

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 300/2022

Urteil vom 15. Juni 2022

II. zivilrechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Gabriela Loepfe-Lazar,
Beschwerdeführer,

gegen

1. B. _____,
2. C. _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Alex Schindler,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen (Aufenthaltsbestimmung),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 8. März 2022 (LZ210016-O/U).

Sachverhalt:

A.

Der Beschwerdeführer (Staatsangehörigkeit: Grossbritannien) und die Beschwerdegegnerin 1 (Staatsangehörigkeit: Australien) sind die nicht verheirateten Eltern der am 23. Juli 2017 geborenen Beschwerdegegnerin 2. Im Zuge der Trennung möchte die Mutter nach Australien zurückkehren, wo sie bessere berufliche Aussichten und konkrete Stellenangebote hat.

B.

Mit Urteil vom 4. September 2020 wies das Bezirksgericht Zürich den Antrag der Mutter auf Erlaubnis, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach Australien zu verlegen, ab. Sodann räumte es dem Vater für die ersten sechs Monate ein begleitetes Besuchsrecht von 9 bis 15 Uhr an jedem zweiten Samstag, für die weiteren zwölf Monate ein unbegleitetes Besuchsrecht gleicher Dauer mit Übergaben im Besuchsrechtszentrum und anschliessend ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Samstag 9 Uhr bis Sonntag 17 Uhr ein. Weiter verpflichtete es den Vater zu Kindesunterhalt von Fr. 4'500.--, ausgehend von Nettoeinkommen des Vaters von Fr. 12'500.-- und der Mutter von Fr. 12'100.--.

Mit Berufungsurteil vom 8. März 2022 erlaubte das Obergericht des Kantons Zürich der Mutter, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach Australien zu verlegen. Für die Zeit bis zur Auswanderung setzte es das Besuchsrecht des Vaters analog zum erstinstanzlichen Urteil fest (allerdings kürzere Übergangsphasen von drei bzw. sechs Monaten); für die Zeit danach erklärte es den Vater für berechtigt, mit der Tochter zweimal wöchentlich per Videotelefonie zu kommunizieren und mit ihr jährlich vier Wochen Ferien zu verbringen. Sodann verpflichtete es den Vater zu Unterhaltsbeiträgen, und zwar für diverse Phasen bis zur Auswanderung zwischen Fr. 2'605.-- und Fr. 4'105.-- sowie nach der Auswanderung zwischen Fr. 1'880.-- und Fr. 2'705.--, ausgehend von Nettoeinkommen des Vaters von Fr. 10'330.-- und der Mutter von Fr. 12'100.--.

C.

Dagegen hat der Vater beim Bundesgericht am 22. April 2022 eine Beschwerde eingelegt, mit welcher er im Hauptstandpunkt die Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz sowie eventualiter ein Verbot zur Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes der Tochter nach Australien und ein Besuchsrecht in geraden Wochen von Sonntagabend 18 Uhr bis Sonntagabend 18 Uhr (angesichts der ebenfalls vagen Beschwerdebegründung unklar, ob gemeint: Wochenenden von Freitagabend bis Sonntagabend oder wöchentlich alternierende Betreuung von Sonntagabend bis Sonntagabend) und durch ihn geschuldete Kindesunterhaltsbeiträge für verschiedene Phasen zwischen Fr. 1'500.-- und Fr. 3'784.-- verlangt.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 25. April 2022 wurde die Auswanderung untersagt und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde der Beschwerde diesbezüglich am 31. Mai 2022 die aufschiebende Wirkung erteilt, jedoch ein rascher Entscheid in der Sache in Aussicht gestellt. In der Sache selbst wurden keine Vernehmlassungen, aber die kantonalen Akten eingeholt.

Erwägungen:

1.

Das angefochtene Urteil betrifft eine vorsorgliche Massnahme, weshalb nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG). Verfassungsprüfungen müssen gemäss dem strengen Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet werden. Dies bedeutet, dass anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids klar und detailliert darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 135 III 232 E. 1.2; 142 III 364 E. 2.4).

2.

Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit seinem Rückweisungsbegehren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV).

2.1. Die Vorladung für den ursprünglich angedachten Verhandlungstermin vom 24. Juni 2020 konnte dem Beschwerdeführer zugestellt werden. Die erstinstanzliche Hauptverhandlung am 27. August 2020 fand aber ohne die Anwesenheit des Beschwerdeführers statt, nachdem die diesbezügliche Vorladung an der von ihm bezeichneten Adresse zweimal nicht zugestellt werden konnte, sondern mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Gericht zurückging, und nachdem sie ihm am 20. August 2020 überdies an die von ihm angegebene E-Mail-Adresse versandt worden war, wobei auch hier keine Reaktion des Beschwerdeführers erfolgte.

2.2. Die kantonalen Instanzen erwogen, dass der Beschwerdeführer jedenfalls aufgrund der ersten Vorladung, welche ihm zugestellt werden konnte, Kenntnis vom Verfahren hatte und dass er zufolge des bekannten Prozessrechtsverhältnisses verpflichtet war, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um gerichtliche Sendungen entgegennehmen zu können.

2.3. Vor Bundesgericht macht der Beschwerdeführer erneut geltend, dass er aus gesundheitlichen Gründen im März 2020 eine Auszeit in Thailand gemacht habe und er aufgrund der Covid-19-Pandemie seine Rückkehr in die Schweiz habe aufschieben müssen, weil es keine Interkontinentalflüge mehr gegeben habe. Insofern habe er sich im Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung unfreiwillig im Ausland befunden. Er habe alle nötigen Vorkehrungen getroffen und die Zustellungen an die von ihm bevollmächtigte Person hätten anfänglich auch gut funktioniert; dass schliesslich die Vorladung für die Hauptverhandlung nicht zugestellt werden können, dürfe nicht zu seinen Ungunsten ausgelegt werden. Da ihm die Vorladung nicht zugestellt worden sei, habe er keine Kenntnis vom Verhandlungstermin und damit keine Möglichkeit gehabt, dem Gericht seine Sicht der Dinge darzulegen sowie zu den Ausführungen der Mutter und zu den Äusserungen des Kindes Stellung zu nehmen.

2.4. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er angesichts des hängigen Verfahrens gehalten war, während seiner Auslandabwesenheit ordnungsgemässe Zustellungen zu ermöglichen. Er hält selbst fest, dass dies anfänglich auch gut geklappt habe und die von ihm bevollmächtigte Person zweimal eine Gerichtsurkunde entgegengenommen habe. Wieso dies anschliessend nicht mehr funktionierte, bleibt sein Geheimnis. Sodann äussert er sich nicht zur Sachverhaltsfeststellung, wonach ihm die Vorladung auch an die mitgeteilte E-Mail-Adresse geschickt wurde. Mithin ist der Beschwerdeführer seinen Pflichten nicht nachgekommen und er hat nicht alles getan, um die

Kenntnisnahme der gerichtlichen Akte sicherzustellen.

Im Übrigen wusste er unbestrittenemassen vom laufenden Gerichtsverfahren und es gab bei Ausbruch der Pandemie während des ganzen Monates März noch die normalen Rückreisemöglichkeiten sowie schliesslich zusätzlich Repatriierungsflüge, bekanntermassen gerade auch aus Thailand mit Abflugorten Bangkok (31. März und 5. April 2020) und Phuket (2. April 2020); ferner erging ein dringender Appell der dortigen Schweizer Botschaft zur Rückreise, verbunden mit dem Hinweis, dass ansonsten die Gefahr bestehe, für längere Zeit in Thailand blockiert zu bleiben. Abgesehen davon scheint der Beschwerdeführer aber zur Zeit der Verhandlung tatsächlich wieder in der Schweiz gewesen zu sein, legt er doch der Beschwerde ein zeitlich vor der Verhandlung datierendes Schreiben an das Bezirksgericht bei, wonach er sich wieder in Zug aufhalte.

Nach dem Gesagten ist die Behauptung, mangels Reisemöglichkeiten sei er in Thailand hängen geblieben, offensichtlich vorgeschoben. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer es sich selbst zuzuschreiben, wenn er entgegen seiner prozessualen Verpflichtung in der Schweiz keine Zustellmöglichkeit sicherstellte, wenn er darüber hinaus von der Hauptverhandlung auch nicht via E-Mail Kenntnis nehmen wollte und wenn er in der Folge an der Hauptverhandlung des laufenden Verfahrens, das ihm hinreichend bekannt war, nicht teilnahm.

2.5. Nach dem Gesagten ist weder eine Gehörsverletzung dargetan noch die Behauptung belegt, kein faires Verfahren gehabt zu haben.

Aber selbst wenn entgegen den vorstehenden Erwägungen erstinstanzlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs stattgefunden hätte, wäre sie jedenfalls im Berufungsverfahren ohne Weiteres heilbar gewesen: Die Vorinstanz hatte im Berufungsverfahren volle Tatsachen- und Rechtskognition (Art. 310 ZPO), es konnte im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) und die Parteien konnten, weil Kindesbelange zur Debatte standen, ungeachtet der Voraussetzungen von Art. 317 ZPO unbeschränkt (neue) Tatsachen und Beweismittel vorlegen bzw. deren Abnahme verlangen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1), mithin insbesondere auch eine Partei- oder Kindesanhörung.

Der Beschwerdeführer belässt es bei der allgemeinen Aussage (Beschwerde S. 10), er sei nie persönlich von einem Gericht angehört worden, weder vor Bezirks- noch vor Obergericht, legt aber entgegen seiner Begründungs- und Substanziierungspflicht nicht dar, dass und an welcher Stelle er im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung verlangt und/oder Anträge auf persönliche Anhörung gestellt hätte. Auch vor diesem Hintergrund bleiben die Rügen unbelegt bzw. unsubstanziert.

3.

Im Eventualstandpunkt äussert sich der Beschwerdeführer vorab zur Erlaubnis, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach Australien zu verlegen. Dabei verkennt er, dass er nicht in appellatorischer Weise den Sachverhalt aus seiner eigenen Sicht schildern (die Mutter hintertreibe das Besuchsrecht und wolle nur deshalb nach Australien auswandern, um ihm das Kind zu entfremden) sowie eine falsche Anwendung von Art. 301a ZGB geltend machen und danach separat in abstrakter Weise eine Verletzung des Willkürverbotes rügen kann.

Vielmehr bedeutet das in Art. 106 Abs. 2 BGG verankerte Rügeprinzip, dass er in konkreter Bezugnahme auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides substanziiert darlegen müsste, welche und inwiefern eine bestimmte Sachverhaltsfeststellung willkürlich (das Obergericht ist davon ausgegangen, dass die Mutter nach der Trennung in ihr Heimatland zurückkehren wolle, wo sie ihre Familienangehörigen habe und sich eine Arbeitsstelle verspreche, die mehr auf ihrem Interessengebiet liege, dass das Kind in der Schweiz noch nicht eingeschult und Englisch ohnehin seine Muttersprache sei) oder inwiefern Art. 301a ZGB in willkürlicher Weise angewandt worden sein soll (das Obergericht hat erwogen, dass die Mutter die Hauptbezugsperson des Kindes und dieses mit fünf Jahren nach wie vor stärker personen- als umgebungsbezogen sei, dass es in den ihm bereits aus Ferienbesuchen und Telefonaten bekannten Verwandtenkreis zu leben käme, dass der Beschwerdeführer keine Ausführungen zu einem eigenen Betreuungskonzept mache und dass für den Vorwurf, die Mutter wolle ihm das Kind entziehen, in den Akten keine Anhaltspunkte vorliegen würden).

Indem der Beschwerdeführer keine konkreten Willkür- oder anderweitige Verfassungsfragen zu den betreffenden Sachverhaltsfeststellungen oder zur Rechtsanwendung macht, bleibt seine Beschwerde

unsubstanziert.

4.

Das Bezirksgericht hat den Kindesunterhalt anhand der einstufigen Methode berechnet, weil der Vater die von ihm angeforderten Unterlagen nicht eingereicht hatte. Das Obergericht schützte dies mit der Begründung, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfe eine andere als die an sich vorgegebene zweistufige Methode verwendet werden, wenn dies im Einzelfall sachlich begründet sei. Es hat sodann diverse Phasen gebildet, sowohl für die Zeit in der Schweiz als auch für die Zeit nach der Auswanderung, und hat dabei den jeweiligen Bedarf des Kindes berechnet. Diesen hat es vor dem Hintergrund, dass die Mutter das Kind allein betreut, aber etwas mehr verdient als der Vater, zu 10 % der Mutter und zu 90 % dem Vater als Unterhaltsschuld zugewiesen.

Der Beschwerdeführer erblickt darin eine unsachgemässe Ermessensausübung und geht davon aus, dass die Mutter einen Anteil von 17 % tragen müsste, da sie in diesem Verhältnis mehr verdiene als er (Nettoeinkommen von Fr. 10'330.-- bzw. von Fr. 12'100.--). Sodann verlangt er ab August 2023, wenn das Kind zur Schule gehe, die hälftige Bestreitung des Kindesunterhaltes, weil es ab diesem Zeitpunkt unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen sei.

Auch diesbezüglich fehlt es an Willkür- oder anderen Verfassungsrügen; der Beschwerdeführer beschränkt sich auf rein appellatorische Ausführungen. Aber selbst wenn über das Fehlen von Verfassungsrügen hinweggesehen würde, bringt er nichts vor, was von der Sache her und im Ergebnis auf Willkür schliessen lassen könnte: Derjenige Elternteil, der über die alleinige Obhut verfügt, erbringt den Naturalunterhalt, weshalb der andere Teil grundsätzlich den Geldunterhalt zu erbringen hat; von dieser Verteilung ist allerdings abzuweichen, wenn der hauptbetreuende Elternteil deutlich leistungsfähiger ist als der andere (BGE 147 III 265 E. 5.5 und 8.1 m.w.H.; Urteile 5A 549/2019 vom 18. März 2021 E. 3.4; 5A 44/2020 vom 8. Juni 2021 E. 10.1; 5A 513/2020 vom 14. Mai 2021 E. 5.3; 5A 407/2021 vom 6. Mai 2022 E. 6.2.2). Bei der Beteiligung des finanziell stärkeren Elternteils handelt es sich freilich nicht um eine mathematische Operation, sondern um auf Art. 4 ZGB gestützte Ermessensausübung des Sachgerichtes bei der Unterhaltsfestsetzung (BGE 147 III 265 E. 5.5). Vorliegend besteht zwischen den Parteien keine eklatante Einkommensdisparität, sondern verdient die Mutter etwas mehr als der Vater. Sodann ist zu beachten, dass die einstufige Methode

zu tieferen Bedarfswerten geführt haben dürfte, weil das Kind nicht von einem Überschussanteil profitiert, wie er sich angesichts der Höhe der elterlichen Einkommens bei der zweistufigen Methode zweifellos ergäbe. Vor diesem Hintergrund wäre selbst bei expliziten Willkürwürgen keine willkürliche Ermessensausübung ersichtlich, wenn das Obergericht den nach der einstufigen Methode berechneten Bedarf des Kindes zu 90 % durch den Vater tragen lässt.

Die Ausführungen zur Bedarfswertberechnung bei alternierender Obhut sind gegenstandslos, nachdem die vom Obergericht erlaubte Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes nach Australien mit dem vorliegenden Urteil geschützt wird (dazu E. 3).

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und er hat die Beschwerdegegnerinnen für die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

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

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerinnen mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 15. Juni 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli