

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiler

Beschluss und Urteil vom 13. Oktober 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 16. Juni 2022; Proz. FE210268**

Rechtsbegehren:

Vorsorgliche Massnahmenbegehren des Gesuchstellers (act. 5/49 und act. 5/55, sinngemäss):

- "1. Es sei der Gesuchstellerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung zu verbieten, bis zum Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Scheidungsverfahrens den Wohnsitz bzw. den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Sohnes C._____, geb. tt.mm.2013, nach Thun oder an einen anderen Ort, der mehr als eine Autostunde vom Wohnort des Gesuchstellers entfernt ist, zu verlegen.
2. Eventualiter sei der Gesuchstellerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Weisung zu erteilen, bis zum Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Scheidungsverfahrens, den Wohnsitz bzw. den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Sohnes C._____, geb. tt.mm.2013, in Oberuzwil zu belassen bzw. diesen nicht weiter als eine Autostunde vom Wohnort des Gesuchsklägers entfernt, zu verlegen.
3. Im Falle der Widerhandlung seien der Gesuchsbeklagten die Rechtsfolgen von Art. 292 StGB anzudrohen.
4. Es sei die elterliche Obhut über das gemeinsame Kind der Parteien, C._____, geboren tt.mm.2015, vorsorglich per sofort dem Gesuchsteller zu übertragen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchstellerin."

Vorsorgliche Massnahmebegehren der Gesuchstellerin (act. 5/60):

- "1. Die Begehren in der Eingabe des Gesuchstellers vom 12. Mai 2022 seien vollumfänglich abzuweisen;
2. Die Begehren in der Eingabe des Gesuchstellers vom 13. Juni 2022 seien vollumfänglich abzuweisen;
3. Es sei die Gesuchsgegnerin berechtigt zu erklären, den Wohnort des Sohnes C._____ auf den Beginn des Schuljahres 2022/2023 von Oberuzwil nach Thun zu verlegen und den Sohn C._____ in der Schule Thun anzumelden und einzuschulen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. 7.7 % MwSt."

Verfügung des Bezirksgerichtes:

(act. 4/2 = act. 5/102 = act. 6 [Aktenexemplar])

1. Die mit Verfügung des hiesigen Gerichts vom 13. Mai 2022 superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahme wird aufgehoben.

2. Die vorsorglichen Massnahmebegehren Ziff. 1, 2, 3 und 4 des Gesuchstellers werden abgewiesen.
 3. Die Gesuchstellerin wird für die Dauer des Verfahrens für berechtigt erklärt, den Wohnort des Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2015, auf den Beginn des Schuljahres 2022/2023 von Oberuzwil nach Thun zu verlegen und den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2015, in der Schule Thun anzumelden und einzuschulen.
 4. Der Gesuchstellerin wird die Weisung erteilt, dem Gesuchsteller das Kind C._____, geboren am tt.mm.2015, per sofort bis zum 14. August 2022 zur Betreuung zu übergeben.
 5. Dem Gesuchsteller wird die Weisung erteilt, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2015, per sofort bis zum 14. August 2022 zu betreuen, und er wird berechtigt, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2015, für die Schulferien (9. Juli 2022 bis 14. August 2022) mit sich in die Ferien zu nehmen.
- 6./7.[Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel: Berufung 10 Tage; kein Fristenstillstand]

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

1. Es sei die Verfügung vom 16. Juni 2022 aufzuheben.
2. Es sei das gemeinsame Kind C._____, geb. tt.mm.2015, unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen und es sei der Berufungskläger zu ermächtigen, den Wohnsitz von C._____ nach Bülach zu verlegen.
3. Es sei ein angemessener persönlicher Verkehr zwischen C._____ und der Berufungsbeklagten festzulegen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Berufungsbeklagten.

Prozessuale Anträge:

Es sei die Vollstreckung des vorinstanzlichen Entscheids aufzuschieben und der vorliegenden Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Es sei dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen.

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. April 2013. Aus der Ehe entsprangen die Söhne D._____ (geb. tt.mm.2013) und C._____ (geb. tt.mm.2015; act. 5/1). Seit dem 1. Oktober 2021 stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren gegenüber. Mit Verfügung und Teilurteil vom 4. Februar 2022 wurde die Ehe der Parteien geschieden, wobei die Regelung der übrigen Nebenfolgen der Ehescheidung dem Endurteil vorbehalten worden ist (act. 5/31). Im weiteren Verlauf des Verfahrens stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) ein Begehren betreffend superprovisorischer Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 5/49, 5/50). In Gutheissung dieses Begehrens wurde der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) mit Verfügung vom 13. Mai 2022 verboten, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Scheidungsurteils den gewöhnlichen Aufenthaltsort von C._____ nach Thun oder an einen anderen Ort, der mehr als eine Autostunde vom Wohnort des Berufungsklägers entfernt ist, zu verlegen (act. 5/51). In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen, welche am 14. Juni 2022 stattfand (Prot. Vi. S. 29 ff.). Mit Verfügung vom 16. Juni 2022 hob die Vorinstanz die mit Verfügung vom 13. Mai 2022 superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahme auf und wies die vorsorglichen Massnahmebegehren Ziff. 1–4 des Berufungsklägers ab. Sodann erklärte sie die Berufungsbeklagte für berechtigt, den Wohnort des Sohnes C._____ auf den Beginn des Schuljahres 2022/2023 von Oberuzwil nach Thun zu verlegen und ihn in der Schule Thun anzumelden und

einzuschulen. Weiter erteilte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten die Weisung, dem Berufungskläger C. _____ per sofort bis zum 14. August 2022 zur Betreuung zu übergeben. Ferner erteilte die Vorinstanz dem Berufungskläger die Weisung, C. _____ per sofort bis zum 14. August 2022 zu betreuen, und erklärte ihn berechtigt, C. _____ für die Schulferien (9. Juli 2022 bis 14. August 2022) mit sich in die Ferien zu nehmen (act. 4/2 = act. 5/102 = act. 6 [Aktenexemplar]; fortan act. 6).

1.2. Mit Eingabe vom 23. September 2022 (Poststempel 26. September 2022) erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 2 S. 2). Zuvor reichte die Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 24. August 2022 (Poststempel 25. August 2022) eine gegen einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung eines allfälligen Rechtsmittels gerichtete Schutzschrift ein (act. 7/2 [act. 2 im Verfahren RX220006]). Nach aufforderungsgemässer Leistung eines Kostenvorschusses durch die Berufungsbeklagte ist die Schutzschrift im Rahmen eines Entscheids über die aufschiebende Wirkung bis am 28. Februar 2023 zu beachten (act. 7/8).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1–113). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wird verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Die vorliegende Berufung vom 23. September 2022 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht näher steht (vgl. STERCHI, BK ZPO, Bern 2012, Art. 310 N 3; BLICKENSTORFER, DIKE Komm. ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10).

2.3. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Untersteht das Verfahren allerdings wie hier der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), hat das Gericht selbst die Tatsachen von Amtes wegen zu erforschen und kann hierfür von Amtes wegen die Erhebung aller für die Sachverhaltsfeststellung erforderlichen und geeigneten Beweismittel anordnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aus diesem Grund auch dann Noven zuzulassen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO nicht erfüllt sind (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1 = Pra 108 (2019) Nr. 88; OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.1.2).

2.4. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DOLGE, DIKE Komm. ZPO, a.a.O., Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz bzw. soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind, die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Diese Grundsätze sind in allen Verfahrens-

stadien und von allen kantonalen Instanzen zu beachten (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; BGer 5A_923/2014 vom 27. August 2015 E. 3 ; SCHWEIGHAUSER, Fam-Komm Scheidung, 4. Aufl. 2022, Anh ZPO Art. 296 N 6).

3. Aufenthaltort von C.

3.1. Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltort des Kindes wechseln, so bedarf dies (unter anderem) der Zustimmung des anderen Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts, wenn der Wechsel des Aufenthaltortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs durch den anderen Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte (vgl. act. 6 E. 5.1.b), beziehen sich die "erheblichen Auswirkungen" auf jene Komponenten der elterlichen Sorge, welche im jeweiligen Einzelfall in direkter Abhängigkeit zur Distanz und den konkreten Umständen des Wegzuges betroffen sind. Die "erheblichen Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge" sind in erster Linie im Zusammenhang mit dem vor dem Umzug konkret gelebten Betreuungsmodell zu sehen, während bei anderen Komponenten der elterlichen Sorge (so etwa beim Mitentscheidungsrecht betreffend zentrale Fragen der Lebensplanung des Kindes oder bei der Vermögensverwaltung) "erhebliche Auswirkungen" zwar denkbar sind, aber nicht im Vordergrund stehen. Massgeblich ist mithin im Regelfall, ob sich das bisherige Betreuungsmodell in unveränderter Form bzw. mit geringen Anpassungen weiterführen lässt oder ob dies aufgrund des Umzuges nicht der Fall ist (BGE 142 III 502 E. 2.4.1). Sodann ist zu berücksichtigen, dass der nicht hauptbetreuende Elternteil gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB Anspruch auf einen angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Kind hat, wobei sich die Angemessenheit nach dem Kindeswohl bestimmt (SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, 7. Aufl. 2022, Art. 273 N 10). Entsprechend sind jene Umzugsszenarien zustimmungspflichtig, in denen der Wechsel des Aufenthaltortes des Kindes zu einer erheblichen Veränderung des persönlichen Verkehrs führen würde.

3.2. Die Vorinstanz erwog namentlich, dass die elterliche Sorge den Parteien gemeinsam zustehe, wobei die Frage der Obhut nicht gerichtlich geregelt sei. Aktuell wohne die Berufungsbeklagte mit C._____ in Oberuzwil (Kanton St. Gallen), während der andere gemeinsame Sohn D._____ beim Berufungskläger in Bülach wohnhaft sei. Anlässlich der Verhandlung vom 14. Juni 2022 habe die Berufungsbeklagte bekannt gegeben, an die ... [Adresse] (Kanton Bern) umzuziehen. Der Berufungskläger sei mit dem Umzug nicht einverstanden und habe dies schon im Februar 2022 der Berufungsbeklagten mitgeteilt (act. 6 E. 5.1.a). Momentan betrage die kürzeste Fahrtstrecke von der Berufungsbeklagten zum Wohnort des Berufungsklägers in Bülach 55 km, weshalb mit einer Fahrtzeit von 50 Minuten zu rechnen sei. Für den direktesten Weg zwischen der Wohnadresse des Berufungsklägers und dem angestrebten Aufenthaltsort von C._____ in Heimberg seien 150 km resp. eine Fahrtzeit von ungefähr 1 Stunde und 40 Minuten zu berücksichtigen. In einem ersten Schritt sei somit eine Verdoppelung der Fahrtzeit, nämlich um 50 Minuten, festzustellen. Da die Kinder schon im Alltag getrennt aufwachsen würden und die alltägliche Betreuung jeweils von einem Elternteil erbracht würde, führe der geplante Wegzug der Berufungsbeklagten jedoch nicht zu einer Veränderung der effektiven Betreuungssituation von C._____. Weiter handle es sich bei einer Gesamtdauer des Besuchswochenendes von insgesamt 48 Stunden um eine nicht besonders grosse Veränderung. Auch sei vom Berufungskläger nicht vorgebracht worden, es liege eine besondere Situation vor, welche die Verlängerung der Distanz als unzumutbar erscheinen liesse (etwa ein umständlicher Reiseweg, eine Unvereinbarkeit mit der Arbeitstätigkeit des Berufungsklägers oder eine sprachliche Entfremdung aufgrund der Sozialisierung in einem anderen Landesteil). Entsprechend sei nicht von einer erheblichen Veränderung des persönlichen Verkehrs zwischen C._____ und dem Berufungskläger auszugehen, weshalb der Wegzug nicht zustimmungsbedürftig sei (act. 6 E. 5.1.c). Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Aufenthaltswechsel von C._____ zustimmungspflichtig wäre, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Vorliegend sei C._____ seit der Trennung im Alltag von der Berufungsbeklagten betreut worden, weshalb der Umzug keine Veränderung des Betreuungsmodells bewirke. Die Berufungsbeklagte beabsichtige auch in Zukunft, das Kind persön-

lich zu betreuen und habe sich dahingehend mit ihrem Lebenspartner abgesprochen, während der Berufungskläger die Betreuung durch die Anwesenheit im Homeoffice resp. durch eine Tagesmutter bereitstellen möchte. C._____ habe so dann anlässlich der Kinderanhörung vom 21. Januar 2022 Zufriedenheit mit der aktuellen Wohn- und Betreuungssituation bekundet. Das Kind sei weiter zwar inzwischen sechs Jahre alt und somit in einem Alter, in dem allmählich die Personen- durch eine Umgebungsbezogenheit ersetzt werde, und insbesondere der Eintritt in die Primarschule werde die Sozialisierung C._____s in einem Umfeld, bestehend aus anderen Kindern und Bezugspersonen wie der Lehrerschaft, vorantreiben. Es könne jedoch noch nicht von einer tiefen Verwurzelung des Kindes gesprochen werden, die einen Umzug problematisch erscheinen lassen würden. Nicht per se nicht überzeugend, aber in erster Linie mit entsprechenden Bekundungen von D._____ begründet, die nicht ohne Weiteres auf C._____ übertragen werden könnten, sei jedoch das Argument der Berufungsbeklagten, wonach die Kinder früher eine besondere Bindung zur Stadt und Region Thun aufgebaut hätten, an die sie nun anknüpfen könnten. Gerade die Beibehaltung der bisherigen, persönlich erbrachten Betreuung durch die Berufungsbeklagte sowie der Wille von C._____ würden dafür sprechen, die Zustimmung des Berufungsklägers zum Wegzug durch behördlichen Entscheid zu substituieren, zumal eine Verweigerung nur ausnahmsweise zu erfolgen habe (act. 6 E. 5.1.d).

3.3. Der Berufungskläger bringt dagegen zunächst vor, dem Umzug der Berufungsbeklagten hätte im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nicht stattgegeben werden dürfen. Dies stehe im Widerspruch zur obergerichtlichen Rechtsprechung, wonach aufgrund der Gefahr der präjudiziellen Wirkung von einer vorsorglichen Erteilung der Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes ins Ausland – wenn nicht nötig – abzusehen sei (vgl. OGer LY160046 vom 5. Dezember 2017 E. III.1.6.1). Die Berufungsbeklagte habe in keiner Art und Weise dargetan, dass sie genau jetzt, also während des Scheidungsverfahrens umziehen müsse und nicht bis zum Entscheid in der Hauptsache warten könne. Es sei offensichtlich, dass die Berufungsbeklagte den Umzug dazu benützen wolle, um Fakten zu schaffen, deren Abänderung zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich sei (act. 2 Rz. 30).

Wie der Berufungskläger bereits selber anführt, ging es beim zitierten obergerichtlichen Entscheid um einen Wechsel des Aufenthaltsortes *ins Ausland*. Die Situation ist entsprechend mit der vorliegenden Konstellation, bei der es um einen Wegzug in den Kanton Bern geht, nicht vergleichbar. Ein binnenstaatlicher Umzug ist mit weit weniger einschneidenden Veränderungen verbunden, womit mit Blick auf die Obhutszuteilung auch die präjudizierende Wirkung weitaus weniger stark ist. Im Übrigen war der Wechsel des Aufenthaltsortes nach Heimberg mangels erheblicher Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr zwischen C._____ und dem Berufungskläger nicht zustimmungspflichtig. Dass die Vorinstanz im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen über diese Frage urteilte, war aufgrund der konkreten Umzugspläne der Berufungsbeklagten erforderlich und damit auch gerechtfertigt.

3.4. Laut Berufungskläger habe die Berufungsbeklagte den Umzug sodann bewusst und absichtlich vor dem Berufungskläger geheim gehalten, damit dieser am Ende vor vollendeten Tatsachen stehe (vgl. act. 2 Rz. 31). Diesbezüglich hielt die Vorinstanz fest, die Berufungsbeklagte habe in glaubhafter und schlüssiger Weise die Motive des Umzugs (nämlich den Umstand der Unzufriedenheit mit dem Leben in Oberuzwil bzw. ihre eigene Verbundenheit mit der Region bzw. die Verwurzelung der Kinder in Thun) dargelegt. Weiter stehe sie seit Februar 2022 deswegen mit dem Berufungskläger in Kontakt und habe die Verhandlung vom 14. Juni 2022 abgewartet, anlässlich derer sie die Umzugspläne in keiner Weise verheimlicht habe. Aufgrund der Tatsache, dass die Berufungsbeklagte die Aufrechterhaltung des Verbots durch ihr Eingeständnis, umziehen zu wollen und entsprechende Vorbereitungshandlungen vorgenommen zu haben, riskiert habe, sei nicht davon auszugehen, dass sie vorgehabt habe, sich einem solchen Entscheid zu widersetzen, ansonsten sie eher ihre effektiven Absichten verschwiegen hätte, weshalb gerade nicht vom Versuch, dass die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger das Kind entziehen möchte, auszugehen sei (act. 6 E. 5.e). Der Berufungskläger bezeichnet diese Ausführungen als "falsch". Er hält ihnen im Wesentlichen entgegen, die Berufungsbeklagte habe ohne sein Wissen und seinen Willen den Umzug geplant (vgl. act. 2 Rz. 31). Aus den Äusserungen und Belegen (vgl. act. 5/35 und act. 5/49) des Berufungsklägers geht allerdings hervor, dass er – wie die Vorinstanz festgehalten hat – seit Februar 2022 grundsätzlich von den

Umzugsplänen Bescheid wusste, auch wenn er nicht über alle Einzelheiten informiert war. Eine Verheimlichung besagter Pläne seitens der Berufungsbeklagten vermag der Berufungskläger damit nicht aufzuzeigen. Ferner ist es unerheblich, dass er mit dem Wegzug nicht einverstanden war. Insoweit erweisen sich die vorinstanzlichen Ausführungen nicht als falsch.

3.5.

3.5.1. Sodann macht der Berufungskläger geltend, sowohl C._____ als auch D._____ würden den Wunsch äussern, gemeinsam beim Vater in Bülach zu wohnen und zusammen aufzuwachsen. Der Berufungskläger habe während den Sommerferien mehrere Male erfolglos versucht, mit der Berufungsbeklagten das Thema zu besprechen und eine gemeinsame Lösung zu finden. Am 11. August 2022, also drei Tage vor Ablauf der Betreuungszeit des Berufungsklägers, sei die Situation vollends eskaliert, als die Berufungsbeklagte mit drei Begleitpersonen, darunter ihr äusserst kräftiger Lebenspartner, unangemeldet bei ihm zu Hause aufgetaucht sei und C._____ habe mitnehmen wollen. C._____ sei wortwörtlich zwischen die Fronten geraten. D._____ habe ebenfalls alles miterlebt und veranlasst, dass die Nachbarn die Polizei alarmierten. Beide Kinder seien ob dieses Vorfalls verängstigt, verstört und traumatisiert. Die 4-zu-1-Situation sei auch für den Berufungskläger furchteinflössend gewesen. Die Berufungsbeklagte habe in der Folge nichts unternommen, um die Situation zu klären oder die Wogen zu glätten. Vielmehr habe sie ihre Meinung mittlerweile dahingehend auf den Berufungskläger "eingeschossen", dass dieser ihr die Kinder wegnehmen, sie von den Kindern entfremden möchte. Dass dies nicht zutrefte, gehe aus seinen erfolglosen und teilweise beigelegten Kontaktversuchen mit der Berufungsbeklagten (via Chat oder E-Mail; vgl. act. 4/4–6) hervor (act. 2 Rz. 33–36). Die Primarschulgemeinde Bülach habe es aufgrund des aktiven Widerstands seitens der Berufungsbeklagten nicht erlaubt, dass C._____ am 22. August 2022 in der 1. Klasse in Bülach eingeschult werde. So sei C._____ vier Wochen lang beim Berufungskläger verblieben, ohne in die Schule gehen zu dürfen. Unterdessen habe die Schule eingelenkt und C._____ besuche seit dem 19. September 2022 die 1. Klasse in Bülach. C._____ sei gut in der Schule gestartet und habe sich gemäss seiner Klassenlehrerin schnell eingelebt und toll gearbeitet (act. 2 Rz. 26–28; act. 4/7–8).

3.5.2. Die Vorbringen des Berufungsklägers sind unbegründet. Dass C._____ den Sommer bis zum Schulbeginn bei seinem Vater und Bruder verbringen würde, war durch den vorinstanzlichen Entscheid vorgesehen. Dafür, dass sich der Wille von C._____ in dieser Zeit verändert habe, gibt es abgesehen von den (unbelegten) Behauptungen des Berufungsklägers keine Anhaltspunkte. Weiter spricht auch der Umstand, dass C._____ unterdessen in Bülach eingeschult (act. 4/7) und unter anderem im örtlichen Fussball- und Turnverein (act. 2 Rz. 43.5; act. 4/16–18) angemeldet ist, nicht dafür, die Berechtigung der Wohnsitzverlegung von C._____ nach Heimberg zur Mutter aufzuheben. So wurde C._____ nicht bereits Mitte August nach den Schulsommerferien, sondern erst am 19. September 2022 in Bülach eingeschult (vgl. act. 4/7), womit er bis zu den aktuell laufenden Herbstferien gerade einmal drei Wochen dort die Schule besucht hat. Von einer (tiefen) Verwurzelung in Bülach kann damit keine Rede sein. Daran ändern auch die Anmeldungen von C._____ bei den lokalen Sportvereinen nichts. Im Übrigen steht der Umstand, dass C._____ Mitte August nicht wie geplant und im vorinstanzlichen Entscheid vorgesehen die 1. Klasse antreten konnte und einen Monat lang ohne sichtliche Beschäftigung zuhause bleiben musste, im eklatanten Widerspruch zum Kindeswohl. Es entsteht der Eindruck, als hätte der Berufungskläger hier seine eigenen Interessen (auch unter Berücksichtigung seiner Bemühungen, C._____ in Bülach einzuschulen) über diejenigen von C._____ gestellt.

3.6. Der Berufungskläger kritisiert ferner, dass nicht eine erneute Kinderanhörung stattgefunden habe, um den Willen von C._____ zu eruieren (act. 2 Rz. 38). Es trifft zwar zu, dass C._____ im Januar 2022 angehört und – da der Wegzug erst später ein Thema war – nie direkt zum Umzug nach Heimberg befragt wurde. C._____ äusserte sich jedoch zufrieden mit der Wohn- und Betreuungssituation bei der Berufungsbeklagten (act. 6 E. 5.d). Da im Alter von C._____ – wie die Vorinstanz in zitierter Erwägung zutreffend ausführt – die Personenbezogenheit stärker im Vordergrund steht als bei älteren Kindern, und er die Gelegenheit erhalten hatte, sich zu seinem Wohlergehen bei der Mutter zu äussern, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz keine erneute Kinderanhörung durchgeführt hat.

3.7. Nach dem Gesagten ist der vorinstanzliche Entscheid betreffend Aufenthaltsort von C._____ zu bestätigen. Folglich muss C._____ von Bülach nach Heimberg zur Berufungsbeklagten ziehen. Es ist bedauerlich, dass er nicht von Beginn weg die 1. Klasse in Thun besuchen konnte. Die kurze Zeitdauer (Sommerferien bis Herbstferien) spricht jedoch dafür, dass er nach den Herbstferien gut einsteigen kann, ohne zu viel Schulstoff nachholen zu müssen.

4. Antrag auf Obhutszuteilung

4.1. In Bezug auf den Antrag des Berufungsklägers auf vorsorgliche und sofortige Zuteilung der Obhut hielt die Vorinstanz insbesondere Folgendes fest: Gemäss dem von den Parteien gelebten Modell habe bis anhin die Berufungsbeklagte in der Hauptsache die Betreuung von C._____ übernommen. Bei dieser Ausgangslage sei grundsätzlich die Veränderung der Betreuungsverhältnisse durch die Zuteilung der Obhut zu unterlassen: Das Gericht sei gehalten, die endgültige Entscheidung über die Kindeszuteilung nicht über den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu präjudizieren, und müsse ein schädliches "Hin und Her" aufgrund gegenteiliger Entscheidungen betreffend die Obhutszuteilung vermeiden. Entsprechend müssten besondere Umstände vorliegen, welche das Interesse an der Beibehaltung der Berufungsbeklagten als Hauptbezugsperson überwiegen (act. 6 E. 6.1). Eine Trennung von Geschwistern sei zwar gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu vermeiden. Zu beachten sei vorliegend jedoch, dass mit E._____ ein neues Geschwister auf die Welt gekommen sei, von dem C._____ ebenfalls nicht getrennt werden sollte. Zweitens hätten die Parteien selbst vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens die Vereinbarung getroffen und umgesetzt, dass die beiden Brüder getrennt aufwachsen sollten. Drittens gelte es die Aussage beider Elternteile sowie die gleichlautende Einschätzung des Sozialdienstes Thun zu berücksichtigen, wonach C._____ unter D._____s Verhalten gelitten habe. Entsprechend sei zu vermuten, dass gerade die Trennung der Wahrung des Kindeswohls diene, zumal sich auch D._____ gemäss den Ausführungen des Berufungsklägers seither beruhigt habe. Sodann beinhalte die vom Berufungskläger geforderte Zuteilung der Obhut ebenfalls das Risiko, dass C._____ nach einer entsprechenden Entscheidung in der Hauptsache zur Berufungsbeklag-

ten ziehen müsste mit entsprechender Entwurzelung und Mehrbelastung infolge Wechsels nicht nur des Aufenthaltsortes, sondern auch der Haupt Bezugsperson. Der vom Berufungskläger angeführte Wunsch von C._____, inzwischen bei ihm wohnen zu wollen, sei schliesslich weder belegt noch mit den Ausführungen des Jungen anlässlich der Kinderanhörung vom 21. Januar 2022 in Einklang zu bringen. Im Übrigen verfange das Argument, wonach C._____ sowieso umziehe, weshalb er auch gleich unter die Obhut des Berufungsklägers gestellt werden könne, nicht, weil keine Gründe vorliegen, die für eine solche Änderung der Betreuungsverhältnisse sprechen würden. Der blosse, vom Berufungskläger vorgebrachte Umstand, dass zumindest durch die Anwesenheit des älteren Bruders die Integration von C._____ in das neue Umfeld erleichtert werden könnte, vermöge vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich teilweise belasteten Verhältnisses der Geschwister nicht zu überzeugen. Auch wenn schliesslich für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren keine besondere zeitliche Dringlichkeit erforderlich sei, handle es sich bei den vom Berufungskläger vorgebrachten Begehren nicht um Aspekte, die nicht auch im Hauptsacheverfahren erforscht, behandelt und beurteilt werden könnten, weshalb die Regelung der Obhut im vorliegenden Verfahren nicht zwingend sei. Aus diesen Gründen sei das vorsorgliche Massnahmebegehren betreffend Obhutzuteilung abzuweisen (act. 6 E. 6.2 f.).

4.2. Die dagegen vorgebrachten Einwendungen des Berufungsklägers sind unbegründet. So pocht der Berufungskläger erneut darauf, dass Geschwister gemäss bundesgerichtlicher Praxis grundsätzlich nicht zu trennen seien. Da ein Wechsel von D._____ zur Berufungsbeklagten aufgrund ihrer schwierigen Beziehung ausgeschlossen sei und Geschwister nicht zu trennen seien, spreche die Hauptsachenprognose klar für eine Obhutzuteilung von C._____ an den Berufungskläger. Den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach das Verhältnis zwischen C._____ und D._____ belastet sei, hält der Berufungskläger einzig pauschal entgegen, dass es sich mittlerweile um ein "zusammengeschweisstes Team" handle, was er mit einer Nachricht der Lehrerin von C._____ zu belegen versucht (act. 2 Rz. 37, act. 4/8). Damit vermag er jedoch die vorinstanzlichen Erwägungen nicht in Zweifel zu ziehen, zumal nicht nur der Abklärungsbericht der Stadt Thun, son-

dem auch beide Elternteile vor Vorinstanz bestätigt haben, dass C._____ unter D._____ gelitten habe (Prot. Vi. S. 16; act. 5/24; act. 5/55 Rz. 10; act. 60 Rz. 14). Insoweit erscheint die vorinstanzliche Vermutung, dass es zur Wahrung des Kindeswohls gerade der Trennung der Kinder bedürfe, weder absurd noch haltlos. Des Weiteren trifft es zwar zu, dass Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen sind. Ist aber bei Geschwistern, zum Beispiel aufgrund eines Altersunterschieds, von unterschiedlichen Bedürfnissen und insbesondere von verschiedenen emotionalen Bindungen und Wünschen auszugehen, steht einer Trennung der Kinder nichts entgegen (BGer 5A_901/2017 vom 27. März 2018 E. 2.2). Es ist zwar zu bedauern, wenn D._____ und C._____ getrennt leben. Allerdings wurde dieses Betreuungsmodell – wie die Vorinstanz bereits ausführte – von den Eltern selber vereinbart und umgesetzt. Unter diesen Umständen ist es entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers alles andere als eindeutig, welchem Elternteil im Hauptsacheverfahren die Obhut über C._____ zugesprochen wird. Entsprechend ist das vorinstanzliche Vorgehen gerechtfertigt, wonach C._____ weiterhin für die Dauer des Verfahrens von der Berufungsbeklagten betreut bzw. zwecks Vermeidung eines schädlichen "Hin und Her" auf eine vorsorgliche Regelung der Obhut verzichtet wird. Der vorinstanzliche Entscheid ist damit auch in dieser Hinsicht zu bestätigen.

4.3. Dem Berufungskläger ist die Weisung zu erteilen, den Sohn C._____ der Berufungsbeklagten per sofort, spätestens aber am Samstag, 22. Oktober 2022, 12.00 Uhr, an ihrem Wohnort an der ...[Adresse] zu übergeben.

Gemäss Art. 267 ZPO trifft das Gericht, das die vorsorgliche Massnahme anordnet, auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen. Vorliegend war der Berufungskläger nicht bereit, den Sohn C._____ am 14. August 2022 wieder der Berufungsbeklagten zu übergeben, wie das die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verfügt hatte. Es ist damit zu befürchten, dass der Berufungskläger nicht von sich aus bereit sein könnte, dem vorliegenden Urteil Folge zu leisten. Die Verpflichtung, den Sohn C._____ der Berufungsbeklagten per sofort, spätestens aber am Samstag, 22. Oktober 2022, 12.00 Uhr, an deren Wohnort zu übergeben,

ist daher unter die Strafdrohung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) zu stellen.

4.4. Da die Berufung direkt im Hauptbegehren abgewiesen wird, ist der Antrag des Berufungsklägers auf aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 2) gegenstandslos geworden und ist entsprechend abzuschreiben.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1.

5.1.1. Der Berufungskläger beantragt, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei seine Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (act. 2 S. 2). Der Berufungskläger fügt an, im vorinstanzlichen Verfahren sei sein entsprechendes Gesuchs mit Verfügung vom 21. Juli 2022 abgewiesen und er verpflichtet worden, dem Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 8'000.– zu bezahlen (act. 5/73). Es sei demnach nicht davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte über die notwendigen Aktiven verfüge, um dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss für das vorliegende Verfahren zu bezahlen, weshalb von einem entsprechenden Antrag abgesehen werden könne (act. 2 Rz. 46).

5.1.2. Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht, insbesondere der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022 E. V.2.3 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Vorliegend ist der Berufungskläger dieser Obliegenheit nachgekommen (vgl. E. 5.1.1), und er hat zulässigerweise von einem Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses abgesehen.

5.1.3. Dem Berufungskläger ist per Ende Juni 2022 gekündigt worden, und er bezieht seither Arbeitslosen-Taggelder. Mit diesem Ersatzeinkommen vermag er seinen Notbedarf nicht zu decken. Über nennenswertes Vermögen verfügt er offenbar nicht (vgl. act. 2 Rz. 47–49; act. 4/19–22), womit er als mittellos zu betrachten ist.

5.1.4. In Status- und Ehesachen kann in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein, und der Berufungskläger vertritt im Berufungsverfahren keine von vornherein aussichtslose Standpunkte. Auch war der Beizug eines Rechtsbeistands in der nicht einfachen Sache geboten. Dem Berufungskläger ist daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Der Berufungskläger ist auf seine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen, die greift, sobald er dazu in der Lage ist.

5.2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagten ist mangels Aufwendungen im vorliegenden Berufungsverfahren keine Parteient-schädigung zuzusprechen. Grundlage der Gebührenfestsetzung im Zivilprozess bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird. Scheidungsverfahren sind grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Natur (DIGGELMANN, DIKE Komm. ZPO, a.a.O., Art. 91 N 28; BLICKENSTORFER, DIKE Komm. ZPO, a.a.O., Art. 308 N 29). Somit beträgt die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.–. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'000.– festzusetzen, indes zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

5.3. Nach Vorlage der Aufstellung ihrer Bemühungen wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin des Berufungsklägers für ihre Bemühungen im Berufungsver-

fahren mit separatem Beschluss zu entschädigen sein (vgl. § 23 Abs. 2 Anw-GebV).

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Berufungsklägers auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
3. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 16. Juni 2022 wird bestätigt.
2. Dem Berufungskläger wird unter Hinweis auf die Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB die Weisung erteilt, den Sohn C. _____, geboren tt.mm.2015, der Berufungsbeklagten **per sofort, bis spätestens Samstag, 22. Oktober 2022, 12.00 Uhr**, an ihrem Wohnort an der ...[Adresse] zu übergeben.

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Die Rechtsbeiständin des Berufungsklägers, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, wird nach Vorlage der Aufstellung ihrer Bemühungen mit separatem Beschluss entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 2, act. 4/2–22), sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. S. Scheiwiler

versandt am: