

Tribunal fédéral – 5A_555/2023

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 17 août 2023 (d)

Mesures protectrices

Etranger, autorité parentale, garde des enfants, entretien, revenu hypothétique, procédure

Art. 301a al. 2 let. a CC

Attribution de la garde en cas de déménagement à l'étranger – rappels. Rappel de principes en matière d'attribution de garde dans le cadre de l'application de l'art. 301a al. 2 let. a CC (consid. 5 et 7). Rappel du principe selon lequel les contours du projet de départ doivent être fixés et reposer sur des bases concrètes, bien que les détails exacts ne puissent être exigés par les autorités (consid. 8). Seuls sont pertinents les critères relatifs à la mise en danger directe de l'enfant ou à une menace spécifique et concrète de son bien-être pour guider la décision d'attribution de garde et/ou l'autorisation de déménagement (consid. 3).

Résumé détaillé de l'application concrète par une autorité cantonale supérieure des critères d'attribution de garde en cas de déménagement à l'étranger d'un parent qui exerçait jusqu'alors une garde alternée (consid. 2).

Idem – procédure. Prise en compte par le Tribunal fédéral de faits notoires relatifs à une situation géopolitique, respectivement à la « dangerosité » de la région du déménagement envisagé ; de tels faits ne doivent donc pas être prouvés et ne sont pas touchés par l'interdiction des novae (consid. 3). La mention éphémère du mot arbitraire ne suffit pas à transformer des observations générales appellatoires en griefs d'arbitraire étayés (consid. 3).

Revenu hypothétique – précision. Il n'est pas arbitraire de retenir un revenu hypothétique sans période d'adaptation à un père bénéficiant de l'aide sociale, mais n'ayant pas d'atteinte à la santé connue qui l'empêcherait d'exercer une activité lucrative (consid. 9).

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwalt Urs Keller,
Beschwerdeführer,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt Jan Bächli,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Eheschutz,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 11. Juli 2023 (LE220065-O/U).

Sachverhalt:

A.

Die Parteien sind seit dem 21. April 2018 verheiratet und Eltern des am 1. Januar 2018 geborenen Sohnes C. Die Mutter hat aus einer früheren Beziehung zudem die am 6. Oktober 2014 geborene Tochter D. Mutter und Tochter haben das mexikanische, der Vater das schweizerische und C. beide Bürgerrechte.

Die Parteien lebten spätestens ab 2017 zusammen mit D. in Playa del Carmen (Mexiko). Der Vater vermietete dort über das Online-Portal "Airbnb" Unterkünfte. Die Mutter unterstützte ihn während der Schwangerschaft bei dieser Tätigkeit. Weil die finanziellen Mittel nicht ausreichten, zog sie zusammen mit D. für einige Monate zu ihrem Vater nach Guadalajara (Mexiko). Der Vater reiste für drei Monate in die Schweiz und kam dann auch nach Guadalajara, wo C. zur Welt kam. Anschliessend zog die Familie wieder nach Playa del Carmen, wo die Mutter erneut bei der Wohnungsvermietung mithalf. In der Folge lief das Geschäft aber schlechter und die Parteien entschieden sich deshalb, für ein Jahr in die Schweiz zu reisen, um dort Geld zu verdienen.

Im Mai 2018 reiste der Vater in die Schweiz, im Juni oder Juli folgte die Mutter mit beiden Kindern nach. Es ist unklar, ob der Vater in dieser Zeit erwerbstätig war. Jedenfalls begann die Mutter am 1. Dezember 2018 im Bereich Housekeeping für das Hotel E. zu arbeiten, zwar im Stundenlohn, aber nach eigener Darstellung Vollzeit. Per 1. April 2019 wurde sie beim Hotel E. mit einem 100%-Pensum im Housekeeping angestellt. Ab Dezember 2018 kamen abwechselnd verschiedene Familienmitglieder aus Mexiko in die Schweiz, um C. zu betreuen. Im selben Jahr erzielte der Vater als Aushilfe im Verkauf monatlich im Durchschnitt Fr. 1'652.-- bei der F. AG.

Per Ende März 2020 hatte die Mutter ihre Stelle beim Hotel E. gekündigt, konnte aber in der Folge ihre neue Stelle coronabedingt nicht antreten und war bis August 2021 arbeitslos. Während dieser Zeit betreute sie zur Hauptsache die Kinder. Der Vater verdiente im Jahr 2020 bei der F. AG im Monat durchschnittlich Fr. 2'362.--. Im April 2021 verbrachte die Mutter mit D. einen Monat Urlaub in Mexiko; nach ihrer Darstellung hatte sie für C. eine Fremdbetreuung organisiert und dieser verbrachte lediglich die Nächte beim Vater, während er sich nach eigener Darstellung umfassend um den Sohn gekümmert hat.

Im März 2021 begann der Vater während rund 100 Stunden pro Monat als Kurier zu arbeiten. Ende August 2021 begann die Mutter durchschnittlich 25 Stunden pro Woche als Betriebsangestellte bei der Post zu arbeiten; daneben war sie auch für die G. AG tätig. Gleichzeitig schlossen die Parteien einen Vertrag mit einer Tagesmutter ab; die Betreuung fand deckungsgleich zu den Zeiten statt, während denen die Mutter einer Erwerbsarbeit nachging.

Ab Januar 2022 begann die Mutter im Stundenlohn für die H. zu arbeiten, ab Februar mit einem Pensum von 80 %. Im März 2022 kamen die Mutter und eine Cousine (Grossmutter und Tante von C.), um diesen zu betreuen; nach deren Abreise nahmen die Parteien eine aus der Ukraine geflüchtete Person auf, welche C. bis im Mai 2022 betreute. Die Mutter arbeitete am Flughafen jeweils Frühschicht, sodass sie die Betreuung am Nachmittag übernehmen konnte.

Am 15. Juli 2022 zog der Vater aus der ehelichen Wohnung aus. Die Parteien sind sich nicht einig, wo C. seither wohnt bzw. zu welchen Teilen er von wem betreut wird.

B.

Mit Eheschutzentscheid vom 31. Oktober 2022 beliess das Bezirksgericht Kloten den Sohn C. unter der gemeinsamen elterlichen Sorge und teilte die Obhut den Eltern alternierend mit je hälftigen Anteilen zu (ohne jedoch die Zeiten zu regeln); ferner verpflichtete es die Mutter rückwirkend ab Juli 2022, Fr. 171.-- aufzuwenden, wenn C. sich bei ihr aufhält, und den Vater rückwirkend ab Juli 2022, für C. Fr. 524.-- pro Monat aufzuwenden, wenn er sich bei ihm aufhält, und der Mutter für C. Fr. 288.-- zu bezahlen, wenn er sich bei ihr befindet.

Auf beidseitige Berufung hin stellte das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 11. Juli 2023 den Sohn ab dem Zeitpunkt des Wegzuges nach Playa del Carmen (Mexiko) unter die Obhut der Mutter und bewilligte ihr, dessen Wohnsitz dorthin zu verlegen, unter präziser Regelung der alternierenden Betreuung bis zur Zeit dahin und des persönlichen Verkehrs zwischen Vater und Sohn ab der

Auswanderung (Videotelefonie und Ferien); ferner verpflichtete es die Mutter ab Juli 2022 bis zum Wegzug nach Mexiko zur Tragung der Krankenkassenkosten von C. und zu Kindesunterhalt von Fr. 60.- - bzw. Fr. 50.-- an den Vater und diesen ab dem Wegzug des Kindes zu Kindesunterhalt von Fr. 288.-- an die Mutter.

C.

Mit Beschwerde vom 24. Juli 2023 verlangt der Vater die gemeinsame elterliche Sorge, die alternierende Obhut für C., ein Verbot an die Mutter, mit diesem die Schweiz zu verlassen und ihn mit sich nach Mexiko zu nehmen, die alleinige Obhut über C. mit Wirkung ab dem Wegzug der Mutter nach Mexiko oder ins Ausland, unter Regelung des diesbezüglichen persönlichen Verkehrs (Telefon und Ferien) sowie den Verzicht auf die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, wobei betreuungsunabhängige Kosten wie Krankenkasse und ausserordentliche Kosten durch die Parteien nach Absprache hälftig zu tragen seien. Ferner verlangt er die aufschiebende Wirkung und ein Ausreiseverbot sowie einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.-- bzw. subsidiär die unentgeltliche Rechtspflege.

Präsidialiter wurde am 25. Juli 2023 auf das Prozesskostenvorschussgesuch mangels Zuständigkeit nicht eingetreten, indes superprovisorisch die aufschiebende Wirkung in dem Sinn erteilt, dass der Mutter untersagt wurde, während des bundesgerichtlichen Verfahrens den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland, namentlich nach Playa del Carmen in Mexiko zu verlegen. Weil die Sache sofort spruchreif ist, wurde auf die Einholung von Vernehmlassungen verzichtet; indes wurden die kantonalen Akten beigezogen.

Erwägungen:

1.

Bei Eheschutzsachen handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG (**BGE 133 III 393** E. 5.1; **147 III 81** E. 1.3), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Es gilt somit das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG. Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (**BGE 142 III 364** E. 2.4; **149 III 81** E. 1.3).

2.

Das Obergericht hat sich in seinem über 80-seitigen Entscheid - im Unterschied zum Bezirksgericht - eingehend mit allen Facetten auseinandergesetzt, bei welchem Elternteil C. unter der Hypothese des mütterlichen Wegzuges nach Playa del Carmen in seinem besten Interesse leben sollte. Es ist davon ausgegangen, dass beide Parteien eine Hauptbezugsperson für C. sind. Nach dem Zuzug in die Schweiz habe die Mutter tendenziell mehr gearbeitet (und auch mehr verdient) als der Vater, jedoch für ihre Arbeitszeiten jeweils eine (weitgehend von ihren aus Mexiko angereisten Familienmitgliedern wahrgenommene) Fremdbetreuung organisiert; der Vater sei eher wenig in die Betreuung involviert gewesen. Für die Zeit nach der Trennung ist das Obergericht von einer gelebten alternierenden Obhut ausgegangen. Sodann hat es grundsätzlich beiden Elternteilen umfassend die Erziehungsfähigkeit attestiert. Zum familiären hat das Obergericht festgehalten, dass die Mutter in Playa del Carmen ein breites Beziehungsnetz habe; sie könne auf die Unterstützung durch Familienmitglieder und Bekannte zählen, die aufgrund der Betreuungsaufenthalte in der Schweiz dem Kind auch bereits bekannt seien. Dem Vater stehe dagegen in der Schweiz kein unterstützendes Netz zur Seite; zum Vater (Grossvater des Kindes) bestehe kein Kontakt und die Mutter (Grossmutter des Kindes) sei seit Corona nicht mehr vorbeigekommen, was der Beschwerdeführer damit erklärt habe, dass sie Angst vor einer Ansteckung habe, weil ihr Freund ein Loch in der Lunge aufweise. Zu berücksichtigen sei auch, dass C. seine Halbschwester D. nach deren Rückkehr nach Mexiko im September 2021 schmerzlich vermisst habe; ab August 2022 sei sie zwar mit Zustimmung ihres

Vaters wieder in der Schweiz gewesen, wolle aber in Mexiko leben. Es wäre im Interesse von C., wenn er gemeinsam mit seiner Halbschwester aufwachsen könnte, auch wenn dies kein Hauptkriterium für die Zuteilung sei. Zur wirtschaftlichen Situation hat das Obergericht erwogen, dass die Mutter in der Schweiz sofort Arbeitsstellen gefunden habe und sie nach ihren Aussagen in Mexiko eine gut bezahlte Stelle bei einem Call-Center antreten könnte; sie habe mit der in Baltimore domizilierten Firma "I." einen Vorvertrag geschlossen und könnte als online-Assistentin von Playa del Carmen aus arbeiten. Es würde ihr eine Nanny zur Seite stehen und sie wolle in einer "gated community" wohnen, wie dies die Familie schon vor dem Wegzug in die Schweiz getan habe. Demgegenüber habe der Vater Schulden von mehr als einer halben Million Franken, sei betrieblen und gepfändet worden, zur Zeit arbeitslos und werde von der Sozialhilfe unterstützt. Er plane offenbar nicht, sich eine neue Stelle zu suchen, weshalb seine Hinweise auf den hohen Lebensstandard in der Schweiz an der Sache vorbeigingen. Zwar könnte er C. selbst betreuen, aber dieser sei schon früh zu grossen Teilen fremdbetreut worden und es seien keine spezifischen Bedürfnisse nach Eigenbetreuung ausgewiesen. Zum sozialen Umfeld sowie den schulischen und gesundheitlichen Bedürfnissen hat das Obergericht in Erwägung gezogen, dass C. nunmehr in der Schweiz verwurzelt sei, aber mit Blick auf sein noch junges Alter davon ausgegangen werden könne, dass er sich in Playa del Carmen rasch einleben würde. Die Mutter spreche mit ihm seit jeher spanisch und er gehe in der Schweiz in eine Kindergartenklasse für fremdsprachige Kinder. Er leide an einer Sprachentwicklungsstörung und besuche in der Schweiz die Logopädie. Die Mutter habe in Playa del Carmen mit der Sonderpädagogin J. einen Vorvertrag abgeschlossen. Die Halbschwester D. besuche in Playa del Carmen die angesehene Privatschule "K." und die Mutter habe für C. in dieser Schule einen Vorvertrag abgeschlossen; die dortige Beschulung erfolge in Spanisch und Englisch. Schliesslich hat das Obergericht zum Vorbringen des Vaters, C. wolle in der Schweiz bleiben, festgehalten, dass er fünf Jahre alt und damit zu jung für eine Anhörung sei, zumal nicht davon ausgegangen werden könne, dass er die Tragweite eines Wegzuges nach Mexiko oder eines Verbleibs in der Schweiz abschätzen könne. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung hat das Obergericht befunden, die Einsatzbereitschaft, das familiäre Umfeld und die wirtschaftliche Situation sprächen für einen Wegzug von C. mit seiner Mutter, während die Sicherheit, die Stabilität der Verhältnisse und das soziale Umfeld eher für einen Verbleib in der Schweiz sprächen, indes von geringerer Relevanz seien. Die bisherige und die zukünftige Betreuungssituation, die Erziehungsfähigkeit der Parteien, die gesundheitlichen Bedürfnisse, die Beschulung, das Alter und die Wünsche von C. seien neutral zu gewichten. Mit Blick auf dessen Alter seien die personengebundenen Kriterien (Einsatzbereitschaft eines Elternteils und familiäres Umfeld) stärker als die übrigen Kriterien zu gewichten. Insgesamt würden die Gründe überwiegen, die Obhut über C. der Mutter zuzuweisen und ihr zu bewilligen, den Aufenthaltsort des Kindes nach Playa del Carmen zu verlegen.

3.

Vorab zu seinen eigentlichen Rügen macht der Beschwerdeführer allgemeine Gefahren für das Kind in Mexiko geltend. Weil dies Tatfragen betrifft, müsste eine diesbezügliche willkürliche Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid dargetan werden. **Indem sich der Beschwerdeführer auf appellatorische Ausführungen beschränkt - die ephemere Erwähnung des Wortes Willkür reicht nicht aus, um die allgemeinen Ausführungen zu substantiierten Willkürrügen zu machen - können diese im Prinzip nicht gehört werden. Dennoch sei, zumal es im Wesentlichen um Notorietäten geht, welche an sich nicht zu beweisen und auch vom Novenverbot ausgenommen sind (vgl. Art. 151 ZPO; Urteil 9C_131/2021 vom 24. November 2021 E. 2 m.w.H.), das Folgende festgehalten:**

Playa del Carmen ist ein boomender Ort zwischen Cancún und Tulum an der im Bundesstaat Quintana Roo gelegenen Riviera Maya, die sehr touristisch ist. Die Reisehinweise des EDA für Mexiko, auf welche der Beschwerdeführer verweist, erwähnen für Quintana Roo, dass am 5. Oktober 2021 (Cancún), am 20. Oktober 2021 (Tulum) und am 21. Januar 2022 (Playa del Carmen) Touristen in gewaltsame Auseinandersetzungen zwischen Drogenbanden geraten sind. Dabei darf als gerichtsnotorisch gelten, dass es in Quintana Roo nicht um Drogenrouten, sondern darum geht, dass Touristen nach Drogen

nachfragen und verschiedene Banden diesbezüglich Revierkämpfe austragen. Dem ist entgegenzustellen, dass in Quintana Roo knapp 2 Mio. Einwohner leben, davon rund ¼ Mio. in Playa del Carmen, und jährlich Millionen von Urlaubern dort ihre Ferien verbringen. **Eine unmittelbare Gefährdung des Kindes, indem dieses in einen Schusswechsel zwischen Banden geraten könnte, ist extrem unwahrscheinlich. Ebenfalls stellen die vom Beschwerdeführer angeführten Überfälle, Autodiebstähle, Strassenunfälle etc. keine spezifische und konkrete Gefährdung des Kindeswohls dar.** Die Parteien hatten in einer "gated community" gewohnt, wie sie in Playa del Carmen typisch anzutreffen ist, und die Mutter will auch in Zukunft wieder so wohnen. Was die bemängelte medizinische Versorgung anbelangt, ist gerade die Riviera Maya aufgrund des boomenden Tourismus relativ gut versorgt; dass es nebst Playa del Carmen insbesondere im rund 40 km entfernten Cancún zahlreiche Krankenhäuser mit westlichem Standard gibt, hält der Beschwerdeführer selbst fest. Was die Befürchtungen rund um Vulkane und Erdbeben anbelangt, dokumentiert der Beschwerdeführer durch seine eigenen Aufzählung (Popocatépetl, 60 km südlich der Hauptstadt, und Colima, 140 südlich von Guadalajara) selbst, dass er den zum sog. Pazifischen Feuerring gehörenden mexikanischen Vulkangürtel anspricht. Die Riviera Maya ist von diesen Vulkanen ca. 1000 km entfernt und die Yucatán-Halbinsel, auf welcher Quintana Roo liegt, weist im Unterschied zur pazifischen Küste keine tektonischen Probleme auf. Wenn der Beschwerdeführer schliesslich auf Berichte verweist, wonach in schulischen Belangen die Infrastruktur fehle, so beziehen sich die Ausführungen im Bericht nach seiner eigenen Darstellung auf ländliche Gegenden, mit welchem Playa del Carmen nichts gemeinsam hat. Dem allem ist anzufügen, dass der Beschwerdeführer offenkundig kein Problem darin sah, in Playa del Carmen ein Kind zu zeugen und mit seiner Familie dort zu leben. Es waren einzig finanzielle Probleme, welche die Familie bewogen, für ein Jahr in die Schweiz zu ziehen, um hier Geld zu verdienen; der Beschwerdeführer hat nie bestritten, dass es dem Familienplan entsprach, danach wieder nach Playa del Carmen zurückzukehren.

4.

In formeller Hinsicht bringt der Beschwerdeführer vor, das Obergericht habe sein rechtliches Gehör verletzt (Rz. 32), in Verletzung von Art. 316 ZPO weder eine mündliche Verhandlung noch einen zweiten Schriftenwechsel durchgeführt (Rz. 33) und in Verletzung von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO einen reformatorischen Entscheid gefällt (Rz. 34).

Die Mutter hatte bereits im erstinstanzlichen Verfahren die Genehmigung der Auswanderung des Kindes nach Mexiko verlangt (Rechtsbegehren Ziff. 6 des Eheschutzgesuches, vgl. angefochtener Entscheid S. 3), so dass die Auswanderungsfrage nicht erst im zweitinstanzlichen Verfahren ein Thema war. Dass das Bezirksgericht - in Verletzung von Art. 301a ZGB (dazu E. 5) - die Auswanderungsfrage gewissermassen beiseite geschoben und sich einfach auf den Standpunkt gestellt hat, eine alternierende Obhut in der Schweiz sei das Beste für C., führt nicht dazu, dass das Obergericht die spezifische Streitfrage nicht hätte entscheiden dürfen, sondern die Angelegenheit an das Bezirksgericht hätte zurückweisen müssen. Im Übrigen hatte im Rechtsmittelverfahren keine Partei eine Anhörung oder einen zweiten Schriftenwechsel verlangt (vgl. Berufungsanträge, angefochtener Entscheid S. 7 ff.). Inwiefern Verfassungsverletzungen vorliegen sollen, wenn das Obergericht angesichts des umfassenden erstinstanzlichen Aktenmaterials und der beidseitig eingereichten Berufungsschriften und jeweiligen Berufungsantworten die Sache als spruchreif angesehen hat, wird (mit den im Übrigen weitestgehend appellatorischen) Ausführungen nicht dargetan.

5.

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, der angefochtene Entscheid sei widersprüchlich und willkürlich, da ihm gerade das Aufenthaltsbestimmungsrecht zukomme, welches ihm rechtlich nicht entzogen werden dürfe (Rz. 29), und es gehe im Eheschutz doch um die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes (Rz. 35), verkennt er die im Zusammenhang mit Art. 301a ZGB massgebliche Fragestellung und das spezifische Prüfungsprogramm:

Beim Erlass von Art. 301a ZGB hat der Gesetzgeber bewusst die Wertung getroffen (zur Entstehungsgeschichte vgl. BGE 142 III 481 E. 2.4), dass im Kontext mit einem

Auswanderungswunsch eines Elternteils die Niederlassungsfreiheit zu respektieren ist (BGE 142 III 481 E. 2.5). Deshalb darf nach der elterlichen Trennung nicht einfach der bestehende Zustand perpetuiert werden und lautet die Fragestellung auch nicht, ob es für das Kind am vorteilhaftesten wäre, wenn beide Elternteile im Inland verbleiben würden, sondern hat das Gericht vielmehr unter der Prämisse des Wegzuges des einen Elternteils die Frage zu entscheiden, ob das Wohl des Kindes besser gewahrt ist, wenn es mit dem auswanderungswilligen Elternteil wegzieht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, wobei dies unter Berücksichtigung der auf Art. 301a Abs. 5 ZGB gestützten Anpassung der Kindesbelange an die bevorstehende Situation zu beantworten ist (BGE 142 III 481 E. 2.6). Die relevanten Kriterien bei der Wegzugsentscheidung und damit verbunden bei der Obhutazuteilung sind vorab die persönliche Beziehung zwischen dem Kind und den Elternteilen, deren erzieherischen Fähigkeiten und die Bereitschaft, das Kind in eigener Obhut zu haben; soweit das Kind bislang alternierend betreut worden ist und beide Teile weiterhin willens und in der Lage sind, persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzeptes für das Kind zu sorgen, werden weitere Kriterien zentral wie das familiäre und wirtschaftliche Umfeld, die Stabilität der Verhältnisse, die Sprache und Schulung, die gesundheitlichen Bedürfnisse sowie bei älteren Kindern auch deren eigene Wünsche (BGE 142 III 481 E. 2.7).

6.

Das an verschiedenen Stellen (teils formal als Willkürzüge, teils appellatorisch) wiederholte Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er stets die Hauptbetreuungsperson des Kindes gewesen sei, da die Mutter meist vollzeitig gearbeitet habe, während er einem Teilzeitpensum nachgegangen sei und ab Mai 2022 gänzlich im Homeoffice gearbeitet habe, widerspricht dem beweismässig festgestellten Sachverhalt, ohne dass hinreichend substantiierte Willkürzügen erfolgen würden:

Dass der Beschwerdeführer für das Kind ebenfalls präsent war und ist, hat das Obergericht nicht in Abrede gestellt, ging es doch davon aus, dass beide Elternteile Hauptbezugspersonen des Kindes (gewesen) seien. Indes hatte die Mutter für die Zeiten ihrer Arbeitstätigkeit jeweils eine Drittbetreuung organisiert, welche meist von ihren aus Mexiko angereisten Familienmitgliedern, teils aber auch von einer aus der Ukraine geflüchteten Person oder einer Tagesmutter wahrgenommen wurde, deren Betreuungszeiten im Übrigen mit den Arbeitszeiten der Mutter deckungsgleich waren. Sodann hat das Obergericht festgehalten, dass es offenbar auch der Ansicht des Vaters entsprochen habe, nicht gross in die Kinderbetreuung involviert zu werden; so habe er 2019 geschrieben: "I told you from the beginning you should stay with the kids and only I work."

Vor diesem Hintergrund ist keine Willkür ersichtlich, wenn das Obergericht nicht der Darstellung des Vaters gefolgt ist, wonach er angeblich zur Hauptsache die Betreuung des Kindes übernommen habe. Was die Zeit nach der Trennung anbelangt, blieb gemäss den obergerichtlichen Feststellungen umstritten, wer C. genau wie viel betreut bzw. bei wem er wann übernachtet hat; wenn der Beschwerdeführer diesbezüglich bloss seine vor Obergericht gemachten und im angefochtenen Urteil als Parteistandpunkt festgehaltenen Ausführungen vor Obergericht wiederholt (Rz. 43), vermag er keine Willkür aufzuzeigen.

Nichts zur Sache tun sodann die (ohnehin appellatorischen) Ausführungen, wonach er ein guter und geduldiger Vater sei (Rz. 41); das Obergericht hat nichts anderes festgestellt und beiden Elternteilen umfassend die Erziehungsfähigkeit attestiert. Insgesamt geht es aber nicht nur um die Erziehungsfähigkeit und die Frage, ob der Beschwerdeführer ebenfalls gut zum Kind schauen könnte, sondern darum, ob das Obergericht bei der Sachverhaltsfeststellung und der Gewichtung der relevanten Kriterien für die Genehmigung der Auswanderung und der damit verbundenen Obhutazuteilung in Willkür verfallen ist.

7.

In rechtlicher Hinsicht sieht der Beschwerdeführer das Willkürverbot primär dahingehend verletzt, dass er C. in der Schweiz vollzeitig selbst betreuen könnte, während die Mutter in Mexiko einem

Vollzeiterwerb nachgehen wolle und auf Fremdbetreuung angewiesen wäre. Willkür ist in diesem Kontext allerdings nicht erkennbar:

Während des Zusammenlebens haben die Eltern das Kind während den Arbeitszeiten der Mutter fremdbetreuen lassen. **Die Eigen- und die Fremdbetreuung sind grundsätzlich als gleichwertig zu betrachten (Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zu einer Änderung des ZGB [Kindesunterhalt], BBl 2014 552 und 575; BGE 144 III 481 E. 4.4, 4.6 und 4.7.1) und der von den Eltern diesbezüglich gemeinsam getroffene Entscheid ist im Rahmen der Elternautonomie zu respektieren und nicht durch eine abweichende richterliche Wertung zu substituieren (BGE 144 III 481 E. 4.5). Das bedeutet aber gleichzeitig auch, dass sich die Eltern auf ihrer gemeinsamen Entscheidung behaften lassen müssen und nicht ein Elternteil im Zuge der Trennung plötzlich die Eigenbetreuung für sich in Anspruch nehmen kann (BGE 144 III 481 E. 4.5).**

Im Übrigen hat das Obergericht zu Recht auf die Anstrengungspflicht im Zusammenhang mit der Bestreitung des Kindesunterhaltes verwiesen; grundsätzlich ist ein unterhaltspflichtiger Elternteil diesbezüglich zur vollen Ausschöpfung seiner Erwerbskraft verpflichtet (BGE 137 III 118 E. 2.3 und 3.1; 144 III 481 E. 4.7.7; 147 III 265 E. 7.4) und es liegt nicht im Interesse eines Kindes, zugunsten einer Eigenbetreuung dauerhaft in Sozialhilfeabhängigkeit oder jedenfalls am Rand des Existenzminimums aufzuwachsen (BGE 144 III 481 E. 4.7.7). Während die Mutter sich in der ihr fremden Schweiz sofort im Arbeitsmarkt zu integrieren wusste und sie in Mexiko eine - aufgrund einer Anstellung bei einer amerikanischen Firma, wobei sie die Arbeit von Playa del Carmen aus erledigen könnte, weshalb die (ohnehin weitgehend appellatorischen) Vorbringen, mit einer Arbeit in einem mexikanischen Call-Center lasse sich bekanntermassen kaum Geld verdienen (Rz. 50) und die Mutter werde deshalb auch kein Geld für Logopädie, Privatkliniken oder eine Privatschule haben (Rz. 53 f.), an der Sache vorbeigehen - für mexikanische Verhältnisse überdurchschnittlich gut bezahlte Arbeit in Aussicht hat, will der Vater in der Schweiz weiterhin von der Sozialhilfe leben und höchstens Gelegenheitsjobs nachgehen, weil er fürchtet, ansonsten von seinen Gläubigern belangt zu werden. All dies lässt es nicht als willkürlich erscheinen, wenn das Obergericht die wirtschaftlichen Faktoren zugunsten einer Auswanderung und der damit verbundenen Obhutszuteilung an die Mutter gewertet hat.

8.

Die Behauptung, das Kind wolle weiterhin in der Schweiz bleiben (Rz. 55), erfolgt in rein appellatorischer Form; ausserdem setzt sich der Beschwerdeführer nicht mit der obergerichtlichen Erwägung auseinander, dass es sich angesichts seines Alters noch nicht gar keine tragfähige Meinung zur Frage bilden könnte, ob ein Wegzug oder ein Verbleib langfristig besser wäre. Mangels Verfassungsgrügen ist hierauf nicht weiter einzugehen.

Insgesamt ergibt sich in Bezug auf die Wegzugsfrage, dass - soweit die Beschwerdevorbringen nicht ohnehin appellatorisch bleiben - im Zusammenhang mit den minutiösen oberinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen und den das einschlägige Prüfungsprogramm beachtenden ausführlichen Erwägungen keine Verfassungsverletzungen auszumachen und noch weniger solche dargelegt sind.

Dem ist anzufügen, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vom auswanderungswilligen Elternteil selbstredend nicht Details wie genaue Wohnadresse etc. verlangt werden können, weil er für die Umsetzung seiner Pläne auf den bewilligenden Gerichtsentscheid angewiesen ist, dass aber die Konturen des Wegzuges feststehen müssen, weil der Gerichtsentscheid, mit welchem die Zustimmung des anderen Elternteils substituiert werden soll, auf konkreten Grundlagen fussen muss (BGE 142 III 481 E. 2.8). Dies ist vorliegend der Fall und die Mutter hat mit den aktenkundigen Vorverträgen betreffend Arbeit, Schule und Logopädie alles getan, was von ihr während des bis zur Genehmigung der Auswanderung bestehenden Schwebezustandes erwartet werden konnte, um für sich und C. eine tragfähige Basis für das zukünftige Leben in Playa del Carmen zu garantieren.

9.

Strittig ist ferner der Kindesunterhalt, sowohl für die Zeit nach der Trennung als auch ab dem tatsächlichen Wegzug (dazu angefochtener Entscheid S. 43-77).

Soweit der Beschwerdeführer dem Obergericht vorwirft, in Willkür verfallen zu sein, wenn es ihm rückwirkend ein hypothetisches Einkommen angerechnet hat (Rz. 59), gründen seine Ausführungen auf der - nicht den Tatsachen entsprechenden (dazu E. 6) - Behauptung, es habe dem Familienmodell entsprochen, dass die Mutter vollzeitig erwerbstätig sei, während er nur Teilzeit arbeite und das Kind betreue, sowie auf der ebenfalls falschen Behauptung, der Bezug von Arbeitslosengeld und die Unterstützung durch das Sozialamt dokumentiere, dass er weder in der Lage noch verpflichtet sei, ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit der Erwägung des Obergerichtes, wonach keine Anpassungsfrist beanspruchen könne, wer bislang gearbeitet habe, was erst recht gelte, wenn wie vorliegend der Beschwerdeführer trotz Anstrengungspflicht bezüglich des Kindesunterhaltes absichtlich keine neue Stelle suche, setzt sich dieser beschwerdeweise nicht auseinander und schon gar nicht erhebt er diesbezüglich Verfassungsfragen.

Worin sodann Willkür liegen soll, wenn das Obergericht für die Zeit bis zur Auswanderung des Kindes - ausgehend von einer alternierenden Betreuung durch Mutter und Vater nach der Trennung - Letzterem ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'300.-- auf einer Teilzeitbasis von 50 % angerechnet hat, ist nicht erkennbar. Mit dem blossen Verweis auf die Unterstützung durch das Sozialamt ist jedenfalls keine Willkür darzutun (Rz. 60), umso weniger als in Bezug auf den Kindesunterhalt eine Anstrengungspflicht mit hohen Anforderungen an die Ausschöpfung der Erwerbsskapazität gilt (dazu E. 6) und keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen bekannt sind, welche den Vater an einer Erwerbsarbeit hindern würden.

Die als Willkür rüge deklarierten Ausführungen in Rz. 61 betreffen nicht die Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers, sondern bestehen in einer erneuten Bestreitung des mütterlichen Einkommens als Mitarbeiterin eines Call-Centers nach ihrer Rückkehr nach Mexiko und einer damit einhergehenden Behauptung, die Gesundheit des Kindes sei gefährdet.

Die Unterhaltsfestsetzung auf Fr. 288.-- ab dem Zeitpunkt des Wegzuges des Kindes nach Mexiko hatte das Obergericht damit begründet, dass sich die Parteien hierzu nicht geäußert hätten, weshalb es bei der erstinstanzlichen Unterhaltsfestsetzung zu bleiben habe. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht (Rz. 62), es mache "keinen Sinn", wenn das Obergericht über 20 Seiten Berechnungen anstelle, um dann festzuhalten, es habe beim erstinstanzlich festgesetzten Betrag zu bleiben. Im Übrigen sei er nicht in der Lage, Unterhalt zu bezahlen, wenn er vom Sozialamt unterstützt werde. Ferner sei es unbillig, wenn die Mutter auf ein sehr gutes Einkommen in der Schweiz verzichte und ohne Not nach Mexiko ziehe. All dies begründet nicht ansatzweise die behauptete Willkür: Die Motive des auswanderungswilligen Elternteils - welche vorliegend ohnehin augenfällig sind - stehen nicht zur Debatte (**BGE 142 III 481 E. 2.5**). Sodann treffen den Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt der Auswanderung des Kindes keine erwerbshindernden Betreuungspflichten mehr; deshalb hätte das Obergericht den ab der Auswanderung geschuldeten Kindesunterhalt, welchen die Mutter berufsweise mit Fr. 1'194.-- gefordert zu somit zum Berufsgegenstand gemacht hatte, in Anwendung der Offizial- und Untersuchungsmaxime ausgehend von der bereits mehrmals angesprochenen Anstrengungspflicht des unterhaltspflichtigen Elternteils und der Tatsache, dass beim Beschwerdeführer keine objektiven Erwerbshindernisse bekannt sind, auch auf der Basis eines Vollzeiterwerbes festsetzen können; dies hätte umso mehr nahe gelegen, als das Bezirksgericht nicht den Wegzug, sondern die Unterhaltslage in der Schweiz geregelt hatte. Weiterungen erübrigen sich aber, weil damit der Unterhalt höher, nicht tiefer ausgefallen wäre und insofern die Willkür rüge des Vaters ins Leere stösst.

10.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Mit dem sofortigen Urteil in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

11.

Dem Beschwerdeführer ist für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen und es ist ihm Rechtsanwalt Urs Keller beizugeben (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG).

12.

Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, jedoch zufolge unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen. Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden, da keine Vernehmlassungen eingeholt worden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und dem Beschwerdeführer wird Rechtsanwalt Urs Keller beigelegt. Dieser wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.

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

Lausanne, 17. August 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli