

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ220042-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 30. Januar 2023

in Sachen

A. _____,

Klägerin 1 und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG et dipl. Masch. Ing. HTL X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin 2 und Berufungsbeklagte 1

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter 2

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen die Verfügung 3 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 27. September 2022 (FK220012-L)

Erwägungen:

1.1. Die Klägerin 1 und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin 1) und der Beklagte und Berufungsbeklagte 2 (fortan: Beklagter) sind die unverheirateten Eltern der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten 1 (fortan: Klägerin 2).

1.2. Mit Eingabe vom 1. Februar 2022 beantragten die Klägerinnen bei der Vorinstanz den Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend Unterhalt und weitere Kinderbelange (Urk. 1). Der weitere Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 99 S. 7 f.). Am 27. September 2022 verfügte die Vorinstanz (unter anderem) wie folgt (Urk. 78 S. 7 f. = Urk. 99 S. 7 f. [unbegründet]; Urk. 90 S. 30 f. = Urk. 99A S. 30 f. [begründet]):

1. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass das Gericht einstweilen während der Rechtshängigkeit der Hauptklage und bis zur Klärung der Frage, wem die elterliche Sorge über die Klägerin 2 zukommt, davon ausgeht, dass die elterliche Sorge der Klägerin 1 und dem Beklagten gemeinsam zukommt, so dass insbesondere ein Wechsel des Aufenthaltsortes der Klägerin 2 im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB die Zustimmung beider Elternteile oder einer Entscheidung durch das Gericht oder die Kindesschutzbehörde bedarf.
2. Der Klägerin 1 und dem Beklagten wird je mit sofortiger Wirkung verboten, ohne Zustimmung des anderen Elternteils oder einer Entscheidung durch das Gericht oder die Kindesschutzbehörde den Aufenthaltsort der Klägerin 2 im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB zu wechseln, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle.
3. Im Übrigen werden die Rechtsbegehren des Beklagten gemäss seiner Eingabe vom 10. Mai 2022 (act. 42 S. 2) abgewiesen.
4. (Schriftliche Mitteilung)
5. (Rechtsmittelbelehrung)

1.3. Hiergegen erhob die Klägerin 1 mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 rechtzeitig (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Art. 142 Abs. 3 ZPO sowie Urk. 91) Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 98 S. 1):

- "1. Es seien Ziffer 1 - 2 der Verfügung 3 ersatzlos aufzuheben und es sei festzustellen, dass das elterliche Sorgerecht während der Rechtshängigkeit der Hauptklage alleine der Klägerin 1 zusteht.
2. Der Beklagte sei zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren zu verpflichten.

Eventualiter, für den Fall, dass dem Antrag gemäss Ziff. 2 nicht stattgegeben wird, sei der Klägerin 1 URP zu gewähren und den Unterzeichnenden als deren Rechtsvertreter einzusetzen.

3. Der Beklagte sei zu einer angemessenen Parteientschädigung zu verpflichten.
4. Ansonsten alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten C._____."

1.4. Mit E-Mail vom 3. Januar 2023 wandte sich die Klägerin 1 an die beschliessende Kammer, in welcher sie im Wesentlichen ihre aktuelle Situation schilderte (Urk. 101). Mit Schreiben vom 5. Januar 2023 wurde die Klägerin 1 darauf hingewiesen, dass Eingaben per E-Mail aufgrund der Vorgaben gemäss Art. 130 ZPO nicht berücksichtigt werden könnten (Urk. 103). Daraufhin legte die Klägerin 1 mit Eingabe vom 9. Januar 2023 im Wesentlichen nochmals ihre aktuelle Situation dar (Urk. 104).

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-97). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich unzulässig erweist, erübrigt sich das Einholen von Berufungsantworten (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die angefochtene Verfügung, vorliegend sei unklar und strittig, wem die elterliche Sorge über die Klägerin 2 zukomme. Gemäss Art. 16 Abs. 3 HKsÜ i.V.m. Art. 20 HKsÜ sei davon auszugehen, dass sich an der elterlichen Sorge, wie sie in Singapur gegolten habe, beim Umzug der Parteien in die Schweiz grundsätzlich nichts geändert habe. Der Beklagte habe sich dahingehend geäussert, dass er und die Klägerin 1 in Singapur betreffend die elterliche Verantwortung keine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen hätten und diesbezüglich auch kein gerichtlicher oder behördlicher Entscheid ergangen sei (mit Verweis auf Urk. 45 und Urk. 51). Auch die Klägerin 1 habe sich nicht gegenteilig geäussert (mit Verweis auf Urk. 55). Prima vista gelte in Singapur betreffend die elterliche Sorge unverheirateter Eltern das Gleiche wie bei verheirateten Eltern, was eine gemeinsame elterliche Sorge nahelegen würde. Auch Art. 3 des Guardianship of Infants Act 1934 weise in diese Richtung, indem er festhalte, dass weder dem Vater noch der Mutter eines Kindes ein besseres Recht bezüglich der elterlichen Sorge zukomme. Diesfalls würde die Klägerin 2 auch nach dem Umzug in die Schweiz unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Klägerin 1 und des Beklagten stehen, womit insbesondere auch Art. 301a

ZGB zur Anwendung gelangen würde. Die vertiefte Abklärung des singapurischen Rechts würde die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens übergebürlich verlängern und einen schnellen Entscheid verunmöglichen. Diese sei daher dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten. Die Parteien seien jedoch darauf hinzuweisen, dass das Gericht einstweilen während der Rechtshängigkeit der Hauptklage und bis zur abschliessenden Klärung der Frage, wem die elterliche Sorge über die Klägerin 2 zukomme, davon ausgehe, dass die elterliche Sorge der Klägerin 1 und dem Beklagten gemeinsam zukomme, so dass insbesondere ein Wechsel des Aufenthaltsortes der Klägerin 2 im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB der Zustimmung beider Elternteile oder einer Entscheidung durch das Gericht oder die Kinderschutzbehörde bedürfe. Infolgedessen könne die Klägerin 1 nicht gutgläubig davon ausgehen, die alleinige elterliche Sorge über die Klägerin 2 zu haben und den Aufenthaltsort der Klägerin 2 ohne Zustimmung des Beklagten oder der zuständigen Behörde ins Ausland verlegen zu dürfen. Gleiches gelte für den Beklagten. Damit würden die Klägerin 1 und der Beklagte den durch Art. 301a Abs. 2 ZGB gewährten Schutz vor der Verlegung des Aufenthaltsortes der Klägerin 2 ins Ausland durch einen Elternteil allein geniessen. Des Weiteren hätten sowohl die Klägerin 1 als auch der Beklagte zu Protokoll gegeben, dass sie die Absicht hätten, ihr Leben weiterhin in der Schweiz zu führen (Prot. I S. 24 und 30). Diese beiden Erklärungen würden glaubhaft erscheinen. Es bestehe jedoch sowohl bei der Klägerin 1, welche erklärt habe, dass sie sich zu Beginn der Trennung durchaus überlegt habe, zu ihrem neuen Partner nach Frankreich zu ziehen (Prot. I S. 24), als auch beim Beklagten, welcher Familie in Deutschland, Immobilien in England und Deutschland sowie mittelfristig oft international wechselnde Arbeitssorte habe, durchaus die Möglichkeit, dass einer der beiden seinen Wohnort ins Ausland verlegen möchte. Da die Klägerin 1 und der Beklagte jeder für sich die alleinige Obhut beantragten (mit Verweis auf Urk. 1 S. 2 und Urk. 17 S. 2), würde der wegziehende Elternteil wohl die Klägerin 2 mitnehmen wollen. Aufgrund der angespannten Situation zwischen der Klägerin 1 und dem Beklagten bestehe durchaus ein gewisses Risiko von Kurzschlusshandlungen bei beiden. Für das Kindeswohl wäre es äusserst schlecht, wenn ein Elternteil ohne Zustimmung des anderen oder der zuständigen Behörde mit der Klägerin 2 ins Ausland ziehen

würde. Zur Bannung dieses Restrisikos sei beiden Elternteilen mit sofortiger Wirkung zu verbieten, ohne Zustimmung des anderen Elternteils oder einer Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde den Aufenthaltsort der Klägerin 2 im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB zu wechseln. Die übrigen Rechtsbegehren des Beklagten in seiner Eingabe vom 10. Mai 2022 (Urk. 42 S. 2) sowie das Rechtsbegehren 6 in seiner Eingabe vom 1. März 2022 (Urk. 17 S. 2 f.) seien hingegen abzuweisen, da die Klägerin 1 glaubhaft zu Protokoll gegeben habe, dass sie mit der Klägerin 2 in der Schweiz bleiben wolle (Prot. I S. 24) und dem bestehenden Restrisiko mit dem ausgesprochenen Verbot genügend begegnet werden könne. Die vom Beklagten weiter beantragten Massnahmen würden damit weder gerechtfertigt noch notwendig erscheinen (Urk. 99A S. 9 ff.).

3.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (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 die Berufungsklägerin die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, 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 blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). 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 be-

schränken, 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; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5).

3.2. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift nicht. Darin macht die Klägerin 1 lediglich Ausführungen zu ihrem Rechtsmittelantrag Ziff. 2. Hingegen setzt sie sich mit keinem Wort mit den Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (Urk. 99 S. 9 ff.) auseinander, da sie der Ansicht ist, grundsätzlich bedürfe die Berufungserklärung keiner Begründung (Urk. 98 S. 2). Damit genügt die Klägerin 1 ihrer Begründungsobliegenheit (vgl. oben Ziff. 3.1) offenkundig nicht, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

4. Die Klägerin 1 ersucht um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltlicher Rechtsverteidigung) für das zweitinstanzliche Verfahren (Urk. 98 S. 1). Diese Anträge sind jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

5.1. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss der Klägerin 1 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin 1 zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Klägerin 2 und dem Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Klägerin 1 um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Klägerin 1 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
3. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin 1 auferlegt.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin 1 und den Beklagten je unter Beilage eines Doppels von Urk. 98 und einer Kopie von Urk. 104, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist in das Verfahren RZ220011-O.

8. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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. Januar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
Im