

ZH_OBERGERICHT LE230056 vom 30. Oktober 2024

ZH Obergericht, 2024-10-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230056

FR: ZH_OBERGERICHT LE230056 du 30 octobre 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LE230056 del 30 ottobre 2024

Erwägungen

E. 1

a) Der Gesuchsteller, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchsteller) ist deutscher Staatsangehöriger. Er wurde am tt. März 1985 in I._____ [Stadt in Deutschland] geboren. Er studierte in J._____, K._____ und L._____ und verfügt neben einem Master in Finance and Business Administration über einen International Executive MBA Real Estate. Nach Praktika in M._____ [Stadt in der USA] und Japan arbeitete er in N._____ [Stadt in England] und K._____, bevor er im September 2015 eine Stelle bei der O._____ AG in Zürich antrat. Das Unternehmen beschäftigt sich mit Mietwohnungen in deutschen "B- Städten". b) Die Gesuchsgegnerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ist Staatsangehörige von Uruguay und Italien. Sie kam am tt. März 1984 in der uruguayischen ...-stadt G._____ zur Welt. Sie absolvierte ein Architekturstudium an der P._____ University in Q._____, M._____, und erlangte später einen Master in Real Estate Finance der University of R._____. Sie arbeitete in M._____ und N._____, bevor sie im September 2016 zum Gesuchsteller nach Zürich zog und eine Stelle als Portfolio Managerin bei der (damaligen) S._____ AG antrat. c) Die Parteien hatten sich im März 2016 in M._____ kennengelernt. Die Heirat erfolgte am tt. Februar 2018 in T._____. Am tt.mm.2020 kamen die Zwillinge C._____ und D._____ zur Welt. Nach einem mutterschaftsbedingten Unterbruch nahm die Gesuchsgegnerin Anfang 2021 ihre Vollzeitbeschäftigung bei der S._____ wieder auf. Im Juli 2021 erhielt der Gesuchsteller von seiner damaligen Arbeitsgeberin, der O._____, die Kündigung. Seit dem 1. August 2021 leben die Parteien getrennt. Der Gesuchsteller bezog damals eine Einzimmerwohnung in der Nähe des ehelichen Domizils.

E. 2

a) Der Hauptantrag des Gesuchstellers lautet auf vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Abschreibung des Eheschutzverfahrens zufolge Rückzugs. Es geht darum, dass der Gesuchsteller gegenüber der Vorinstanz mit Eingabe vom 31. Juli 2023 und unter Hinweis auf die von ihm erhobene Scheidungsklage den Rückzug seines Eheschutzgesuchs erklärte und um Abschreibung des Verfahrens ersuchte (Urk. 90). Die Vorinstanz nahm daraufhin mit Verfügung vom 25. August 2023 vom Rückzug Vormerk und erklärte gleichzeitig, sie werde das Eheschutzverfahren fortsetzen und in der Phase der Urteilsberatung verbleiben. Als Rechtsmittel belehrte sie die Beschwerde (Urk. 91). Der Entscheid blieb (zunächst) unangefochten. Der Gesuchsteller will ihn zusammen mit dem Entscheid überprüfen lassen. b) Gemäss Art. 237 Abs. 1 ZPO kann das Gericht einen Zwischenentscheid treffen, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Mit einem Zwischenentscheid wird eine formelle oder materielle Vorfrage vorab beantwortet, von welcher der weitere Verfahrensverlauf abhängt. Der

Zwischenentscheid schliesst das Verfahren nicht ab, sondern stellt lediglich einen Schritt auf dem Weg zum Endentscheid dar. Als Zwischenentscheid gilt etwa die Bejahung der örtlichen Zuständigkeit oder die Verneinung der Verjährung. Eröffnet das Gericht den Zwischenentscheid in selbständiger Form, so hat es die Anforderungen von Art. 238 ZPO zu erfüllen, namentlich eine Rechtsmittelbelehrung anzubringen (lit. f). Sodann muss er direkt angefochten werden und nicht erst zusammen mit dem Endentscheid (Art. 237 Abs. 2 ZPO; BGer 5D_160/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.4). c) Mit dem Entscheid, das Verfahren trotz Rückzugserklärung fortzusetzen, wurde eine prozessuale Vorfrage vorab beantwortet. Eine abweichende Beurteilung durch die Oberinstanz hätte das Verfahren sofort beendet. Der Entscheid der Vorinstanz vom 25. August 2023 war somit ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO. Entsprechend wäre dieser selbstständig (mit Berufung, Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) anzufechten gewesen; eine nachträgliche Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist nicht möglich (Art. 237 Abs. 2 ZPO). Da der Gesuchsteller

- 23 - den besagten Zwischenentscheid nicht selbstständig angefochten hat, hat er sein Anfechtungsrecht verwirkt. Daran vermag die Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (Beschwerde statt Berufung) nichts zu ändern. Diese wäre für den anwaltlich vertretenen Gesuchsteller erkennbar gewesen, zumal eine systematische Lektüre des Gesetzes genügt hätte, um den Fehler zu erkennen (vgl. BGE 141 III 270 E. 3.3; 138 I 49 E. 8.3.2; 135 III 374 E. 8.3.2). Die Frage, ob die Vorinstanz das Verfahren zu Recht fortgesetzt hat, kann damit offen bleiben. d) Der Gesuchsteller ficht die Dispositiv-Ziff. 1, Ziff. 2 Abs. 2, Ziff. 4, Ziff. 5 Abs. 2 und 3 sowie Ziff. 7–9 nur für den Fall an, dass das Verfahren als durch Rückzug erledigt abzuschreiben wäre. Die Gesuchsgegnerin lässt die genannten Dispositiv-Ziff. unangefochten, weshalb das erstinstanzliche Urteil insofern zu bestätigen ist (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

E. 3

Der Gesuchsteller kritisiert, dass die Vorinstanz sowohl auf die Einholung eines fachpsychiatrischen Gutachtens zur Abklärung der Erziehungsfähigkeit und Persönlichkeit der Gesuchsgegnerin als auch auf die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens zur Klärung der für die Kinder optimalen Obhuts- und Betreuungsgelung verzichtet habe. Der Entscheid über die Nichteinholung der Gutachten erfolgte in Vorabverfügungen zusammen mit dem angefochtenen Endentscheid (Urk. 108 S. 113). Es handelt sich um prozessleitende Verfügungen, welchen im Rahmen des Endentscheids keine selbständige Bedeutung zukommt. Die Rüge, es seien keine Begutachtungen erfolgt, zielt letztlich auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ab, weshalb in diesem Zusammenhang darauf einzugehen ist.

E. 4

a) Der Gesuchsteller moniert weiter, dass im vorinstanzlichen Verfahren keine Kindesvertretung angeordnet worden sei. Der Entscheid über die Nichtanordnung der Vertretung erfolgte ebenfalls in einer Vorabverfügung zusammen mit dem angefochtenen Endentscheid (Urk. 108 S. 113). Auch hier handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung, welcher im Rahmen des Endentscheids keine selbständige Bedeutung zukommt. Weiter stellt der Gesuchsteller auch für das Berufungsverfahren einen Antrag auf Einsetzung einer Kindesvertretung (Urk. 107 S. 9).

- 24 - b) Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Das Gesetz umschreibt typische Verfah- rens- und Interessenkonstellationen, welche unter diesen Aspekten nach einer Kin- desvertretung rufen: Die Einsetzung einer Verfahrensbeiständin oder eines Verfah- rensbeistandes ist insbesondere dann zu prüfen, wenn die Eltern über die Obhut bzw. elterliche Sorge oder über wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs streiten oder erhebliche Zweifel darüber bestehen, ob ihre gemeinsamen Anträge ange- messen sind, oder wenn der Erlass von Kindeschutzmassnahmen erwogen wird (Art. 299 Abs. 2 ZPO). Auch in diesen Fällen besteht aber lediglich eine Prüfungs- pflicht des Gerichts, selbst wenn ein Elternteil die Vertretung beantragt. Im Lichte der für Kinderbelange geltenden strengen Untersuchungsmaxime und der Offizial- maxime ist die Kindesvertretung grundsätzlich nur notwendig, wenn sie dem Ge- richt effektiv zusätzliche Unterstützung und Entscheidungshilfen bieten könnte bei der Frage, ob im jeweiligen Einzelfall das Kindeswohl eine bestimmte Regelung oder Massnahme (Sorgerecht, Obhut oder persönlicher Verkehr) erfordert oder einer solchen entgegensteht (BGE 142 III 153 E. 5.1.2). Die Anordnung einer Kindesver- tretung ist damit keineswegs zwingend; die Bezeichnung einer Vertretung steht vielmehr im Ermessen des Gerichts (BGer 5A_403/2018 vom 23. Oktober 2018; 5A_618/2016 vom 26. Juni 2017 E. 2.2; 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016 E. 2.3). c) Die Vorinstanz hielt fest, dass es sich beim vorliegend im Streit liegenden Umzug der Kinder nach Uruguay zweifelsohne um einen Entscheid handle, welcher zu einschneidenden Veränderungen im Familiengefüge führe. Aufgrund des Alters der Kinder sah die Vorinstanz jedoch keine Möglichkeit, deren subjektive Meinung (über eine Vertretung) in den Prozess einfließen zu lassen, zumal das Ausmass eines Umzuges nach Uruguay für dreijährige Kinder nicht begreifbar sei. Auch in Bezug auf das objektive Kindeswohl erkannte die Vorinstanz keinen zusätzlichen Abklärungsbedarf. Es sei mit anderen Worten nicht ersichtlich, welcher zusätzliche Erkenntnisgewinn durch die Einsetzung eines Prozessbeistandes erlangt werden könnte (vgl. Urk. 108 E. II/3.4.4).

- 25 - d) Der Gesuchsteller verweist darauf, dass die Parteien "komplett unter- schiedliche Anträge bezüglich Zuteilung der Obhut und Regelung der Betreuung" gestellt hätten. Ihre diesbezüglichen Differenzen seien von derartiger Intensität, dass von einem schweren Fall gesprochen werden und die Stellung eigener An- träge einer Kindesvertretung ermöglicht werden müsse (Urk. 107 Rz. 46). Weiter macht er unter Verweis auf ZK-Schweighauser, Art. 299 ZPO N 16, geltend, dass es sich auch um einen "schweren Fall" im Sinne dieser Kommentarstelle handle, weil die Gesuchsgegnerin ihm nur ein Besuchsrecht gewährt habe, bei dem jeden- falls "das übliche Mass erheblich unterschritten" worden sei (vgl. Urk. 107 Rz. 249 ff.). e) Zunächst können die Samstagsbesuche (wöchentlich während zehn Stun- den), auf welche sich der Gesuchsteller bezieht, vor dem Hintergrund des damali- gen Alters der Kinder jedenfalls nicht als "das übliche Mass erheblich unterschrei- tend" bezeichnet werden. Der Gesuchsteller übersieht sodann, dass auch in den von ihm beschriebenen Verfahrens- und Interessenkonstellationen lediglich eine Prüfungspflicht des Gerichts besteht. Die Vorinstanz hat nachvollziehbar erwogen, dass vorliegend durch die Einsetzung einer Kindesvertretung kein zusätzlicher Er- kenntnisgewinn erwartet werden könne. Der Gesuchsteller selbst vermochte in der Erstberufung nicht darzulegen, worin er einen solchen sieht. Damit genügt er den Begründungsanforderungen nicht (vgl. E. II/1b). Wenn er in der Instruktionsver- handlung vom 5. September 2024 geltend macht, eine Kindesvertretung könnte z.B. bei der Kita Informationen einholen, welche ihm angeblich

verweigert würden, die bei der Gesuchsgegnerin arbeitende Kinderfrau sowie die Ärzte der Kinder usw. befragen und die entsprechenden Sachverhalte in den Gerichtsprozess einbringen (vgl. Urk. 139 Rz 67), erfolgt dies mit Blick auf die gesetzliche Beru- fungsfrist von Art. 314 Abs. 1 ZPO verspätet; auch im Anwendungsbereich der Oficialmaxime (und somit auch der unbeschränkten Untersuchungsmaxime; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO) ist nämlich ein form- und fristgerechtes Rechtsschutzersuchen notwendig (BGer 5A_926/2019 vom 30. Juni 2019 E. 4.4.2). Zudem bleibt nach wie vor unklar, welchen konkreten Erkenntnisgewinn sich der Gesuchsteller erhofft. Es erscheint auch nicht notwendig, einer Kindesvertretung die Stellung eigener Anträge zu ermöglichen, wie der Gesuchsteller meint; für Kinderbelange gilt die Oficialmaxime

- 26 - (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Die Berufung erweist sich insofern als unbegründet. Auch für das Berufungsverfahren ist auf die Anordnung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO zu verzichten.

E. 5

Für die Dauer des Berufungsverfahrens ersuchte der Gesuchsteller sodann um vorsorgliche Anordnung der alternierenden Obhut (Urk. 107 S. 7 f.). In der zwei- tinstanzlichen Instruktionsverhandlung änderte er seine vorsorglichen Anträge und verlangte in erster Linie die Alleinzuteilung der Obhut bereits für die Dauer Verfah- rens (Urk. 139 S. 7 ff.). Mit dem heutigen, das Verfahren abschliessenden Beru- fungsentscheid wird das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben. III. 1. a) Umstritten ist in erster Linie, ob der Gesuchsgegnerin zu erlauben ist, den Aufenthaltsort der Kinder nach G. _____ (Uruguay) zu verlegen. In Bezug auf die anhand von Art. 301a Abs. 2 ZGB zu beantwortende Frage der Genehmigung der Veränderung des Aufenthaltsortes des Kindes geht das Bundesgericht davon aus, dass es tendenziell zum Wohl des Kindes ist, bei der Hauptbetreuungsperson zu bleiben und folglich mit dieser wegzuziehen, soweit es nach dem bisher tatsäch- lich gelebten Betreuungskonzept eine solche gibt, wobei aber auch das Alter und der Wunsch des Kindes eine Rolle spielen, weil ältere Kinder zunehmend umge- bungs- statt personenbezogen sind und ihr Wille schrittweise mehr Beachtung fin- den soll (BGE 144 III 469 E. 4.1; 142 III 481 E. 2.7; 142 III 612 E. 4.3). Soweit nach dem bisher gelebten Modell beide Elternteile als Hauptbezugspersonen anzusehen sind, wie dies typischerweise bei der alternierenden Obhut der Fall ist, können diese Grundsätze nicht greifen, denn hier ist die Ausgangslage gewissermassen neutral (BGE 144 III 469 E. 4.1; 142 III 481 E. 2.7; 142 III 502 E. 2.5) und es muss im Wesentlichen anhand der Kriterien, wie sie auch für die Obhutszuteilung gelten – d.h. in erster Linie die Erziehungsfähigkeit, die tatsächliche Betreuungsmöglich- keit, die Stabilität der Verhältnisse, die Sprache und Schulung des Kindes und je nach Alter auch dessen Äusserungen und Wünsche – über die Frage der Verlegung

- 27 - des Aufenthaltsortes entschieden werden (BGE 142 III 481 2.7; 142 III 498 E. 4.4; 502 E. 2.5). b) Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die Kinder bis zu einem allfälligen Weg- zug unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen seien, wie der Gesuch- steller dies (zumindest bis zur zweitinstanzlichen Instruktionsverhandlung) bean- tragt hatte. Dieses Vorgehen erscheint insofern entbehrlich, als eine alternierende Obhut bei einem Wegzug der Gesuchsgegnerin nach G. _____ (Uruguay) ohnehin nicht umsetzbar wäre. Die einzig entscheidende Frage ist, wo die Kinder unter der Hypothese des Wegzugs besser aufgehoben sind. Dabei spielen die für die Ob- hutszuteilung massgebenden Kriterien eine wesentliche Rolle (BGE 142 III 481 E. 2.7; 142 III 498 E. 4.4.; 142 III 502 E. 2.5); die

Ausgangslage ist dennoch eine andere. Die Vorinstanz erlaubte den Wegzug "nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist" (vgl. Urk. 108 Dispositiv-Ziff. 3 des Urteils). Der von ihr bis zum Wegzug erlassenen Betreuungsregelung kam damit der Charakter einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer der Rechtsmittelfrist sowie eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens zu. Es wird darauf zurückzukommen sein (vgl. E. IV). 2. a) Das bisherige Betreuungsmodell bildet bei der Wegzugsfrage den Ausgangspunkt der Überlegungen (BGE 142 III 481 E. 2.7; BGer 5A_637/2022 vom

E. 9

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 7'500 festgesetzt. Die Dolmetscherkosten betragen CHF 817.50.

E. 10

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet.

E. 11

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 12

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 76 -

E. 13

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG Zürich, 30. Oktober 2024
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw D. Frangi
versandt am: jo

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