____, die Obhut für C. _____ sowie Unterhaltsbeiträge beantragte.
Nachdem sie die eheliche Wohnung ungefähr Ende 2018 mit dem Kind verlassen und vorübergehend in eine Notunterkunft ziehen musste, bewohnte sie anschliessend mit diesem eine Sozialwohnung in U. _____. Anfang September 2019 zog sie gemeinsam mit diesem nach Mailand, wo sie dieses einschulte und wieder eine Erwerbstätigkeit aufnehmen konnte.
Mit Eheschutzentscheid vom 28. Januar 2020 regelte das Bezirksgericht das Getrenntleben. Es stellte C. _____ unter die Obhut der Mutter mit der Begründung, diese sei seit jeher die engere Bezugsperson von C. _____, und legte das Besuchs- und Ferienrecht des Vaters fest (jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend; vier Wochen Ferien; Feiertagsregelung). Sodann wies es die eheliche Wohnung dem Vater zu und verpflichtete diesen zu Kindesunterhalt von Fr. 2'800.-- bzw. Fr. 2'700.-- bis August 2019 bzw. ab September 2019 und zu ehelichem Unterhalt von Fr. 1'600.-- bzw. Fr. 1'240.-- bis August 2019 bzw. ab September 2019.
Dagegen erhoben beide Parteien Berufung. Mit Berufungsentscheid vom 21. Juni 2021 stellte das Kantonsgericht den Sohn unter die Obhut des Vaters mit der Begründung, die Mutter sei mit dem Kind eigenmächtig ins Ausland gezogen, und legte das Besuchsrecht der Mutter fest (jedes dritte

Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend; vier Wochen Ferien; Feiertagsregelung). Sodann verpflichtete es den Vater zu Kindesunterhalt in unterschiedlicher Höhe für vier Phasen bis Juli 2021 sowie zu ehelichem Unterhalt von Fr. 720.-- von Februar bis August 2019 und von Fr. 410.-- von September bis Dezember 2019.

C.

Mit Beschwerde vom 19. Juli 2021 verlangt die Mutter die Aufhebung des kantonsgerichtlichen Urteils, wobei sie sich in der Beschwerdebegründung ausschliesslich auf die Obhutsumteilung bezieht. Ferner stellt sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

Mit Beschwerde vom 22. Juli 2021 verlangt der Vater die Feststellung, dass weder Kindesunterhalt noch ehelicher Unterhalt geschuldet sei, sowie die Verpflichtung der Mutter zur Zahlung von Kindesunterhalt von Fr. 600.-- ab August 2021; eventualiter verlangt er, dass er zu (näher bezeichneten) Kindesunterhaltsbeiträgen für vier Phasen von Februar 2019 bis Juli 2021 und sodann ab August 2021 die Mutter zu Kindesunterhaltsbeiträgen von Fr. 600.-- an ihn verpflichtet werde.

Mit Verfügung vom 17. August 2021 wurde sowohl hinsichtlich der Obhutsumteilung an den Vater als auch in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge die aufschiebende Wirkung erteilt.

Mit Vernehmlassungen vom 31. August 2021 bzw. 7. September 2021 verlangen die Mutter bzw. der Vater je die Abweisung der gegnerischen Beschwerde. Am 20. September 2021 hat der Vater eine Replik eingereicht.

Erwägungen:

1.

In formeller Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

1.1. Beide Parteien fechten den kantonal letztinstanzlichen Eheschutzentscheid an; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Die spezifische Frage der internationalen Zuständigkeit, welche als Eintretensvoraussetzung im bundesgerichtlichen Verfahren von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 144 II 184 E. 1; 145 II 168 E. 1), wird im Kontext mit den in der Beschwerde thematisierten Fragen zu behandeln sein.

1.2. Weil es um das gleiche Anfechtungsobjekt geht und die Parteien identisch sind, rechtfertigt es sich, die Beschwerdeverfahren zu vereinigen und in einem Urteil zu behandeln (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP).

1.3. Bei Eheschutzsachen handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von Art. 106 Abs. 2 BGG und das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene Rügen, während es auf appellatorische Kritik nicht eintritt (BGE 134 II 244 E. 2.2; 142 III 364 E. 2.4).

2.

Im Unterschied zum Bezirksgericht hat sich das Kantonsgericht nicht zur internationalen Zuständigkeit geäussert, obwohl die Mutter diese in ihrer Berufungsantwort bestritten hatte; vielmehr hat es diese offenbar stillschweigend angenommen, ansonsten es nicht vorbehaltlos materiell geurteilt hätte.

2.1. Die Mutter erachtet dies als willkürlich. Sie bringt vor, dass sie mit ihrem Sohn seit September 2019 in Mailand lebe. Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ (Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011) seien die Gerichte oder Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes entscheidungszuständig. Mithin sei dem Kantonsgericht die Entscheidungszuständigkeit für die Obhutsumteilung abgegangen, was es in Verletzung des Willkürverbotes verkannt habe.

2.2. Der Vater macht geltend, Art. 5 HKsÜ behalte Art. 7 HKsÜ vor und das Kind habe in Italien gar keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründen können, weil die Mutter mit ihm gegen seinen (Vater) Willen nach Italien übersiedelt sei und sein Rückführungsantrag zufolge der erhobenen Berufung immer noch im Sinn von Art. 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ hängig gewesen sei, denn er habe gar keine Möglichkeit gehabt, ein Rückführungsbegehren im Sinn des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ, SR 0.211.230.02) zu stellen, solange das Kantonsgericht über die Berufung noch nicht entschieden habe. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichtes ergebe sich mit anderen Worten aus Art. 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ und gemäss Art. 13 HKsÜ bleibe diese bestehen, solange noch Massnahmen geprüft würden; ausserdem ergebe sich die Zuständigkeit für das

Eheschutzverfahren auch aus Art. 10 HKsÜ.

2.3. Die Mutter ist mit dem Kind im September 2019 nach Mailand ausgewandert und hat sich dort mit ihm niedergelassen. Damit lag bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Berufungsverfahrens und insbesondere im Urteilszeitpunkt ein internationaler Sachverhalt vor. Mithin bestimmt sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nach dem IPRG, wobei Staatsverträge den dortigen Regeln vorgehen (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Ein solcher Staatsvertrag könnte das Lugano-Übereinkommen sein. Jedoch ist der Personenstand, wozu auch die nicht-monetären Regelungen des Eltern-Kind-Verhältnisses, namentlich die Regelung des Sorge-, Obhuts- und Besuchsrechts gehören, gemäss Art. 1 Ziff. 2 lit. a LugÜ vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen (BGE 124 III 176 E. 4; 142 III 56 E. 2.1.2; letztmals Urteil 5A 370/2021 vom 26. August 2021 E. 4). Die Zuständigkeit richtet sich mithin nach Art. 85 Abs. 1 IPRG, welches seinerseits auf das Haager Kindesschutzübereinkommen verweist. Dabei handelt es sich um eine zwingende Zuständigkeit, die von Amtes wegen zu prüfen und zu beachten ist. Die Anwendung der einschlägigen Zuständigkeitsvorschriften oder eine diesbezügliche Nichtbeachtung kann deshalb mit Willkür rügen, wie sie von der Mutter erhoben werden, angefochten werden, umso mehr als diese in ihrer Berufungsantwort die internationale Zuständigkeit des Kantonsgerichts bestritten hat.

2.4. Art. 5 Abs. 1 HKsÜ erklärt grundsätzlich die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes für zuständig. Sobald dieses in einem anderen Land gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat, wird gemäss Art. 5 Abs. 2 HKsÜ grundsätzlich das Gericht am neuen Aufenthaltsort entscheidungszuständig. Es besteht somit anders als nach Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO nicht der Grundsatz der perpetuatio fori (vgl. LAGARDE, explanatory report / rapport explicatif zum Haager Kindesschutzübereinkommen, Rz. 42; Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, Hague Conference on Private International Law 2014, S. 41 [beide Dokumente abrufbar auf der Website der Haager Konferenz www.hcch.net]). Zieht das Kind mit dem hauptbetreuenden Elternteil weg, welcher am Zuzugsort einen neuen Wohnsitz begründet hat, ist von einem sofortigen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes auszugehen, welcher die alte Zuständigkeit selbst bei hängigem Verfahren entfallen lässt (BGE 129 III 288 E. 4.1; 142 III 1 E. 2.1; 143 III 193 E. 2; 144 III 469 E. 4.2.2). Das Haager Kindesschutzübereinkommen kennt allerdings mehrere Ausnahmen von diesem Grundsatz, wobei sich der Vater vorliegend auf Art. 7, 10 und 13 HKsÜ beruft (dazu sogleich).

2.4.1. Die erste Ausnahme vom Zuständigkeitswechsel ab dem Zeitpunkt der Begründung neuen gewöhnlichen Aufenthalts steht im Zusammenhang mit dem widerrechtlichen Verbringen des Kindes ins Ausland. Die Widerrechtlichkeit oder eben die Rechtmässigkeit bestimmt sich nach dem nationalen Recht des Herkunftsstaates (BGE 133 III 694 E. 2.1.1; Urteile 5A 105/2009 vom 16. April 2009 E. 2; 5A 479/2012 vom 13. Juli 2012 E. 4.3; 5A 537/2012 vom 20. September 2012 E. 3; 5A 954/2021 vom 3. Januar 2022 E. 4.1.3; 5A 281/2020 vom 27. April 2021 E. 3.2; 5A 617/2022 vom 28. September 2022 E. 4.1.2), bei einem Wegzug aus der Schweiz also nach Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB. Danach kann der Alleininhaber der elterlichen Sorge autonom über die Aufenthaltsverlegung des Kindes entscheiden, während es bei gemeinsamer elterlicher Sorge der Zustimmung des anderen Elternteils oder, wenn dieser nicht zustimmt, der Entscheidung durch das Gericht oder die Kindesschutzbehörde bedarf. Liegt auch kein genehmigender Entscheid vor und verlegt ein Elternteil trotzdem den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in einen anderen Vertragsstaat, eröffnet Art. 301a ZGB keine Möglichkeit für das schweizerische Gericht, die Rückkehr des Kindes anzuordnen; die Norm wurde vom

Gesetzgeber bewusst sanktionslos ausgestaltet (BGE 144 III 10 E. 5 m.w.H.; Urteil 5A 730/2020 vom 21. Juni 2021 E. 2.1). Im internationalen Verhältnis unter Vertragsstaaten handelt es sich indes um ein widerrechtliches Verbringen des Kindes im Sinn von Art. 3 und 5 HKÜ respektive von Art. 7 Abs. 2 HKsÜ. Diesfalls kann der zurückgebliebene Elternteil im neuen Aufenthaltsstaat des Kindes ein Rückführungsgesuch stellen (vgl. Art. 12 Abs. 1 HKÜ), d.h. die autoritative gerichtliche Anordnung der Rückführung des Kindes verlangen, und gleichzeitig bleibt der von Art. 5 Abs. 2 HKsÜ als Grundsatz vorgesehene Zuständigkeitswechsel vorderhand blockiert, selbst wenn das Kind im Ausland neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat; der Kompetenzwechsel tritt gemäss Art. 7 Abs. 1 HKsÜ erst ein, wenn (lit. a) die sorgeberechtigte Person das Verbringen genehmigt hat oder wenn (lit. b) das Kind sich im anderen Staat mindestens ein Jahr aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person seinen Aufenthaltsort kannte oder hätte kennen müssen, kein während dieser Zeit gestellter Rückführungsantrag im Sinn des Haager Kindesentführungsübereinkommens mehr hängig ist und das Kind sich im neuen Umfeld eingelebt hat (zum Zusammenspiel bzw. zur

Verzahnung

von Art. 3 HKÜ und Art. 7 HKsÜ vgl. Urteile 5A 475/2018 vom 9. Juli 2018 E. 4.5; 5A 467/2021 vom 30. August 2021 E. 2.5, je m.w.H.). Der Haager Mechanismus ist dahingehend ausgestaltet, dass das Rückführungsverfahren als Rechtshilfe zwischen den Vertragsstaaten aufzufassen ist (BGE 120 II 222 E. 2b; letztmals Urteile 5A 635/2022 vom 20. September 2022 E. 1; 5A 678/2022 vom 23. September 2022 E. 1), in welchem dem Rückführungsrichter keinerlei materielle Entscheidungskompetenz zukommt (Art. 19 HKÜ) und welches die Begründung einer materiellen Entscheidungskompetenz im neuen Staat verhindert (Art. 16 HKÜ). Es soll gerade dazu dienen, das Kind physisch in die Jurisdiktion des gemäss Art. 7 Abs. 1 HKsÜ nach wie vor zuständigen Herkunftsstaates zurückzuführen. Insoweit sind Art. 16 HKÜ und Art. 7 Abs. 1 HKsÜ als Spiegelbild zu sehen und ist das Haager Zuständigkeitssystem ein in sich geschlossenes Ganzes.

Vorliegend hat die hauptbetreuende Mutter in Mailand einen neuen Wohnsitz begründet, weshalb von einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes auszugehen ist. Der Vater hat in Italien nie ein Rückführungsverfahren eingeleitet, obwohl er seit September 2019 vom Aufenthaltswechsel wusste. Entgegen seiner Behauptung hat das hiesige Eheschutzverfahren die Einleitung eines Rückführungsverfahrens in Italien auch nicht verhindert. Im Gegenteil dient die Kindesrückführung wie gesagt gerade dazu, das Kind in die Jurisdiktion des Staates zurückzuführen, in welchem es vor dem widerrechtlichen Verbringen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Das Rückführungsverfahren ist im Zuzugsstaat einzuleiten (Art. 12 Abs. 1 HKÜ). Entgegen den Ausführungen des Vaters konnte das schweizerische Eheschutzverfahren bzw. das Berufungsverfahren vor dem Kantonsgericht nicht als Rückführungsverfahren im Sinn des HKÜ angesehen werden, auch nicht sinngemäss. Wohl gibt es diesbezüglich einen (in der Beschwerde nicht vorgebrachten) bundesgerichtlichen Entscheid, welcher dies nahelegen könnte und insofern missverständlich ist: Im Urteil 5A 105/2020 vom 16. November 2020 E. 3.4.2 wurde im Zusammenhang mit einem Wegzug nach Algerien, also in einen nicht-Vertragsstaat, festgehalten, der Begriff des "Rückführungsverfahrens" im Sinn von Art. 7 Abs. 1 HKsÜ sei funktional zu verstehen und deshalb die schweizerische Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils sinngemäss mit einem Rückführungsgesuch gleichzusetzen. Daran ist so viel richtig, dass in einem Staat, der nicht Teil des Haager Rechtsraumes ist, zwangsläufig kein Rückführungsverfahren gestellt werden kann. Dafür greift hier nach der publizierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 142 III 1 E. 2.1; 143 III 237 E. 2.3, je m.w.H.) für das schweizerische Verfahren gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO der Grundsatz der *perpetuatio fori*;

zwar wird das Haager Kindesschutzübereinkommen aufgrund des allgemeinen Verweises in Art. 85 IPRG *erga omnes*, also auch in Bezug auf nicht-Vertragsstaaten angewandt, allerdings nicht in Bezug auf Art. 5 Abs. 2 HKsÜ, so dass es bei Aufenthaltsbegründung in einem nicht-Vertragsstaat nicht zu einem sofortigen Zuständigkeitswechsel kommt, sondern in der Schweiz bereits hängige Verfahren fortgeführt werden können (vgl. dazu die ausführlichen Hinweise in BGE 143 III 237 E. 2.3; sodann auch LAGARDE, explanatory report / rapport explicatif zum Haager Kindesschutzübereinkommen, Rz. 42 i.f.). Das Kind würde ansonsten Gefahr laufen, zuständigkeitsmässig zwischen Stuhl und Bank zu fallen, denn nur zwischen den am Übereinkommen beteiligten Vertragsstaaten ist gesichert, dass in Anwendung des Haager Zuständigkeitsregimes im Zuzugsstaat nahtlos wiederum eine Zuständigkeit und damit hinreichender Rechtsschutz in Bezug auf die Belange des Kindes besteht. Die *perpetuatio fori* im Verhältnis zu Drittstaaten macht aber das fortgeführte schweizerische Verfahren - entgegen dem, was im erwähnten Urteil 5A 105/2020 insinuiert wird - nicht funktional zu einem Rückführungsverfahren; der Schweizer Richter hat keine Möglichkeit, in verbindlicher Weise die

Rückführung eines in einem anderen Staat befindlichen Kindes anzuordnen, umso weniger als die Verletzung des Zustimmungserfordernisses für die Auswanderung gemäss Art. 301a Abs. 2 ZGB nach dem Gesagten zivilrechtlich sanktionslos bleibt.

Was schliesslich das erforderliche Einleben des Kindes am neuen Ort anbelangt, bedarf es angesichts seines Alters, der dort seit mehreren Jahren erfolgenden Beschulung und der Betreuung durch seine italienischsprachige Mutter keiner spezifischen Sachverhaltsabklärungen, sondern kann das Einleben - zumal sich die Parteien nicht dazu äussern, weil offensichtlich auch sie von einer diesbezüglichen Evidenz ausgehen - ohne Weiterungen als gegeben angenommen werden.

Mithin ist vorliegend eine Sperrwirkung gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ entfallen und ist für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit Art. 5 Abs. 2 HKsÜ massgebend. Nachdem das Kind aufgrund des Gesagten zeitgleich mit dem Wegzug nach Mailand dort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hatte, war jedenfalls im Zeitpunkt des fast zwei Jahre später ergangenen Berufungsurteils das Kantonsgericht nicht mehr entscheidenzuständig. Hingegen war das Bezirksgericht, welches wenige Monate nach dem Wegzug seinen Eheschutzentscheid gefällt hat, vor dem Hintergrund der widerrechtlichen Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes in Bezug auf die Obhut und das Besuchsrecht international entscheidenzuständig (Art. 7 Abs. 1 HKsÜ i.V.m. Art. 64

Abs. 1 lit. b ZPO).

2.4.2. Soweit sich der Vater auf Art. 13 HKsÜ beruft, zielen seine Ausführungen an der Sache vorbei. Diese Bestimmung bezweckt, Zuständigkeitskonflikte zu lösen, wie sich bei ausnahmsweise möglichen konkurrierenden Zuständigkeiten ergeben können. Vorliegend ist und war in Italien keine Behörde und kein Gericht mit der Obhutsfrage befasst.

2.4.3. Nach Art. 10 HKsÜ können die Behörden eines Vertragsstaates in Ausübung ihrer Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag auf Scheidung, Trennung, Aufhebung oder Nichtigkeitsklärung der Ehe der Eltern eines Kindes, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat hat, sofern das Recht ihres Staates dies zulässt, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes treffen, wenn (lit. a) einer der Eltern zu Beginn des Verfahrens seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat und ein Elternteil die elterliche Verantwortung für das Kind hat, und (lit. b) die Eltern und jede andere Person, welche die elterliche Verantwortung für das Kind hat, die Zuständigkeit dieser Behörden für das Ergreifen solcher Massnahmen anerkannt haben und diese Zuständigkeit dem Wohl des Kindes entspricht.

Art. 10 HKsÜ eröffnet also in bestimmten Verfahren auf Elternebene eine Annexzuständigkeit für Regelung der Kinderbelange. Allerdings besteht eine solche nur im Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren im Sinn von Art. 111 ff. ZGB, einem Trennungsverfahren gemäss Art. 117 f. ZGB oder einer Eheungültigkeit nach Art. 104 ff. ZGB. Dies geht nicht nur aus dem - im Unterschied zum offenen Wortlaut von Art. 5 Ziff. 2 lit. b und c LugÜ - enumerativ formulierten Wortlaut von Art. 10 HKsÜ, sondern auch aus dem erläuternden Bericht hervor, der in den Originalsprachen Englisch und Französisch von "divorce, legal separation or annulment of the marriage" bzw. von "divorce, séparation de corps ou annulation de mariage" spricht (LAGARDE, explanatory report / rapport explicatif zum Haager Kindesschutzübereinkommen, Rz. 62). Ein Eheschutzverfahren fällt hingegen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 10 HKsÜ (SCHWANDER, in: Basler Kommentar, 4. Aufl. 2021, N. 58 zu Art. 85 IPRG; PRAGER, in: Handkommentar zum schweizer Privat recht, 3. Aufl. 2016, N. 53 zu Art. 85 IPRG), denn mit "séparation de corps" ist in Bezug auf das schweizerische Zivilrecht diejenige nach Art. 117 ff. ZGB gemeint, nicht aber die "mesures judiciaires" gemäss Art. 172 ff.

ZGB, umso weniger als das Eheschutzverfahren nicht die rechtliche Trennung, sondern die gerichtlichen Massnahmen während des Zusammenlebens (Art. 173 f. ZGB) oder bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 176 ZGB) regelt.

Aufgrund des Gesagten geht das Vorbringen des Vaters an der Sache vorbei und als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sich im Zusammenhang mit der Obhutsfrage für den Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides unter keinem Aspekt eine schweizerische Zuständigkeit begründen lässt.

2.5. Nach dem Gesagten hat das Kantonsgericht, welches sich zur internationalen Zuständigkeit gar nicht erst geäussert hat, jegliche damit zusammenhängenden Grundsätze verkannt, was nach den zutreffenden Rügen der Mutter Willkür in der Rechtsanwendung begründet (vgl. hierzu BGE 142 II 369 E. 4.3; 144 I 113 E. 7.1; 148 III 95 E. 4.1).

Bestand nach dem Gesagten im Zeitpunkt des angefochtenen Berufungsentscheides keine schweizerische Zuständigkeit, erübrigt es sich, auf die Willkür rügen der Mutter betreffend die Vorgehensweise des Kantonsgerichts im Berufungsverfahren einzugehen. Von vornherein nicht zulässig wäre es sodann, die Rügen zur Sache (Obhutszuteilung und Besuchsrecht) zu behandeln, denn für die materiellen Belange fehlt es vor dem Hintergrund des Zeitablaufes im bundesgerichtlichen Verfahren erst recht an der internationalen Zuständigkeit. Hingegen hat das Bezirksgericht wenige Monate nach dem Wegzug entschieden und war es vor dem Hintergrund der widerrechtlichen Aufenthaltsverlegung nach dem in E. 2.4.1 Gesagten international entscheidenzuständig. Mithin hat es bei der Aufhebung des kantonsgerichtlichen Entscheides und einem diesbezüglichen Nichteintreten auf die Berufung des Vaters zu bleiben mit der Folge, dass die Regelung gemäss dem erstinstanzlichen Entscheid gilt.

3.

Der Vater ficht mit seiner Beschwerde die Unterhaltsregelung an.

3.1. Ein Teil (namentlich der festgesetzte Kindesunterhalt erstreckt sich von Februar 2019 bis Juli 2021) betrifft die Zeit nach dem Wegzug nach Italien. Dies hat indes keinerlei Auswirkungen, weil nach Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO die perpetuatio fori gilt und dieses Prinzip bei Annahme eines internationalen Sachverhaltes unausgesprochen auch dem Lugano-Übereinkommen, welches für Unterhaltssachen massgebend ist (BGE 119 II 167 E. 4b; 138 III 11 E. 7.1.1; 142 III 466 E. 4.2),

zugrunde liegt (DASSER, in: Lugano-Übereinkommen, Handkommentar SHK, 3. Aufl. 2021, N. 27 zu Art. 2 LugÜ) und der Vater als ursprünglicher Gesuchsgegner, mithin als Unterhaltsbeklagter in der Schweiz Wohnsitz hat, womit der allgemeine Beklagtengerichtsstand gemäss Art. 2 LugÜ greift, zumal Art. 5 Ziff. 2 LugÜ für Unterhaltssachen lediglich einen alternativen Wahlgerichtsstand schafft (OBERHAMMER, in: Lugano-Übereinkommen, Handkommentar SHK, 3. Aufl. 2021, N 1 zu Art. 5 LugÜ).

Gleiches ergibt sich für das anwendbare Recht. Selbst wenn dieses ab der Verlegung des Aufenthaltsortes sich gemäss Art. 83 IPRG nach dem Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht bestimmt, ergäbe sich keine Änderung: Nach Art. 4 Abs. 1 HUÜ ist zwar das innerstaatlich geltende Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten massgeblich und nach Art. 4 Abs. 2 HUÜ ist ab dem Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels das innerstaatliche Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthalt anzuwenden, ohne dass die Annexzuständigkeit gemäss Art. 8 HUÜ den Kindesunterhalt betreffen würde (SCHWANDER, a.a.O. N. 15 zu Art. 83 IPRG). Allerdings hat sich die Schweiz gestützt auf Art. 24 HUÜ die in Art. 15 HUÜ vorgesehene Möglichkeit vorbehalten, das eigene innerstaatliche Recht anzuwenden, wenn sowohl der Unterhaltspflichtige als auch der Unterhaltsberechtigte Schweizer Bürger sind und der Unterhaltspflichtige seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat; diesfalls kommt also das gemeinsame schweizerische Heimatrecht zur Anwendung (BAUMANN WEY, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 22 zu Art. 82-83 IPRG). Vorliegend hat der Vater Wohnsitz in der Schweiz und das Kind verfügt - auch wenn dies im angefochtenen Entscheid nicht explizit festgestellt ist - zwangsläufig über das Schweizer Bürgerrecht, da es den Nachnamen des Vaters trägt (Art. 271 Abs. 1 ZGB).

3.2. Im Hauptstandpunkt macht der Vater geltend, er schulde überhaupt keine Unterhaltsbeiträge. Er begründet dies damit, dass die Mutter den Sohn nach Italien entführt habe, was bei ihm hohe Kosten verursacht und zum Jobverlust geführt habe. Die Mutter stellt eine Entführung in Abrede und macht geltend, sie sei aus purer ökonomischer Not nach Italien gezogen, weil der Vater jeglichen Unterhalt verweigert habe. Wie es sich mit all dem verhält, kann offen bleiben, weil die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind unabhängig davon besteht, ob dieses allenfalls widerrechtlich verbracht worden ist. Nichts zur Sache tun schliesslich die pauschalen Vorwürfe an die Mutter, wonach sie jeweils wegen erfundener häuslicher Gewalt die Polizei habe kommen lassen und gegen ihn unberechtigt ein Strafverfahren eingeleitet habe, woraus der Vater ableiten möchte, dass ihm unter diesen Umständen kein Kindesunterhalt zumutbar sei und deshalb die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen gegen das Willkürverbot verstosse. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind bestimmt sich (ausschliesslich) nach dem rechtlichen Kindsverhältnis und der internen Vereinbarung bzw. nach der Obhutslage (Art. 276 i.V.m. 163 ZGB).

3.3. Im Eventualstandpunkt beantragt der Vater tiefere Unterhaltsbeiträge.

3.3.1. Er macht geltend, sein Einkommen sei durch Einbezug nicht liquider Bestandteile zu hoch und dasjenige der Mutter mangels Einreichung aller Unterlagen zu tief angesetzt worden. Insbesondere sei es für ihn unzumutbar, einen Überschussanteil an das Kind zu zahlen, weil die Mutter systematisch das Besuchsrecht hintertreibe und der Überschuss gar nie dem Kind zugute käme, sondern die Mutter diesen für ihre eigenen Bedürfnisse und zur Finanzierung des Rechtsstreites verwenden würde. All diese Vorwürfe und Mutmassungen bleiben appellatorisch, woran nichts ändert, dass am Anfang und am Schluss das Wort "willkürlich" eingefügt wird.

3.3.2. In konkreter Weise beanstandet der Vater im Zusammenhang mit der Feststellung seines Einkommens einzig, dass das Kantonsgericht ihm willkürlich Fr. 3'500.-- für eine Lebensversicherung sowie Fr. 10'147.-- für Mitarbeiterbeteiligungen angerechnet habe. Er macht geltend, diese Geldmittel stünden ihm nicht zur freien Verfügung und seien damit nicht liquide. In Bezug auf die Mitarbeiterbeteiligungen hat das Kantonsgericht allerdings erwogen, es werde nicht dargelegt, dass die Beteiligungsrechte gesperrt wären und wie lange die Sperrfrist dauern würde. Hierzu äussert sich der Vater überhaupt nicht. Sodann hat das Kantonsgericht zur Versicherung erwogen, es treffe zu, dass gemäss Lohnausweis 2018 ein Betrag von Fr. 3'500.-- mit dem Vermerk "Lebensvers. Zürich" figuriere; allerdings seien weder die Versicherungspolice noch Unterlagen eingereicht worden, welche belegen würden, dass dieses Geld nicht dauerhaft zur Verfügung stünde oder ab wann erst und welche Leistungen fällig wären. Das abstrakte Vorbringen, bei einer Lebensversicherung sei die längere Zeitdauer und die Tatsache, dass das Geld nicht liquide zur Verfügung stehe, evident, reicht nicht zur Begründung von Willkür. Schliesslich hilft die Behauptung nicht, die Mutter habe ebenfalls ihre Mitwirkungspflicht im Zusammenhang mit der Offenlegung ihres Einkommens verletzt; selbst wenn dem so wäre (dazu nachfolgend), würde dies nicht die Feststellung des

Einkommens des Beschwerdeführers betreffen.

3.3.3. Ferner macht der Vater geltend, die Mutter habe im Berufungsverfahren entgegen der gerichtlichen Verfügung vom 14. August 2020 keine Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen eingereicht. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie effektiv mehr verdiene als das von den kantonalen Instanzen angenommene Einkommen von Fr. 3'867.05. Er gehe davon aus, dass sie mindestens ein Einkommen von EUR 5'255.-- erziele und zudem noch ein Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beziehe; überdies sei sie Eigentümerin eines Hauses in Rom, welches sie vermiete (die kantonalen Instanzen waren von Mieteinnahmen von EUR 1'231.-- ausgegangen). In der Replik beziffert er sodann das Nettoeinkommen der Mutter mit Fr. 4'219.89 und hält überdies fest, als Staatsangestellte müsse sie in Italien keine Krankenkasse bezahlen.

Das Kantonsgericht errechnete das Einkommen der Mutter anhand der Lohnblätter von Januar 2019 bis Januar 2020 und ging ferner gestützt auf die Angaben in der Steuererklärung 2019 von den bereits erstinstanzlich ermittelten Fr. 3'867.05 aus und erwog, weder gelinge es der Mutter, glaubhaft zu machen, dass dieses Einkommen zu hoch sei, noch lägen Anhaltspunkte für die Behauptung des Vaters vor, dass es zu tief sei; insbesondere ergebe sich aus den Lohnblättern nicht das von ihm behauptete Durchschnittseinkommen von EUR 5'255.--.

Weil das Kind unter der Obhut der Mutter steht und diese somit den ganzen Naturalunterhalt erbringt, ist aufgrund der Gleichwertigkeit des Natural- und Geldunterhaltes grundsätzlich der Vater zur Bestreitung des gesamten Geldunterhaltes verantwortlich (BGE 147 III 265 E. 5.5; zuletzt Urteil 5A 230/2022 vom 21. September 2022 E. 5.1.1); die Mutter müsste einzig dann einen gewissen Beitrag leisten, wenn sie leistungsfähiger wäre als der Vater, d.h. wenn sie ein deutlich höheres Einkommen hätte als er (BGE 147 III 265 E. 8.1 m.w.H.; zuletzt Urteil 5A 230/2022 vom 21. September 2022 E. 5.1.1). Gemäss den kantonalen Feststellungen, welche nach dem vorstehend Gesagten willkürfrei sind, betrug das Nettoeinkommen des Vaters aus Arbeit Fr. 13'924.-- und die sodann erhaltenen Arbeitslosengelder beliefen sich auf Fr. 8'053.-- bzw. Fr. 9'150.--. Weil ein Entscheid erst dann aufzuheben ist, wenn er sich nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis als willkürlich erweist (BGE 140 III 167 E. 2.1; 142 V 513 E. 4.2; 146 IV 88 E. 1.3.1), müsste der Vater aufzeigen, dass das Einreichen weiterer Unterlagen bei der Mutter zur Feststellung eines Einkommens geführt hätte, welches deutlich höherer als sein eigenes wäre, so dass sie einen Teil des Kindesunterhaltes mittragen müsste. Indes macht er nicht einmal dahingehende Behauptungen. Mithin ist nicht ansatzweise dargelegt, inwiefern die angefochtene Unterhaltsregelung im Ergebnis willkürlich sein könnte.

3.3.4. Keine Willkür ist schliesslich darzutun mit der Behauptung, die Mutter würde das Geld nicht für das Kind verwenden, zumal der Vater hierfür nicht ansatzweise konkrete Anhaltspunkte nennt und blosser Unterstellungen nicht geeignet sind, sich der Unterhaltspflicht zu entledigen. Ebenso wenig lässt sich Willkür mit dem Vorbringen begründen, wenn die Mutter mit C._____ nicht nach Italien gezogen wäre, würde ein tieferer Kindesunterhalt resultieren. Abgesehen davon, dass diese Behauptung abstrakt bleibt, ist sie auch nicht einsichtig.

3.4. Was schliesslich den ehelichen Unterhalt anbelangt, bleiben die Ausführungen appellatorisch und im Übrigen abstrakt, indem geltend gemacht wird, man habe immer getrennte Kassen gehabt und es seien keine trennungsbedingten Mehrkosten erfolgt. Substanzierte Willkürwürgen sind nicht ersichtlich.

3.5. Die Mutter äussert sich zwar zur berufungsweise erfolgten Verpflichtung, ab August 2021 Kindesunterhalt zu zahlen, in der Beschwerdebegründung nicht spezifisch. Indes knüpft die ihr vom Kantonsgericht auferlegte Unterhaltspflicht an die Umteilung der Obhut über das Kind an den Vater, welche mangels internationaler Zuständigkeit unbekümmert darum, ob sie sich materiell rechtfertigen liesse, keine Wirkung entfalten kann (dazu E. 2). Im Übrigen ist die Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung durch das den gesamten kantonsgerichtlichen Entscheid betreffende Rechtsbegehren der Mutter gedeckt.

4.

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes:

Im Zusammenhang mit der Obhutsfrage mangelte es dem Kantonsgericht an der internationalen Entscheidzuständigkeit. Insoweit als sich die beschwerdeweise erhobenen Willkürwürgen der Mutter auf diese Frage beziehen, ist in Gutheissung der Beschwerde der Mutter und unter Nichteintreten auf die Berufung des Vaters der Entscheid des Kantonsgerichts in Bezug auf die Obhutzuteilung an den Vater per 1. August 2021 samt der damit zusammenhängenden Besuchsregelung und in Bezug auf die ebenfalls damit zusammenhängende Verpflichtung der Mutter zu Kindesunterhalt ab August 2021 aufzuheben. Als Folge gilt nach dem in E. 2.4.1 und E. 2.5 Gesagten die vom Bezirksgericht March

getroffene Regelung, welches wenige Monate nach dem Wegzug entschieden hat und damals vor dem Hintergrund der widerrechtlichen Aufenthaltsverlegung international entscheidungszuständig war. Dies ist im Dispositiv des vorliegenden Urteils so zum Ausdruck zu bringen.

Hingegen ist die vom Vater in Bezug auf den vom Kantonsgericht zu seinen Lasten festgesetzten ehelichen und Kindesunterhalt erhobene Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

5.

Bei diesem Ausgang wird der Vater im bundesgerichtlichen Verfahren umfassend kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Damit ist das Gesuch der Mutter um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Die kantonale Kostenregelung entsprechend dem neuen Ausgang des Verfahrens wird dem Kantonsgericht übertragen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 5A 591/2021 und 5A 600/2021 werden vereinigt.

2.

In dahingehender Gutheissung der Beschwerde der Mutter und in diesbezüglichem Nichteintreten auf die Berufung des Vaters wird der Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 21. Juni 2021 in Bezug auf die per 1. August 2021 dem Vater zugeteilte Obhut (inkl. betreffender Besuchsrechtsregelung) für den Sohn C._____ aufgehoben und die alleinige Obhut verbleibt bei der Mutter, unter Fortbestand der betreffenden Besuchsrechtsregelung.

In dahingehender Gutheissung der Beschwerde der Mutter und in diesbezüglicher Abweisung der Berufung des Vaters wird der Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 21. Juni 2021 in Bezug auf die der Mutter auferlegte Pflicht zur Leistung von Kindesunterhalt ab August 2021 aufgehoben.

3.

Die Beschwerde des Vaters wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Vater auferlegt.

5.

Der Vater hat die Mutter für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

6.

Damit ist das Gesuch der Mutter um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

7.

In dahingehender Gutheissung der Beschwerde der Mutter wird der Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 21. Juni 2021 in Bezug auf die Kostenregelung aufgehoben und die Neuverlegung der kantonalen Kosten wird dem Kantonsgericht Schwyz übertragen.

8.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, 2. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 12. Dezember 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli