

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Beschluss und Urteil vom 4. Dezember 2023

in Sachen

A. _____,

Kläger, Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 8. Juni 2023
(FP230049-L)**

Erwägungen:

1. Die Parteien sind die geschiedenen Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2010, und D._____, geboren am tt.mm.2013. Mit Eingabe vom 13. April 2023 leitete der Kläger, Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Kläger) ein Begehren auf Abänderung des Scheidungsurteils ein und beantragte unter anderem die alternde Obhut (Urk. 12/1 S. 2 f.). Mit Eingabe vom 6. Juni 2023 beantragte er im Rahmen von superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen, dass der Beklagten, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zu verbieten sei, den Aufenthaltsort und Wohnsitz der Kinder allgemein und insbesondere nach E._____ zu verlegen (Urk. 12/13 S. 2). Die Vorinstanz wies das Begehren um superprovisorische und vorsorgliche Massnahmen mit Verfügung vom 8. Juni 2023 ab (Urk. 12/16 S. 8 f. = Urk. 2 S. 8 f.).

2. Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 16. Juni 2023 fristgerecht (Urk. 17/1 und Art. 314 Abs. 1 ZPO) Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.):

"1. *Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, Geschäfts-Nr. FP230049, vom 8. Juni 2023 aufzuheben und es sei wie folgt zu entscheiden:*

Es sei der Antrag des Berufungsklägers auf Erlass der vorsorglichen Massnahme gutzuheissen, namentlich sei der Berufungsbeklagten unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.00) zu untersagen, den Aufenthaltsort und Wohnsitz der gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2013, allgemein, und insbesondere nach F._____/E._____ BE zu verlegen.

2. *Es seien das Einwohnerwesen der Stadt G._____ sowie das Einwohneramt F._____ BE unverzüglich anzuweisen, weder den Wegzug noch den Zuzug der Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. 31. Januar 2013 im System zu vermerken.*

3. *Eventualiter sei unverzüglich eine Verhandlung vor Obergericht i.S.v. Art. 316 Abs. 1 ZPO durchzuführen.*

4. *Subeventualiter sei der Berufungsbeklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme auf das VSM-Gesuch des Berufungsklägers anzusetzen.*

5. *Sub-subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, insbesondere zur Einholung einer Stellungnahme bei der Be-*

rufungsbeklagten sowie zur anschliessend durchzuführenden Massnahmeverhandlung.

6. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% MWSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten.*
7. *Es seien die Rechtsbegehren Ziff. 1 + 2 hiavor superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Berufungsbeklagten, zu erteilen.*
8. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von CHF 5'000.00 inkl. 7.7% MWSt. zu bezahlen.*

Eventualiter sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen.

9. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MWSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten."*

3. Die vorinstanzlichen Akten sowie die Akten der KESB Horgen wurden beigezogen (Urk. 12/1-21; Urk. 20/1-154; Urk. 21/1-148). Nach Eingang des Indikationsberichts der Stiftung H._____ vom 19. Juni 2023 (Urk. 11; fortan Indikationsbericht) wurde den Parteien mit Verfügung vom 20. Juni 2023 Frist zur Stellungnahme zum Indikationsbericht angesetzt (Urk. 14). Nach fristgerechtem Eingang der Stellungnahmen (Urk. 17-18) wurde das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen mit Verfügung vom 27. Juni 2023 abgewiesen (Urk. 9). Nach Eingang der Eingabe der Beiständin vom 13. Juli 2023, in welcher sie den Erlass vorsorglicher Massnahmen empfahl (Urk. 27), wurde den Parteien mit Verfügung vom 13. Juli 2023 Frist zur Stellungnahme angesetzt und Rechtsanwalt Z._____ als Kindsvertreter für C._____ vorgeschlagen (Urk. 29). Die von der Beklagten eingereichte Gefährdungsmeldung vom 13. Juli 2023 (Urk. 32) wurde dem Kläger mit Verfügung vom 14. Juli 2023 zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 33). Der Kläger stellte mit Eingabe vom 17. Juli 2023 erneut ein Gesuch um vorsorgliche und superprovisorische Massnahmen (Urk. 37). Letzteres wurde mit Verfügung vom 19. Juli 2023 abgewiesen, Rechtsanwalt Z._____ wurde als Vertreter von C._____ ernannt und zur Stellungnahme aufgefordert und es wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zum Massnahmebegehren des Klägers Stellung zu nehmen (Urk. 45). Das von der Beklagten mit Eingabe vom 18. Juli 2023 gestellte Gesuch um superprovisorische Massnahmen (Urk. 46) wurde mit Verfügung vom 20. Juli 2023 eben-

falls abgewiesen und dem Kläger wurde Frist angesetzt, um zum Massnahmebegehren der Beklagten Stellung zu nehmen (Urk. 48). Schliesslich wurde nach Eingang sämtlicher Stellungnahmen (Urk. 49-52) mit Beschluss vom 2. August 2023 die Obhut über C._____ für die weitere Dauer des Verfahrens dem Kläger zugeteilt, der Beklagten ein Besuchsrecht eingeräumt, eine sozialpädagogische Familienbegleitung angeordnet und dem Kläger wurden diverse Weisungen erteilt. Im Übrigen wurden die Anträge der Parteien abgewiesen (Urk. 55). Mit Verfügung vom 17. August 2023 wurden den Parteien ein zwischenzeitlich eingegangener Polizeirapport (Urk. 57) sowie die Gefährdungsmeldung der Kinderärztin von C._____ (Urk. 59) zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt und der Kindsvertreter wurde aufgefordert, seine Honorarnote einzureichen (Urk. 60). Letztere wurde den Parteien mit Verfügung vom 1. September 2023 zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 65). Der Kläger reichte eine Stellungnahme ein, welche der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 66-69). Der Bericht der Beiständin vom 21. September 2023 wurde den Parteien ebenfalls zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 71-72). Weitere Eingaben erfolgten nicht. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Das Verfahren wird schriftlich durchgeführt (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

4. Die Vorinstanz erwog, dass eine auf Art. 307 ZGB gestützte Weisung betreffend den Aufenthaltsort der Kinder eine von Art. 301a ZGB unabhängige Kindesschutzmassnahme darstelle. Die Wegzugsautonomie der Eltern bleibe deshalb auch bei solchen Massnahmen grundsätzlich unberührt. Bei der Anordnung einer Kindesschutzmassnahme gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB sei die Frage der Gefährdung des Kindeswohls Prüfungsgegenstand (Urk. 2 S. 6). Es sei entscheidend, ob den Kindern durch den Wegzug eine unmittelbare Gefahr drohe. Eine konkrete Kindeswohlgefährdung mache der Kläger nicht geltend und sei auch nicht aus den Akten ersichtlich. Es verstehe sich von selbst, dass die Kinder im Falle eines Wegzugs aus ihrem Lebensumfeld an einen Ort mit einem neuen sozialen und schulischen Umfeld kommen und der Kontakt zum bisherigen Umfeld stark erschwert werde. Ebenso sei offensichtlich, dass der vom Kläger behauptete aktuelle Betreuungsumfang im Falle eines Wegzugs nach E._____ nicht in gleichem Umfang aufrechterhalten werden könne. Nichtsdestotrotz mache der Kläger nicht geltend, dass eine konkrete Kindeswohlgefährdung drohe. Dass die Kin-

der gemäss Ausführungen des Klägers bereits in den letzten Jahren keine Stabilität und Kontinuität der Lebensumstände erlebt hätten, ändere daran nichts. Die Veränderung des Betreuungsumfangs zu Lasten des Klägers und der Umzug der Kinder nach E._____ gegen ihren Willen sei allenfalls nicht im Interesse der Kinder, begründeten aber keine konkrete Kindeswohlgefährdung und genügten daher nicht, um die beantragte Weisung zu erwirken. Das Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen sei daher abzuweisen (Urk. 2 S. 7). Da auch das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen als offensichtlich unbegründet erscheine, sei auch dieses abzuweisen (Urk. 2 S. 8).

5. Der Kläger rügt, vorsorgliche Massnahmen müssten lediglich notwendig, geeignet und verhältnismässig sein (Urk. 1 Rz. 15). Er habe dargelegt, dass nebst der Verhältnismässigkeit des Verbots selbst die (eigentlich nicht verlangten) Voraussetzungen nach Art. 261 ZPO vorliegen würden (Urk. 1 Rz. 16). Ihm stehe ein Anspruch aus Art. 301a ZGB zu, dessen Verletzung drohe, wobei auch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Auch die Dringlichkeit sei gegeben (Urk. 1 Rz. 17 f.). Er habe entgegen der Ansicht der Vorinstanz sodann darauf hingewiesen, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliege (Urk. 1 Rz. 21 f.). Die Vorinstanz habe zutreffend erwogen, dass die Kinder mit dem Wegzug in ein neues soziales und schulisches Lebensumfeld kommen würden und der Kontakt zum bisherigen Umfeld zumindest in räumlicher Hinsicht stark erschwert würde. Auch der von ihm behauptete aktuelle Betreuungsumfang könne im Falle eines Wegzugs nicht in gleichem Umfang aufrechterhalten werden. Die Vorinstanz ziehe jedoch den falschen Schluss, dass keine Kindeswohlgefährdung vorliege (Urk. 1 Rz. 26). Die Kinder hätten in den letzten zehn Jahren zahlreiche Umzüge mitmachen müssen, was per se nicht optimal sei. Aufgrund des Alters der Kinder, deren Verankerung hier in schulischer und sozialer Hinsicht sowie deren Wunsch, in Zürich zu bleiben, wäre ein Umzug nach F._____/E._____ nicht in deren Wohl (Urk. 1 Rz. 28). Abgesehen davon bestehe die Befürchtung, dass die Beklagte die Kinder alleine in der Wohnung lasse, während sie am Arbeiten oder Freizeit geniessen sei. Die Kinder seien in der Vergangenheit mehrfach bei ihm vor der Tür gestanden, weil die Beklagte sie nicht verantwortungsvoll betreut habe (Urk. 1 Rz. 29). Dass C._____ seit März 2023 dauerhaft bei ihm lebe, sei eine Folge der Unfähigkeit der Beklagten, mit dem

Kind altersgerecht umzugehen. Nach einem Streit zwischen ihr und C._____ habe die Beklagte die Polizei eingeschaltet, was für die Kinder ein traumatisches Erlebnis gewesen sei. Würden die Kinder mit der Beklagten nach F._____ umziehen, wäre eine grosse Auseinandersetzung vorprogrammiert. Es wäre damit zu rechnen, dass die Beklagte erneut die Polizei involviere. Dies sei nicht im Kindeswohl (Urk. 1 Rz. 30). Die Beklagte habe in der Vergangenheit bereits mehrfach versucht, den Kontakt zwischen ihm und den Kindern zu unterdrücken. So habe sie z.B. grundlos die Kommunikation der Kinder mit ihm unterbrochen, womit nach dem Umzug erneut zu rechnen sei (Urk. 1 Rz. 31). Die Vorinstanz habe die Verhältnisse bislang überhaupt nicht abgeklärt. Aktuell laufe eine sozialpädagogische Familienbegleitung mit diagnostischer Abklärung, womit eine Kindeswohlgefährdung bei einem Umzug noch viel naheliegender sei als bei einer Familie, bei der alles rund laufe (Urk. 1 Rz. 32). Damit sei glaubhaft gemacht, dass mit dem Umzug nach F._____ eine Kindeswohlgefährdung drohe, womit die Vorinstanz die Massnahme selbst unter Berücksichtigung der strengeren Voraussetzungen nach Art. 307 ZGB hätte anordnen müssen (Urk. 1 Rz. 33). Ferner hätte sie die Kinder anhören müssen (Urk. 1 Rz. 38 ff.).

In der Stellungnahme vom 26. Juni 2023 führt der Kläger aus, der Indikationsbericht zeige, wie belastet die Kinder seien. Der beabsichtigte Umzug stelle eine offensichtliche Kindeswohlgefährdung dar (Urk. 18 S. 2). Der Indikationsbericht nenne mehrere Gründe, die gegen einen Wegzug der Kinder nach E._____ sprächen, z.B., dass die Kinder sich gegenüber der Beklagten oftmals oppositionell verhalten würden und es ihr nicht gelinge, umzusetzen, was die Kinder benötigten. Abmachungen mit ihr hielten gemäss den Lehrerinnen D._____s nicht lange und ihr fehlten geeignete Strategien, um erzieherisch wirksam zu handeln. Die Beklagte sei insbesondere mit der Betreuung von C._____ überfordert und schlage sogar eine Platzierung vor. Die neue Regelung, wonach C._____ seit April 2023 mehrheitlich von ihm betreut werde, sei nach mehreren gewalttätigen Vorfällen zwischen der Beklagten und C._____ vereinbart worden. Wenn die Beklagte schon in Zürich nicht in der Lage sei, die Kinder angemessen zu betreuen, könne sie den Kindern die erforderliche Betreuung mit klarer Struktur und Konsequenzen in F._____ alleine nicht bieten und wäre noch überforderter. Die Kinder wären häufiger alleine,

weil er nicht präsent wäre. Auch die Weiterführung der therapeutischen Massnahmen oder eine gemeinsame Mediation wäre nicht möglich. Die im Indikationsbericht gegen ihn erhobenen Vorwürfe trafen nicht zu. Insbesondere sei es nicht so, dass er nicht kooperieren würde. Vermutlich hätten sprachliche Probleme zu diesen falschen Schlüssen geführt. Es gelte zudem zu beachten, dass er sich in der Berichtsperiode in der Probezeit einer neuen Stelle befunden und C._____ neu überwiegend betreut habe. Er unterstütze die Empfehlungen des Indikationsberichts und werde zukünftig kooperieren (Urk. 18 S. 2 f.).

6. Die Beklagte führt in der Stellungnahme vom 26. Juni 2023 aus, wie die Vorinstanz einleuchtend begründet habe, müsse den Kindern durch eine Veränderung ihres Aufenthaltsorts eine unmittelbare Gefahr drohen, damit superprovisorische Massnahmen erlassen werden könnten. Nicht ausschlaggebend sei, ob die Wahrnehmung eines Besuchsrechts erschwert werde (Urk. 17 S. 2). Im Indikationsbericht werde nicht erwähnt, dass die Kinder durch einen Wegzug gefährdet seien. Vielmehr werde erwähnt, dass die Integration in der Schule in G._____ nur mühevoll voranschreite, wofür insbesondere auch die Streitigkeiten und unterschiedlichen Lebensführungen der Eltern verantwortlich seien. Die Kooperationsfähigkeit und der Kooperationswille des Klägers schienen nicht genügend ausgeprägt zu sein, sodass der Schluss naheliege, dass das Kindeswohl bei einem häufigeren Aufenthalt beim Kläger in Gefahr sei. Der Indikationsbericht nehme auf aktuellste Entwicklungen keinen Bezug. Nach den Besprechungen im März und April 2023 seien insbesondere bei C._____ die Absenzen und der Nichtbesuch von Therapien noch häufiger zu verzeichnen. Ein Neuanfang an einem anderen Ort biete daher eine Chance. Die Kinder würden in F._____ am gleichen Ort wie ihre Grosseltern und der Götti von C._____ wohnhaft sein. Insbesondere C._____ habe sich bei früheren Aufenthalten in F._____ immer sehr wohl gefühlt und habe Kontakte zu diversen gleichaltrigen Kindern. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sie wegen diverser Übergriffe ein Strafverfahren gegen den Kläger habe in Gang setzen müssen (Urk. 17 S. 2 f.).

In der Eingabe vom 30. August 2023 führt die Beklagte aus, das Obergericht werde dringend gebeten, die im Beschluss vom 2. August 2023 erwähnten

Weisungen an den Kläger und die Beiständin derart zu formulieren, dass auch eine Kontrolle über deren Einhaltung stattfindet, verbunden mit Konsequenzen bei Nichteinhaltung (Urk. 64 S. 1). Bereits jetzt könne gesagt werden, dass sich der Kläger nicht an die Besuchsrechtsregelung halte und ihr C._____ entziehe. Das Obergericht sei eingeladen, diese Regelung zu verfeinern und mit Sanktionen bei Nichteinhaltung zu versehen. Es werde höflich um Beachtung dieser Wünsche gebeten (Urk. 64 S. 2).

7.1. Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung droht und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 ZPO). In Bezug auf vorsorgliche Massnahmen im eherechtlichen Kontext kommt dem Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils indessen nur geringe Bedeutung zu, weil mögliche Konfliktpunkte zwischen den Parteien sofort durch eine "Friedensordnung" beseitigt werden sollen; insofern genügt es zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist (*OGer ZH LE140025 vom 25.08.2014, E. 4.2.*). Vor diesem Hintergrund ist auch bei Kinderbelangen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil grundsätzlich zu bejahen bzw. das Hauptaugenmerk ist auf die Frage zu richten, ob das Begehren in der Sache begründet erscheint (Glaubhaftmachung eines materiellen Anspruchs sowie dessen Gefährdung und Dringlichkeit).

7.2. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Aufenthaltsortswechsel der Kinder nach Art. 301a Abs. 2 ZGB zu bewilligen oder zu verbieten ist, bildet die vom Gesetzgeber bewusst getroffene Entscheidung, die Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit der Eltern zu respektieren und selbst dem Kindeswohl voran zu stellen. Es ist mithin – vorbehalten Rechtsmissbrauch – nicht nach den Motiven für den elterlichen Wegzug zu forschen, sondern von dieser Prämisse auszugehen. Dementsprechend lautet die vom Gericht zu beantwortende Frage nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile am angestammten Ort verbleiben würden. Die entscheidende Fragestellung ist vielmehr, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem wegzugswilligen Elternteil wegzieht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, was regelmässig eine Obhutsum-

teilung impliziert. Ist nur (aber immerhin) ein Elternteil willens und in der Lage, die Kinder bei sich aufzunehmen und persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzepts für das Wohl der Kinder zu sorgen, so ist der Entscheidung, wo sich der gewöhnliche Aufenthaltsort der Kinder befinden soll, imperativ präjudiziert; eine nähere Diskussion des Kindeswohls läuft bei einer solchen Ausgangslage von vornherein ins Leere. Die grundsätzliche Erziehungsfähigkeit des ansprechenden Elternteils sowie der Wille und die Fähigkeit, im Rahmen eines tauglichen Konzepts für eine angemessene, im Wohle der Kinder stehende Betreuung zu sorgen, bilden somit gewissermassen die Grundvoraussetzungen dafür, dass die Wegzugsfrage überhaupt einer näheren Prüfung bedarf (*OGer ZH LY180022 vom 22.08.2018, E. 5.1. m.w.H.*).

8.1. Mit Beschluss vom 2. August 2023 (Urk. 55) wurde die Obhut über den Sohn C._____ für die weitere Dauer des Verfahrens dem Kläger zugeteilt, womit die Berufung in diesem Umfang als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend D._____ zu Recht abgewiesen hat. Im vorliegenden Fall erscheint glaubhaft, dass die Beklagte den Umzug der Kinder nach F._____/E._____ per 9. Juli 2023 ohne Einverständnis des Klägers angemeldet und mit D._____ mittlerweile vollzogen hat (Urk. 4/2; Urk. 73). Damit hat sie den aus Art. 301a ZGB fliessenden Anspruch des Klägers verletzt. Jedoch ist die für den Erlass vorsorglicher Massnahmen notwendige positive Hauptsachenprognose alleine deswegen noch nicht gegeben, da die Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts alleine nicht dazu führt, dass dem wegzugswilligen Elternteil der Umzug zu verbieten ist. Gemäss klarer bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat nämlich selbst ein unbewilligter Umzug sanktionslos zu bleiben (BGE 144 III 10 E. 5). Insofern ist für die Hauptsachenprognose vielmehr massgebend, ob der Beklagten der Umzug mit D._____ zu bewilligen oder zu verbieten wäre, wobei dem Entscheid die Annahme zugrunde zu legen ist, dass die Beklagte ihren Aufenthaltsort nach F._____ verlegt (siehe E. 7.2.). Entsprechend ist zu prüfen ist, ob das Wohl von D._____ besser gewahrt ist, wenn sie mit der Beklagten nach F._____/E._____ wegzieht oder beim Kläger in Zürich verbleibt. Ausgangspunkt für diese Frage bildet gemäss den vorherigen Ausführungen die Frage, ob die Parteien erziehungsfähig

sind und über ein kindswohlgerechtes Betreuungskonzept verfügen (siehe E. 7.2.). Wie bereits in der Verfügung vom 27. Juni 2023 ausgeführt, ist das Betreuungskonzept des Klägers nicht bekannt und unklar, ob er die alleinige Obhut über D._____ ausüben kann und will. So beantragte er zunächst eine alternierende Obhut mit hälftigen Betreuungsanteilen (Urk. 11 S. 5; Urk. 12/1 S. 2) und stellte lediglich ein Gesuch um Zuteilung der alleinigen Obhut für C._____. Das Vorliegen eines kindswohlgerechten Betreuungskonzepts ist jedoch eine grundlegende – und hier fehlende bzw. unklare – Voraussetzung dafür, dass eine Obhutzuteilung an den Kläger überhaupt möglich wäre. Bereits aus diesem Grund fällt die Hauptsachenprognose nicht zugunsten des Klägers aus. Es ist mithin nicht glaubhaft gemacht, dass ihm die Obhut über D._____ zugesprochen würde.

8.2. Was die Erziehungsfähigkeit der Beklagten betrifft, so rügt der Kläger, dass die Beklagte die Kinder "mehrfach" ungenügend betreut habe (Urk. 1 Rz. 29), mit C._____ nicht "altersgerecht" umgehen könne (Urk. 1 Rz. 30) und in der Vergangenheit bereits mehrfach versucht habe, den Kontakt zwischen dem Kläger und den Kindern zu unterdrücken (Urk. 1 Rz. 31). Konkrete Anhaltspunkte, wonach die Beklagte ihrer Betreuungsverantwortung nicht nachkommt, bestehen mit diesen pauschalen Behauptungen jedoch nicht. Dass die Beklagte in jüngerer Vergangenheit den Kontakt zwischen den Kindern und dem Kläger nicht zugelassen habe, behauptet der Kläger nicht einmal. Entgegen seinen Ausführungen findet sich in der Scheidungsvereinbarung auch kein Hinweis darauf, dass die Beklagte je die Kommunikation unterbrochen hätte (Urk. 1 Rz. 31; Urk. 12/4/2). Dass die Beklagte D._____ jemals nicht "altersgerecht" behandelt habe, behauptet der Kläger sodann ebenfalls nicht.

8.3. Was den Indikationsbericht betrifft, so hält dieser zwar fest, dass es der Beklagten oftmals nicht gelinge, Grenzen zu setzen oder Regeln durchzusetzen, insbesondere in Bezug auf C._____ (Urk. 11 S. 8, S. 11), und die Unterstützung der Kinder in schulischen Angelegenheiten nicht ausreichend sei (Urk. 11 S. 11). Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte erziehungsunfähig ist und die Belastung der Kinder respektive deren auffälliges Verhalten einzig von der Erziehung der Beklagten herrührten, lassen sich dem Indikationsbericht jedoch nicht entnehmen. Der

Indikationsbericht verortet die Ursache der Belastung der Kinder vielmehr in den Konflikten zwischen den Eltern und der unterschiedlichen Ansicht des Klägers und der Beklagten, was die Erziehung der Kinder und insbesondere auch die Behandlung des ADHS (mit Ritalin) betrifft (Urk. 11 S. 14, S. 20 f.). So hält der Indikationsbericht auch fest, dass es für die Beklagte deshalb schwierig sei, konsequent zu sein, weil die Kinder dann zum Kläger wechselten, und dass die Kinder, insbesondere C._____, die Eltern aufgrund deren unterschiedlichen Erziehungshaltungen gegeneinander ausspielen würden (Urk. 11 S. 21). Jedoch erkennt die Beklagte die Bedürfnisse der Kinder (Urk. 11 S. 22), möchte Hilfe annehmen (Urk. 11 S. 22) und bietet Rhythmus, Strukturen und Regeln, auch wenn diese von C._____ nicht eingehalten werden (Urk. 11 S. 7 f.). Auch scheint sie besser in der Lage zu sein, die Schulbildung der Kinder zu gewährleisten, da die Kinder unter ihrer Obhut eher pünktlich zur Schule gehen (Urk. 11 S. 7 f. S. 12, S. 18 ff.). Abmachungen mit der Schule hielten zwar nicht lange, jedoch sei es gemäss den Lehrerinnen von D._____ demgegenüber mit dem Kläger nicht einmal möglich, Abmachungen zu treffen (Urk. 11 S. 18 f.). Zusammengefasst ist nicht von der Erziehungsunfähigkeit der Beklagten auszugehen, welche eine Zuteilung der Obhut an sie verunmöglichen würde.

8.4. Insgesamt erscheint zum jetzigen Zeitpunkt glaubhaft, dass das Kindeswohl besser gewahrt ist, wenn D._____ mit der Beklagten nach F._____/E._____ zieht. Damit fehlt es an einer günstigen Hauptsachenprognose, weshalb die Voraussetzungen zum Erlass der vom Kläger beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben sind. Die Vorinstanz hat das Gesuch des Klägers daher zu Recht abgewiesen. Angesichts dessen ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Kinder nicht angehört hat. Ohnehin besteht die Pflicht, ein Kind anzuhören, nur einmal im Verfahren (BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 3.3.2.), wobei der Entscheid über den Zeitpunkt der Anhörung durch das Gericht zu bestimmen ist. Die Kinder brauchen jedoch nicht zu jedem Massnahmebegehren angehört zu werden. Das Hauptverfahren vor der Vorinstanz ist noch nicht abgeschlossen, weshalb auch noch nicht davon gesprochen werden kann, dass die Vorinstanz das Recht verletzt hat, indem keine Kindesanhörung stattgefunden hat.

8.5. In einem zweiten Schritt bleibt damit zu prüfen, ob eine Kindswohlgefährdung glaubhaft gemacht wurde und gestützt auf Art. 307 ZGB eine entsprechende Weisung an die Beklagte zu erlassen ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt eine solche Weisung nur in Frage, wenn eine Platzierung der Kinder anders als im Haushalt des wegzugswilligen Elternteils nicht in Frage kommt, die Veränderung des Aufenthaltsortes die Kinder in unmittelbare Gefahr gebracht hat und das Rückgängigmachen der Ortsveränderung diese Gefahr beseitigen würde (BGE 144 III 10 E. 5). Aus demselben bundesgerichtlichen Entscheid ist klar ersichtlich, dass eine Kindswohlgefährdung wegen des Umzugs alleine nur in Ausnahmefällen – beispielsweise beim Umzug in ein Krisengebiet – anzunehmen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, sondern die Beklagte möchte mit D._____ nach F._____/E._____ wegziehen, wo ihre Familie lebt und wo sie bereits zuvor mit den Kindern gelebt hat (Urk. 11 S. 2, S. 4, S. 10). Eine Kindswohlgefährdung durch den Umzug ist nicht ersichtlich. Dass die Beklagte mit den Kindern in den letzten Jahren oftmals umgezogen ist, ist angesichts der damit erfolgenden Entwurzelung nicht ideal, erreicht aber noch nicht den Grad einer Kindswohlgefährdung. Daher ist keine entsprechende Weisung zu erlassen, welche der Beklagten den Umzug als Kindesschutzmassnahme verbietet. Auch daher erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen, soweit sie nicht bereits als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

9. Was die mit Eingabe vom 30. August 2023 geäusserten "Wünsche" der Beklagten betrifft, so ist davon auszugehen, dass es sich dabei um Anregungen und nicht um eigentliche Anträge handelt, weshalb auch keine formelle Entscheidung darüber erfolgt. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass es an einer rechtsgenügenden Begründung fehlt und somit an einem Anlass, um von Amtes wegen tätig zu werden. So macht die Beklagte nicht einmal geltend, dass der Kläger und die Beiständin die ihnen erteilten Weisungen nicht einhalten würden, weshalb es an der Notwendigkeit zur Androhung von Sanktionen mangelt. Aus dem von der Beiständin eingereichten Bericht vom 21. September 2023 geht hervor, dass sich sowohl der Kläger als auch die Beiständin an die ihnen erteilten Weisungen bzw. Aufträge halten (Urk. 71). Hinzu kommt, dass aus dem Bericht der Beiständin hervorgeht, dass vielmehr die Beklagte die Therapie von C._____ bei

Dr. I. _____ torpedierte (Urk. 71 S. 2). Schliesslich bleibt auch unsubstantiiert und unbelegt, dass der Kläger C. _____ der Beklagten entzieht. Das vom Kläger eingereichte E-Mail (Urk. 68/5) deutet vielmehr darauf hin, dass das Besuchsrecht stattgefunden hat. Inwiefern die Regelung "verfeinert" werden soll, bleibt unklar. Damit besteht derzeit kein weiterer Handlungsbedarf.

10.1. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Hinzu kommt die Entschädigung für die Vertretung des Kindes (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), welche vorab aus der Gerichtskasse zu bezahlen ist (Urwyler/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 95 N 15). Der Kindsvertreter macht für das vorliegende Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 3'274.10 inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer geltend. Der Aufwand erscheint als angemessen und wurde von keiner Partei beanstandet (Urk. 66). Der Kindsvertreter ist somit mit Fr. 3'274.10 aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Praxisgemäss werden Kindern keine Kosten auferlegt. Da der Kläger zwar im Hinblick auf D. _____ unterliegt, in Bezug auf C. _____ aber seinen Anträgen mittlerweile gefolgt und die Obhut ihm zugeteilt wurde, sind die Kosten des Verfahrens dem Kläger und der Beklagten je hälftig aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

10.2. Beide Parteien haben ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 3; Urk. 17 S. 2). Der Kläger erzielt derzeit ein Einkommen von Fr. 3'563.85 netto (Urk. 4/7-9). Das Betreibungsamt hat das betriebsrechtliche Existenzminimum des Klägers auf Fr. 3'531.60 (ohne die geschuldeten Unterhaltsbeiträge, aber inklusive eines Grundbetrags von Fr. 467.– für die Kinder) festgesetzt und das Einkommen bis zum 16. September 2023 gepfändet (Urk. 4/10 S. 5 i.V.m. Urk. 4/11 S. 2). Selbst wenn man den Grundbetrag für die Kinder nicht berücksichtigte, verblieben dem Kläger nicht genügend finanzielle Mittel, um die mutmasslich anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert eines Jahres zu begleichen. Er gilt daher als mittellos. Ferner obsiegte er im Verlauf des Verfahrens mit seinem Antrag auf vorsorgliche Zuteilung der Obhut über C. _____, weshalb sein Standpunkt nicht als aussichtslos betrachtet werden konnte. Ein Anspruch auf Prozesskostenbeitrag vom geschiedenen Ehegatten besteht jedoch

nicht, weshalb sein diesbezügliches Gesuch abzuweisen ist. Daher ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen und ihm in der Person von Rechtsanwältin X1._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass Rechtsanwältin X1._____ das Mandat am 18. Juli 2023 niedergelegt hat (Urk. 42), womit sie als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Klägers zu entlassen ist. Da der Kläger bzw. sein neuer Rechtsvertreter X._____ kein Gesuch um Wechsel der unentgeltlichen Rechtsvertretung gestellt haben, sind die Aufwendungen von Rechtsanwalt X._____ von der unentgeltlichen Rechtspflege nicht mehr erfasst.

10.3. Die Beklagte stellte ihrerseits ebenfalls ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, welches sie aber nicht begründete (Urk. 17). Da von einer anwaltlich vertretenen Partei erwartet werden kann, dass sie das Gesuch um unentgeltlichen Rechtspflege begründet, brauchte keine entsprechende Frist angesetzt zu werden. Es ist nicht Sache des Gerichts, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (BGer 5A_855/2012 vom 13. Februar 2013, E. 5.4 m.w.H.). Daher ist das Gesuch der Beklagten abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung des Klägers wird in Bezug auf C._____ als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird gutgeheissen und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Rechtsanwältin X1._____ wird per 18. Juli 2023 als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Klägers entlassen.
4. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird – soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde – abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 8. Juni 2023, wird bestätigt.
2. Das Gesuch des Klägers um Leistung eines Prozesskostenbeitrags wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'300.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 3'274.10 Honorar Kindsvertreter

Fr. 6'574.10 Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt. Der Kostenanteil des Klägers wird zufolge der ihm für das Berufungsverfahren gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2-22, an den Verfahrensbeteiligten, an Rechtsanwältin X1._____, an die KESB Horgen im Doppel für sich und für die Beiständin J._____, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten sowie die Akten der KESB Horgen (Urk. 20/1-154 und Urk. 21/1-148) 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 Be-

schwerde 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 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.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:

jo