

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 5. September 2019

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter, Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ergänzung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 11. Juli 2019 (FP190013-F)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Gesuchstellerin die Zustimmung zu erteilen, den Aufenthaltsort des Kindes C._____, geboren am tt. mm.2016, bereits während der Dauer des Verfahrens nach Grossbritannien zu verlegen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Gesuchsgegners."

Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 11. Juli 2019:

1. Das Gesuch der Klägerin um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die weiteren prozessleitenden Anordnungen in der Hauptsache erfolgen mit separater Verfügung.
3. Über die Prozesskosten dieses Begehrens wird mit der Hauptsache entschieden.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils [recte: der Verfügung] der Vorinstanz (Ablehnung Zustimmung Aufenthaltswechsel) sei aufzuheben,
es sei der Berufungsklägerin die Zustimmung zu erteilen, den Aufenthaltsort des Kindes C._____, geboren am tt.mm.2016, bereits während der Dauer des Verfahrens nach Grossbritannien zu verlegen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Gemäss den unbestrittenen Erwägungen der angefochtenen Verfügung wurden die Parteien vom Family Court at South West Divorce Unit, Southampton, Hampshire (Grossbritannien), per 3. Dezember 2018 geschieden; sie haben einen gemeinsamen Sohn, geboren am tt.mm.2016 (Urk. 2 S. 2). Ende 2018 klagte der Sohn, vertreten durch die Klägerin, beim Bezirksgericht Horgen gegen den Beklagten auf Zahlung von Unterhalt (Verfahren FK180015-F); die vom Beklagten am 1. April 2019 gegen die in jenem Verfahren ergangene Verfügung vom 6. März 2019 erhobene Berufung ist derzeit bei der Kammer hängig (Berufungsverfahren LZ190010-O). Am 1. Juli 2019 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) das eingangs aufgeführte Massnahmebegehren (Vi-Urk. 4/1 S. 2). Nach Abklärungen der Vorinstanz mit dem Ergebnis, dass es sich bei diesem Begehren nicht um eine Erweiterung des Unterhaltsverfahrens FK180015-F handle (Vi-Urk. 4/4), und klägerischer Einreichung der Hauptklage auf Ergänzung des britischen Scheidungsurteils (Zustimmung zur Verlegung des Aufenthaltsorts des Sohnes nach Grossbritannien, je hälftige Teilung der während der Ehe angesparten Vorsorgeguthaben; Vi-Urk. 1) wies die Vorinstanz das Massnahmegesuch mit Verfügung vom 11. Juli 2019 ab (Vi-Urk. 5 = Urk. 2; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen erhob die Klägerin am 29. Juli 2019 fristgerecht (Urk. 6/1) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Berufungsanträgen (Urk. 1 S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Am 6. August 2019 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (Urk. 5). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten un-

richtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen. Dabei ist es aufgrund der umfassenden Prüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. dazu BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36).

b) Die Vorinstanz erwog – nach Bejahung ihrer Zuständigkeit (im Berufungsverfahren nicht umstritten) – im Wesentlichen, im Verfahren FK180005-F [recte: FK180015-F] seien bei ihr bereits Kinderbelange rechtshängig. Aufgrund der Abhängigkeit der Regelungen der Obhut, der Betreuung und der Unterhaltszahlungen erscheine es mit Blick auf das Kindeswohl zwingend, dass ein einziges Gericht in allen Kinderbelangen entscheide und ein einheitlicher Entscheid gefällt werde. Damit erscheine fraglich, ob auf die Begehren der Klägerin überhaupt eingetreten werden könne oder ob diese, entgegen dem ausdrücklichen Begehren der Klägerin, im hängigen Verfahren FK180015-F hätten gestellt werden müssen. Dies könne jedoch offen gelassen werden, da das Massnahmebegehren der Klägerin ohnehin wegen fehlender Dringlichkeit abzuweisen sei. Die vorgebrachten Gründe des Stellenwechsels und der Kündigung der Wohnung per Ende September 2019 würden keine Dringlichkeit begründen. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei erst per 31. Oktober 2019 aufgelöst worden und sie könne sich in dieser Zeit eine neue Stelle suchen. Ihre Wohnung habe die Klägerin sodann von sich aus gekündigt; selbst geschaffene Fakten könnten jedoch keine Dringlichkeit begründen (Urk. 2 S. 3-6).

c) Die Klägerin macht in ihrer Berufung im Wesentlichen geltend, entgegen den Zweifeln der Vorinstanz sei auf den Antrag auf Zustimmung zur Verlegung des Aufenthaltsorts einzutreten. Sie sei in diesem Verfahren aktivlegitimiert. Dieser Antrag habe mit dem Verfahren FK180015-F nichts zu tun; die Bestimmung des Aufenthalts sei mit dem Unterhaltsanspruch nicht identisch, sodass zwei verschiedene Streitgegenstände vorliegen würden. Zudem könne durch den

unterschiedlichen Kläger im Verfahren FK180015-F keine Blockadewirkung der Rechtshängigkeit eintreten und es könne auf das vorliegende Gesuch nicht wegen bestehender Rechtshängigkeit nicht eingetreten werden. Letzteres würde identische Streitgegenstände identischer Parteien voraussetzen. Daran scheitere es vorliegend und auf den Antrag sei einzutreten. Sodann liege entgegen der Vorinstanz auch die zeitliche Dringlichkeit vor. Gestützt auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit sei sie (die Klägerin) berechtigt, jederzeit den Wohnsitz zu wechseln und den Zeitpunkt dafür zu bestimmen; die Gründe hierfür spielten keine Rolle. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 142 III 481) hätte die Vorinstanz den Wohnsitzwechsel als solchen nicht hinterfragen dürfen, sondern von diesem ausgehen und nur prüfen müssen, ob das Kindeswohl besser gewahrt sei, wenn das Kind mit der Klägerin wegziehe oder wenn es sich beim zurückbleibenden Beklagten aufhalte. Vorliegend erscheine das Kindeswohl bei einem Verbleib des Sohnes bei der Klägerin besser gewahrt (Urk. 1 S. 2 ff.).

d) Wenn bei Uneinigkeit der Eltern das Gericht über einen Wechsel des Aufenthaltsorts von Kindern zu entscheiden hat (vorliegend gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB), so hat dieses Gericht zwingend auch die Regelung betreffend elterliche Sorge, Obhut, persönlichen Verkehr und Unterhalt zu beurteilen (Art. 301a Abs. 5 ZGB; vgl. BGE 142 III 481 E. 2.8 S. 495: "Materiell bildet die Regelung im Sinn von Art. 301a Abs. 5 ZGB einen notwendigen Bestandteil des Entscheides über den Wegzug"; BGE 142 III 502 E. 2.6 S. 512 f.; vgl. auch *OG ZH LZ190008 vom 27. Juni 2019, E. II/B/2.2* für den Fall der Kompetenzattraktion des mit dem Unterhalt befassten Gerichts). Über die von der Klägerin verlangte Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Sohnes kann damit nicht isoliert – ohne gleichzeitigen Entscheid über die weiteren Kinderbelange – entschieden werden.

Die vorinstanzliche Erwägung, dass im hängigen Verfahren FK180015-F neben dem Unterhalt auch noch Kinderbelange zu regeln seien (Urk. 2 S. 3 f. E. 7), ist berufsungsweise nicht beanstandet worden. In jenem Verfahren ist sodann betreffend den Kindesunterhalt zwar der Sohn der Parteien (der im vorliegenden Verfahren nicht Partei ist) als Kläger aufgetreten, betreffend die weiteren

Kinderbelange kommt jedoch der Klägerin Parteistellung zu (unabhängig davon, ob dies auch im Rubrum zum Ausdruck kommt). Damit kommt der Klägerin sowohl im vorliegenden Verfahren wie auch im Verfahren FK180015-F Parteistellung zu.

Mit dem vorinstanzlichen Verfahren FK180015-F war sodann im Zeitpunkt des angefochtenen Massnahmeentscheids hinsichtlich der – zwingend mit dem Wegzug zu regelnden – Kinderbelange bereits ein Gerichtsverfahren rechtshängig. Die Klägerin erklärte jedoch ausdrücklich, dass der Aufenthaltswechsel nicht im Verfahren FK180015-F zu behandeln sei (Vi-Urk. 4/4). Und eine Kompetenzattraktion der Kinderbelange des Verfahrens FK180015-F in das vorliegende Verfahren kam schon deshalb nicht in Betracht, weil bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Massnahmegesuchs bei der Vorinstanz am 2. Juli 2019 (Vi-Urk. 4/1) die Verfahrensherrschaft bezüglich des Verfahrens FK180015-F nicht mehr bei der Vorinstanz, sondern bei der Berufungsinstanz lag (Berufungseinreichung am 1. April 2019; Urk. 1 des Berufungsverfahrens LZ190010-O). Die Vorinstanz konnte damit nicht isoliert über die vorsorgliche Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes entscheiden.

Im mit heutigem Datum entschiedenen Berufungsverfahren LZ190010-O wird zwar auf die Unterhaltsklage nicht eingetreten, womit das vorinstanzliche Verfahren FK180015-F (samt der Kompetenzattraktion bezüglich der Kinderbelange) dahinfällt. Eine Kompetenzattraktion für die mit dem Aufenthaltswechsel zwingend zusammen zu entscheidenden Kinderbelange zugunsten des vorliegenden Berufungsverfahrens kann allerdings nicht stattfinden, denn für diese Kinderbelange liegt kein vorinstanzlicher Entscheid vor und sie bilden damit nicht Thema des Berufungsverfahrens.

e) Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz das Massnahmegesuch der Klägerin im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen und die dagegen gerichtete Berufung abzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

f) Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass mit dem Entscheid im Berufungsverfahren LZ190010-O wie gesagt das vorinstanzliche Verfahren FK180015-F dahinfällt. Damit steht einer Kompetenzattraktion der Kinderbelange in das vorliegende vorinstanzliche Verfahren FP190013-F nichts mehr im Wege.

3. a) Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, dem Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 11. Juli 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 5, 6 und 7/1-3, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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, 5. September 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
mc