

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss vom 23. August 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (begründeter Entscheid über vor-
sorgliche Massnahmen betreffend Untersagung Wegzug)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfah-
ren des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 31. Mai 2023; Proz. FP230001**

Vorsorgliches Massnahmebegehren:

– des Klägers (act. 6/1 S. 1):

"1. Es sei der Beklagten die Verlegung des Wohnsitzes des gemeinsamen Sohnes C._____, geb. tt.mm.2014, nach D.____ (Deutschland) unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB zu untersagen.

Der Antrag Ziff. 1 sei im Rahmen **vorsorglicher Massnahmen mit superprovisorischer Wirkung** ohne Anhörung der Kindesmutter zu entsprechen.

[...]

7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

– der Beklagten (act. 6/8 sinngemäss):

1. Die Anträge in Ziffer 1 und 2 der Klage vom 10. Februar 2023 auf Erlass vorsorglicher Massnahmen seien abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 39 = act. 5 S. 9)

1. Der Beklagten wird unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall einstweilen untersagt, den Wohnsitz des gemeinsamen Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2014, nach D.____ (Deutschland) zu verlegen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit der Hauptsache entschieden.
- 3./4. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand, sofortige Vollstreckbarkeit].

Berufungsanträge:

– der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

"1. Es sei die vorsorgliche Massnahme, welche der Beklagten einstweilen untersagte den Wohnsitz des gemeinsamen Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2014, unter Hinweis auf die Straffolgen von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall, nach D.____ (Deutschland) zu verlangen, aufzuheben.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers."

– des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 13 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% Mwst zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

A. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. A._____ (Beklagte und Berufungsklägerin, fortan Beklagte) und B._____ (Kläger und Berufungsbeklagter, fortan Kläger) heirateten am tt. Februar 2009 in E._____, Deutschland. Sie sind die Eltern der gemeinsamen Tochter F._____, geboren am tt.mm.2006, und des gemeinsamen Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2014 (act. 6/4/3; act. 6/1 S. 3). Mit Urteil vom 7. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr. FE220033-B) wurde die Ehe der Parteien vom Bezirksgericht Andelfingen geschieden. Die Kinder F._____ und C._____ wurden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen und die Obhut über die Kinder wurde beiden Parteien mit wechselnder Betreuung übertragen. Der Wohnsitz der Kinder wurde bei der Beklagten festgelegt. Auf die ausdrückliche Regelung der Betreuungsanteile in Bezug auf die Tochter F._____ wurde mit Rücksicht auf deren Alter verzichtet. Die genehmigte Betreuungsregelung für den Sohn C._____ lautete wie folgt (act. 6/4/23 = act. 6/3/2 S. 3 ff., insbes. Dispositiv-Ziffer 5. und 6./2.c):

"Die Parteien einigen sich über die Aufteilung der Betreuung des Sohnes C._____ von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt Folgendes:

Betreuung durch den Kläger:

- wöchentlich Montagnachmittag nach Schulschluss bis Mittwochmorgen Schulbeginn
- in ungeraden Wochen Freitag nach Schulschluss bis Montagmorgen Schulbeginn
- während der Hälfte der Schulferien von C._____

[Ferienaufteilung].

In der übrigen Zeit wird der Sohn von der Beklagten bereut.

Ist eine Partei aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selber zu übernehmen, ist sie verpflichtet, für eine angemessene Betreuung des Sohnes durch eine Drittperson auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an die andere Partei ist möglich; diese ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen."

2.1. Die Beklagte schrieb dem Kläger am 26. Januar 2023 eine Whats-App-Nachricht, in der sie mitteilte in G._____/D eine Anstellung gefunden zu haben. Sie bat den Kläger daher um Erlaubnis, mit den Kindern nach Deutschland umziehen zu dürfen (act. 6/3/3). Der Kläger liess daraufhin durch seine Rechtsvertreterin mit E-Mail vom 27. Januar 2023 an den Rechtsvertreter der Beklagten mitteilen, dass er sich einem Umzug von F.____ nicht entgegenstelle, er mit einem solchen von C.____ jedoch nicht einverstanden sei (act. 6/3/5). Am 31. Januar 2023 stellte die Beklagte bei der KESB Schaffhausen einen Antrag auf Bewilligung des Umzuges mit den Kindern nach D.____/D (act. 6/3/4).

2.2. Am 10. Februar 2023 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Andelfingen eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 7. Oktober 2022 ein; er beantragte die alleinige Obhut über den Sohn C.____, entsprechend eine Anpassung der Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Sohn und der Beklagten, eine Abänderung des Kindesunterhalts sowie die Feststellung, dass keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge geschuldet seien. Der Kläger verlangte, die alleinige Obhut über C.____ sei (vorab) vorsorglich anzuordnen. Zudem sei der Beklagten die Verlegung des Wohnsitzes des Sohnes C.____ nach D.____/D im Sinne einer superprovisorisch anzuordnenden vorsorglichen Massnahme zu untersagen (act. 6/1 S. 2). Mit Verfügung vom 13. Februar 2023 gab die Vorinstanz letzterem Antrag – unter Strafantrohung an die Beklagte im Widerhandlungsfall – superprovisorisch statt und setzte der Beklagten eine zwanzigtägige Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren an (act. 6/5 S. 5). Die Beklagte liess am 22. Februar 2023 eine Stellungnahme einreichen (act. 6/8). Die Vorinstanz stellte ihr daraufhin mit Verfügung vom 28. Februar 2023 die Klagebeilagen zu und gewährte ihr die Möglichkeit, eine allfällige Ergänzung zu ihrer Stellungnahme zum Massnahmebegehren (Untersagung Wegzug) einzureichen (act. 6/10). Am 14. März 2023 ging bei der Vorinstanz eine Stellungnahme der

Tochter F._____ bezüglich des Umzuges ein (act. 6/12). Mit Verfügung vom 20. März 2023 stellte die Vorinstanz die Stellungnahme der Beklagten vom 13. Februar 2023 dem Kläger und die Eingabe der Tochter F._____ den Parteien zu und es wurde den Parteien in Aussicht gestellt, dass in der Hauptsache mit separatem Schreiben zur Einigungsverhandlung vorgeladen werde (act. 6/13). Am 23. März 2023 lud die Vorinstanz die Parteien zur Einigungsverhandlung auf den 31. Mai 2023 vor (act. 6/16). Die Beklagte erstattete bei der Vorinstanz am 27. März 2023 eine Gefährdungsmeldung in Bezug auf die Kinder F._____ und C._____ (act. 6/18). Der Kläger bestritt mit Eingabe vom 3. April 2023 die Vorwürfe der Beklagten (act. 6/21). Die Beklagte beantragte mit Eingabe vom 5. April 2023, der Kläger sei zur Herausgabe der Ausweisdokumente der Kinder (für Italienferien) zu verpflichten (act. 6/22). Die Vorinstanz zog am 11. April 2023 die Akten der KESB Kanton Schaffhausen bei (act. 6/25A-27). Am 19. April 2023 fand die Anhörung der Kinder F._____ und C._____ statt (act. 6/28), deren Protokoll im Anschluss den Parteien zur Kenntnis gebracht wurde (act. 6/29). Anlässlich der am 31. Mai 2023 durchgeführten Einigungsverhandlung konnte zwischen den Parteien keine Einigung gefunden werden (Prot. Vi S. 7 f.). Mit Verfügung vom 31. Mai 2023 entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinne über das Gesuch um Untersagung des Wegzugs von C._____ im Sinne einer vorsorglichen Massnahme. Der Entscheid erging zunächst in unbegründeter Form (act. 6/31). Die Beklagte verlangte eine Begründung (act. 6/35 und act. 6/38). Der begründete Entscheid wurde am 7. Juli 2023 versandt (act. 6/39 = act. 5).

3.1. Mit Eingabe vom 10. Juli 2023 (Datum Poststempel: 11. Juli 2023) erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 31. Mai 2023. Sie stellte die eingangs genannten Rechtsmittelanträge (act. 6/40/2; act. 2 S. 2).

3.2. Die vorinstanzlichen Akten, inklusive jene des Scheidungsverfahrens FE220033-B, wurden beigezogen (act. 6/1-44). Mit Verfügung vom 31. Juli 2023 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 7). Die Beklagte gelangte mit E-Mail vom 4. August 2023 an die Kammer und machte geltend, dass eine allfällige Kinderanhörung in den Schulferien stattfinden sollte

(act. 10). Die Kammer wies die Beklagte im Schreiben vom 7. August 2023 auf die Anforderungen an Eingaben an das Gericht hin und hielt zudem fest, dass derzeit keine Kinderanhörung vorgesehen sei (act. 11). Die E-Mail der Beklagten und das Schreiben des Obergerichts wurden den Rechtsvertretern der Parteien zur Kenntnis zugestellt (act. 12/1-2). Der Kläger erstattete die Berufungsantwort in der Folge innert Frist, sie ging am 14. August 2023 bei der Kammer ein (act. 13). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Beklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsantwortschrift des Klägers samt Beilagen zuzustellen.

B. Prozessuales

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Frage, ob ein Wegzug des Sohnes C._____ nach D._____, Deutschland, vorsorglich zu verbieten resp. zu bewilligen ist. Damit liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen einzureichen. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift. Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch 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 (vgl. BK ZPO-Sterchi, Bd. II, Bern 2012, Art. 310 N 3; Blickenstorfer, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). In Abweichung zu Art. 317 Abs. 1 ZPO können in Kinderbelangen neue Tatsachen und Beweismittel auch noch im Berufungsverfahren vorgebracht werden (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.; vgl. auch Urteil 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2).

3. Nach Art. 318 Abs. 1 ZPO kann der Berufungsentscheid sowohl reformato-
risch als auch kassatorisch ausfallen. Eine Kassation erfolgt etwa, wenn ein wesentlicher Teil der Klage resp. des Gesuchs nicht beurteilt wurde und/oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c

Ziff. 1+2 ZPO). Die Berufungsinstanz sieht grundsätzlich davon ab, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen resp. (erstmalig) Beweiserhebung durchzuführen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 318 N 35 f.). Im Falle schwerwiegender Verfahrensmängel bzw. schwerer Gehörsverletzung erfolgt regelmässig eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhaltes sowie zur neuen Entscheidung (OGer ZH LY140024 vom 12. September 2014 E. II.5.). Ausnahmsweise kann die Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn die Verletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz. Bei einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs darf dann von einer Rückweisung der Sache abgesehen werden, wenn dies zu einem blossen formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

C. Erwägungen der Vorinstanz / Parteivorbringen

1. Die Vorinstanz befand sich für einen Entscheid über die Zustimmung bzw. Untersagung des Wechsels des Aufenthaltsortes des Kindes gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB als vorsorgliche Massnahme im Verfahren der Abänderung des Scheidungsurteils zuständig, dies unter Verweis darauf, dass sich die KESB Schaffhausen hinsichtlich des von der Beklagten bei ihr gestellten Antrages aufgrund der Anhängigkeit des Verfahrens vor Gericht als nicht (mehr) zuständig erachtete. In Bezug auf die zu prüfenden Voraussetzungen erwog die Vorinstanz, dass an die Begründung des Antrages durch den Kläger keine übertriebenen Anforderungen zu stellen seien (act. 5 S. 5). Die Vorinstanz prüfte und bejahte das Bestehen einer *besonderen zeitlichen Dringlichkeit* sowie *Gefährdungslage für das Kindeswohl* durch den Aufenthaltswechsel ins Ausland. Die Untersagung eines solchen hielt sie für *geeignet und verhältnismässig*, um die alternierende Obhut und somit das Kindeswohl von C._____ zu sichern. Konkret erachtete die Vorinstanz die Dringlichkeit als gegeben, da die Beklage seit dem 9. Januar 2023 in G._____/D arbeite und für die Wohnung in D._____/D Miete bezahle, demnach bereits grössere Vorbereitungen für einen Umzug mit dem Sohn C._____ getrof-

fen worden seien. Weiter sei nach der Vorinstanz glaubhaft, dass die Beklagte durch einen Aufenthaltswechsel Fakten schaffen, die gut eingespielte Betreuungssituation von C._____ eigenmächtig ändern und die alternierende Obhut durch den Umzug vereiteln würde. Die gemäss Scheidungsurteil vereinbarte Betreuung des Sohnes durch den Kläger würde aufgrund der beinahe doppelt so langen Fahrzeit nach D._____/D (4 x 36.4km resp. pro Weg 44 Minuten) wesentlich erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht. Längere Autofahrten seien auch keineswegs mit dem Kindeswohl von C._____ zu vereinbaren. Die Beklagte habe im Scheidungsverfahren in der Einigungsverhandlung vom 30. September 2022 selbst gesagt, ein Umzug nach Deutschland sei nicht geplant, da sie auch Pflichten gegenüber C._____ habe. In der Kinderanhörung habe C._____ klar zu verstehen gegeben, lieber in H._____ bleiben zu wollen. Über die genauen Gründe (Partner, Arbeitsort, Schule von F._____ oder anderweitig) der Beklagten für den beabsichtigten Wohnortswechsel könne nur spekuliert werden. In Bezug auf den Schulbesuch von F._____ in Deutschland könne – entgegen der Vorbringen der Beklagten – keinesfalls von einem neuen Lebensumstand gesprochen werden. Die Untersagung des Wegzugs von C._____ ins Ausland greife nicht unverhältnismässig in die Rechte der Beklagten ein. Der Kläger stelle sich nicht gegen einen Wechsel der Beklagten (und der Tochter) nach D._____/D; die Untersagung des Wegzugs von C._____ ins Ausland sichere lediglich den Status quo, welcher von den Parteien mithilfe des Gerichts vor acht Monaten getroffen worden sei (act. 5 S. 6-8).

2. Die Beklagte gibt im Wesentlichen an, der Grund für den Umzug nach Deutschland liege in der von ihr dort neu angetretenen Arbeitsstelle (act. 2 S. 4). Sie macht geltend, der Kontakt zwischen C._____ und dem Kläger würde nicht eingeschränkt und die alternierende Obhut nicht gefährdet. Die (vom Kläger zu fahrende) Distanz erhöhe sich nur unwesentlich von 22 auf 36 Kilometer. Letztere müsse der Kläger lediglich zweimal hin- und zurückfahren, was gesamthaft eine kürzere Fahrdistanz (als viermal zur Schule in H._____) ergebe, da C._____ in D._____/D freitags, montags und dienstags keinen Nachmittagsunterricht habe (act. 2 S. 2). Nach der Beklagten bestehe durch die Wohnsitzverlegung keine Gefährdungslage für das Kindeswohl. Die Betreuung von C._____ wäre nicht ge-

fährdet. Die Schule beginne in der Schweiz um 7.30 Uhr oder 8.20 Uhr, in D._____/D beginne sie um 8.45 Uhr und ende um 12.15 Uhr. Trotz längerer Fahrzeit müsste C.____ nicht früher aufstehen. Nach den Sommerferien komme er in die vierte Klasse, womit er ohnehin in eine neue Klasse mit neuen Schülern und Lehrpersonen eingeteilt würde. Die Beklagte verweist im Weiteren auf den sich negativ auf das Kindeswohl auswirkenden Schulweg von F.____ nach D.____/D von täglich drei Stunden sowie auf die enge Beziehung zwischen ihr und C.____. Letzterer habe in der Kinderanhörung angegeben, es mache ihn traurig, seine Schwester nicht so oft zu sehen. Im Falle des Umzuges nach D.____/D würden beide Kinder einen sehr kurzen Schulweg haben und mehr Zeit miteinander verbringen können. Durch ein Verbot der Wohnsitzverlegung des Sohnes würden sie (die Beklagte) und die Tochter F.____ in ihrer persönlichen Freiheit beschränkt. Bei einer Zustimmung zum Wohnsitzwechsel könnte die Wohnung in H.____ aufgegeben werden und es verbliebe mehr Geld sowie Zeit für Freizeitaktivitäten der Kinder (act. 2 S. 3 f.).

3. Der Kläger macht geltend, es komme nicht allein auf die Distanz zwischen D.____/D und I.____, sondern insbesondere auf die Fahrzeit an. Diese betrage bei normalem Verkehrsaufkommen (für die 37 Kilometer) rund 44 Minuten. In der Hauptverkehrszeit sei mit einer deutlich längeren Fahrzeit von rund einer Stunde zu rechnen. An den wöchentlichen Betreuungstagen Montag und Dienstag könne er den Sohn dementsprechend morgens nicht zur Schule bringen und zum Mittagessen wieder abholen, zurückbringen und nochmals abholen. Der Kläger bestreitet, dass C.____ in Deutschland an den Nachmittagen keine Schule hätte. Er führt an, selbst wenn dies für das jetzige Schuljahr stimmte, würde dies nicht für die weiteren Schuljahre gelten. Die alternierende Betreuung wäre durch einen Wechsel des Aufenthaltsortes des Sohnes faktisch vereitelt und die langen Fahrzeiten seien nicht mit dem Kindeswohl zu vereinbaren (act. 13 S. 3 f.). Der Kläger führt weiter aus, dass C.____ seine Schwester nicht so oft sehe, liege nicht an deren Schulbesuch in D.____/D, sondern daran, dass die 17-jährige F.____ auch daheim nichts mehr mit C.____ zu tun haben wolle und nicht so oft mit ihm spiele. F.____ sei bereits im Zeitpunkt des Scheidungsurteils in Deutschland zur Schule gegangen, dennoch sei eine alternierende Obhut vereinbart worden und

die Beklagte habe explizit geäußert, keinen Umzug zu planen. Der Kläger weist darauf, dass es keine Notwendigkeit für F. _____ gewesen sei, eine Schule in Deutschland zu besuchen. Wegen der schlechten Noten von F. _____ stelle sich nun die Frage, ob diese überhaupt noch lange zur Schule gehen werde. Nach dem Kläger wäre es für die Beklagte sodann unproblematisch, zeitnah als Pflegekraft auch in der Schweiz eine Arbeitsstelle zu finden. Der Kläger wirft der Beklagten vor, dass ihre Pläne (auch in Bezug auf das Kindeswohl) wenig durchdacht seien, ständig von ihr umgeworfen würden, sie stets vor Schwierigkeiten davonlaufe und sie sich von einem Ortswechsel eine Verbesserung der Situation verspreche. Von C. _____ habe er erfahren, dass wegen der Schulprobleme von F. _____ gar ein Umzug nach Norddeutschland im Gespräch sei (act. 13 S. 4 f. und 6). Der Kläger weist darauf hin, dass es der Beklagten frei stehe, nach Deutschland umzuziehen, er wäre – wie erstinstanzlich dargelegt – bereit, die Hauptbetreuung von C. _____ zu übernehmen (act. 13 S. 6). Er stellt in Frage, ob eine (auch alternierende) Betreuung von C. _____ durch die Beklagte mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Die Bedenken des Klägers konzentrieren sich im Wesentlichen darauf, dass C. _____ seiner Meinung nach stark untergewichtig und kleiner als der Durchschnitt sei; es liege eine Situation der Mangelernährung vor. Ferien bei der Beklagten verbringe C. _____ fast ausschliesslich in der Wohnung, er mache dann einen sehr lethargischen Eindruck. Die Beklagte sei sehr auf F. _____ fixiert, es würde sich niemand um C. _____ kümmern (mit ihm sprechen, mit ihm essen oder spielen). Hinzukommen würden nun häufige Abwesenheiten der Beklagten wegen ihrer Arbeit in Deutschland. C. _____ sei dann sich selbst überlassen. C. _____ nässe in letzter Zeit auch häufiger nachts ins Bett. Der Kläger sieht den Grund dafür darin, dass es der Beklagten nicht gelinge, C. _____ aus dem Verfahren herauszuhalten. Sie und F. _____ würden C. _____ die Schuld dafür geben, dass sie bisher nicht nach Deutschland hätten umziehen können (act. 13 S. 7 ff.).

D. Zur Sache

1. Auf streitige Verfahren betreffend die Abänderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen finden die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss

mässig Anwendung (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Es gelten demnach die Art. 274-283 ZPO und Art. 290-293 ZPO. Das Gericht trifft "die nötigen vorsorglichen Massnahmen"; die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 Abs. 1 ZPO zielen darauf ab, die Verhältnisse innerhalb der Familie während der Dauer des Verfahrens zu regeln; es handelt sich dabei um sog. Regelungsmassnahmen. Nicht bzw. nur eingeschränkt anwendbar sind insofern die allgemeinen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO. Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bestimmt sich vielmehr nach dem materiellen Recht (siehe OGer ZH LY180022 vom 22. August 2018 E. 4.9. S. 31 f. mit zahlreichen weiteren Verweisen). Über den Erlass der "nötigen vorsorglichen Massnahmen" entscheidet das Gericht im summarischen Verfahren (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO). Sind Anordnungen über ein Kind zu treffen, so erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und es ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und Officialmaxime, Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Das Gericht muss jede Sachverhaltsabklärung vornehmen, die notwendig und geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen (ZK ZPO-Schweighauser, 3. Aufl. 2016, Art. 296 N 11).

2.1. Die von der Vorinstanz geprüfte und bejahte Glaubhaftmachung einer bestehenden besonderen Dringlichkeit in Bezug auf die Untersagung des Wegzugs des Sohnes C._____ bildet grundsätzlich keine (materielle) Voraussetzung gemäss Art. 301a ZGB. Von Relevanz ist sie jedoch hinsichtlich der Frage, ob durch das Gericht im Verfahren der Abänderung des rechtskräftigen Scheidungsurteils über die Zustimmung zum Wegzug resp. die Untersagung des Aufenthaltswechsels von C._____ überhaupt im Sinne einer vorsorglichen Massnahme entschieden werden kann.

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen im Abänderungsverfahren (Art. 284 Abs. 3 i.V.m. Art. 276 ZPO) zum Ausdruck gebracht, dass solche – angesichts der Rechtskraft des bestehenden Scheidungsurteils – nur ausnahmsweise resp. unter restriktiven Bedingungen anzuordnen sei-

en, nämlich in dringenden Fällen und bei Vorliegen besonderer Umstände. Zudem würden bereits im Massnahmeverfahren dieselben strengen Voraussetzungen gelten wie im Abänderungsverfahren selbst; namentlich sei eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse erforderlich. In Bezug auf die Erteilung einer Wegzugsbewilligung erscheine es angesichts der damit verbundenen Auswirkungen in der Regel angebracht, darüber erst mit der Hauptsache zu entscheiden, da dies eine vollständige Sachverhaltsabklärung erfordere. Das Gesetz verbiete es jedoch nicht, im Verfahren der Abänderung des Scheidungsurteils vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 276 Abs. 1 ZPO zu erlassen, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben seien (BGer 5A_641/2015 vom 3. März 2016 E. 4; BGer 5A_274/2016 vom 26. August 2016 E. 4; vgl. zum Ganzen auch OGer ZH LY180022 vom 22. August 2018 E. 4.10. ff.). Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang zudem, dass mit dem Wegzug des Kindes nach Deutschland, welches wie die Schweiz das Haager Kindesschutzübereinkommen ratifiziert hat, grundsätzlich sogleich ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Deutschland begründet würde und die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gemäss Konvention entfiere (Art. 5 Abs. 2 Haager Kindesschutzübereinkommens, HKsÜ; u.a. BGE 143 III 193 E. 2 und BGE 142 III 1 E. 2.1; BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1 m.w.H.). Die Regelung im Kindesschutzübereinkommen betont das Anliegen, dass grundsätzlich die Gerichte am Ort, wo sich das Kind befindet, über Kinderanliegen entscheiden sollen, weil diese mit den Verhältnissen des Kindes am besten vertraut sind. Von der grundsätzlichen Möglichkeit, die Zustimmung des Aufenthaltswechsels des Kindes ins Ausland bereits im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu erteilen, sollte auch unter diesem Aspekt nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden.

2.2. Die Beklagte bekundete mit ihrer Whats-App-Nachricht an den Kläger, mit dem darauffolgenden Antrag auf Zustimmung nach Art. 301a ZGB an die KESB H._____ (act. 6/3/3-4), ihren Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren (act. 6/8) sowie mit der Berufungserhebung den festen Willen zur Wohnsitzverlegung ins Ausland resp. nach D._____/D. Die Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit der Eltern ist – gemäss dem vom Gesetzgeber bewusst getroffenen Entscheid – zu respektieren. Die Motive des wegzugswilligen Elternteils stehen (abgesehen von

Ausnahmefällen) nicht zur Debatte und es ist von der Hypothese auszugehen, dass der Elternteil unabhängig von der Bewilligungserteilung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes wegzieht (BGE 142 III 481 E. 2.5 m.w.H.). In der Wohnsitzverlegung der Beklagten ins Ausland kann eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse als Abänderungsvoraussetzung gesehen werden. Die Dringlichkeit in Bezug auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im vorliegenden Fall wurde von den Parteien nicht in Frage gestellt. Angesichts der gesamten Umstände, insbesondere des erst am Anfang stehenden vorinstanzlichen Verfahrens, des Übertritts von C. _____ in die 4. Klasse resp. dem beginnenden neuen Schuljahr, der neuen Arbeitsstelle der Beklagten in G. _____/D seit Januar 2023 und der von ihr in D. _____/D seit Februar 2023 angemieteten Wohnung (act. 6/3/6-7), erscheint der Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegend als vertretbar.

3.1. Das Recht, den Aufenthaltsort eines Kindes zu bestimmen, ist Teil des Sorgerechts (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Will ein Elternteil bei gemeinsamer elterlicher Sorge den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland verlegen, bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder ersatzweise der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB). Die Rechtsprechung hat Kriterien entwickelt, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem umzugswilligen Elternteil die Bewilligung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zu erteilen ist oder nicht. Ausgangspunkt ist der (bereits erwähnte) vom Gesetzgeber bewusst getroffene Entscheid, die Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit der Eltern zu respektieren. Es ist von der Prämisse auszugehen, dass der Elternteil unabhängig von der Bewilligungserteilung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes wegzieht (BGE 142 III 481 E. 2.5 m.w.H.). Die Frage, wo sich der Aufenthaltsort des Kindes befinden soll, ist ausgerichtet am Kindeswohl zu beantworten. Es ist nicht zu prüfen, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile im Inland verbleiben würden, sondern vielmehr, ob das Kindeswohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem auswanderungswilligen Elternteil wegzieht oder wenn es sich beim anderen Elternteil in der Schweiz aufhält (BGE 142 III 481 E. 2.6; BGE 142 III 502 E. 2.5). Abzustellen ist auf die Kriterien, die im Zusammenhang mit der Obhutszuteilung im Trennungs- oder Scheidungsfall entwickelt worden

sind: Die Interessen der Eltern haben in den Hintergrund zu treten. Von Bedeutung sind die *persönlichen Beziehungen* zwischen Eltern und Kind, die *erzieherischen Fähigkeiten* der Eltern und ihre *Bereitschaft, das Kind in eigener Obhut zu haben und es weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen* sowie das Bedürfnis des Kindes nach der für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht *notwendigen Stabilität der Verhältnisse*. Letzteres erhält bei gleicher Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit besonderes Gewicht (BGE 142 III 481 E. 2.7; BGE 142 III 498 E. 4.4).

Ausgangspunkt der Überlegungen bildet das bisher gelebte Betreuungsmodell. Ist das Kind bislang von beiden Elternteilen weitgehend zu gleichen Teilen betreut worden und sind beide Teile weiterhin willens und in der Lage, persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzeptes für das Wohl des Kindes zu sorgen, so ist die Ausgangslage gewissermassen neutral. Diesfalls ist anhand weiterer Kriterien wie etwa dem familiären und wirtschaftlichen Umfeld, der Stabilität der Verhältnisse, der Sprache und Beschulung, den gesundheitlichen Bedürfnissen sowie der Meinungsäusserung eines älteren Kindes zu eruieren, welche Lösung im besten Interesse des Kindes liegt. War hingegen der wegzugswillige Elternteil bisher ganz oder überwiegend die Bezugsperson (namentlich beim klassischen Besuchsrechtsmodell), wird es tendenziell zum besseren Wohl des Kindes sein, wenn es bei diesem verbleibt und folglich mit ihm wegzieht. Die für einen Verbleib des Kindes in der Schweiz notwendige Umteilung an den anderen Elternteil bedarf jedenfalls der sorgfältigen Prüfung, ob sie tatsächlich dem Kindeswohl entspricht. Massgebend sind stets die Umstände des Einzelfalles. Ist das Kind noch klein und dementsprechend mehr personen- denn umgebungsbezogen, ist eine Umteilung an den anderen Elternteil angesichts des Grundsatzes der Betreuungs- und Erziehungskontinuität nicht leichthin vorzunehmen. Hingegen wird bei einem älteren Kind zunehmend die Wohn- und Schulumgebung sowie der sich ausbildende Freundeskreis wichtig; hier könnte der Verbleib in der Schweiz, soweit eine Umplatzierung zum anderen Elternteil möglich ist, dem Kindeswohl unter Umständen besser dienen. Weiter ist auch zu berücksichtigen, ob das Kind etwa die Sprache am neuen Ort spricht, ob der auswanderungswillige Elternteil in sein Heimatland bzw. in den dem Kind bereits

vertrauten angestammten Familienkreis zurückkehrt resp. zu einem neuen Partner in ein wirtschaftlich und sozial abgesichertes Umfeld zieht oder ob es beispielsweise um Gewinnung von Abstand bzw. um Abenteuerlust und eine Lebensführung mit weitgehend offener Perspektive geht. Schliesslich wird bei einem älteren Kind (ungefähr ab dem 12. Altersjahr) massgeblich auch auf die bei seiner Anhörung geäusserten Wünsche und Vorstellungen abzustellen sein, soweit sich diese mit den konkreten Begebenheiten (tatsächliche Aufnahme- und Betreuungsmöglichkeiten des betreffenden Elternteils) vereinbaren lassen (BGE 142 III 481 E. 2.7). Die Auswanderungsmotive des auswanderungswilligen Elternteils sind indirekt (nur) insofern relevant, als er oder sie offensichtlich nur wegziehen will, um das Kind dem anderen Elternteil zu entfremden: Dies würde die Bindungstoleranz und damit die Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils in Frage stellen, mit der Folge, dass eine Umteilung an den anderen in Erwägung zu ziehen ist (BGE 142 III 481 E. 2.7). Kein Grund, den Wegzug des Kindes zu verbieten, ist für sich alleine genommen im Übrigen der Umstand, dass der persönliche Verkehr mit dem zurückbleibenden Elternteil weniger häufig wird stattfinden können (BGE 142 III 481 E. 2.9).

3.2. Bei einer Entscheidung nach Art. 301a Abs. 2 ZGB geht es somit nicht um eine – gestützt auf das Kindeswohl begründete – Sicherung des status quo im Sinne der Aufrechterhaltung der bisher geltenden, gelebten Obhuts- und Betreuungsregelung, wie sie die Vorinstanz anstrebte. Mithin ist auch nicht massgeblich im Sinne einer Wertung darauf abzustellen, ob ein Elternteil durch den Wegzug ins Ausland Fakten schafft und (eigenmächtig) einen Grund für die Änderung der gelebten Betreuungssituation sowie Obhut setzt. Bei einer Entscheidung nach Art. 301a Abs. 2 ZGB geht es vielmehr darum, ausgehend von der Tatsache des Wegzugs eines Elternteils darüber zu befinden, ob es dem Kindeswohl mehr entspricht, mit diesem mitzugehen oder beim in der Schweiz wohnenden Elternteil zu bleiben. Der Entscheid kann nur in sorgfältiger Abwägung der vorstehend aufgeführten Voraussetzungen (vgl. Erw. D./3.1.) getroffen werden. Die Vorinstanz hat die im Rahmen einer (vorsorglichen) Entscheidung nach Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB relevanten Voraussetzungen nicht im Einzelnen geprüft resp. keine Erwägungen dazu angestellt, insbesondere hat sie auch den diesbezüglichen Sachverhalt als

Grundlage für einen Entscheid nicht genügend abgeklärt: Im Zeitpunkt ihres Entschides lagen ihr einzig die nicht vollständig begründete Klage des Klägers auf Abänderung des Scheidungsverfahrens mit Anträgen auf Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 6/1 S. 2 und 3 Rz. 3), die einseitige Stellungnahme der Beklagten (act. 6/8), eine schriftliche Stellungnahme von F._____ (act. 6/12) und die Protokolle der Kinderanhörung (act. 6/28) vor. Die Vorinstanz führte eine Einigungsverhandlung in der Hauptsache ohne zu protokollierende Parteivorträge durch (in einer Protokollnotiz wurde lediglich festgehalten, die Parteien hätten sich ausführlich zur Sache geäussert; Prot. Vi S. 7). Zu einer mündlichen Massnahmenverhandlung mit Anhörung der Parteien wurde durch die Vorinstanz weder vorgeladen noch wurde eine solche durchgeführt.

Im summarischen Verfahren liegt der Entscheid darüber, wie die Gesuchsantwort zu erstatten resp. das Verfahren durchzuführen ist, mithin mündlich oder schriftlich, grundsätzlich im Ermessen des Gerichts (vgl. Art. 253 ZPO und Art. 256 Abs. 1 ZPO; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 253 N 12 f.). Das dem Gericht eingeräumte Ermessen ist dort beschränkt, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung vorsieht (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Im Eheschutzverfahren stellt Art. 273 Abs. 1 ZPO eine solche gesetzliche Regelung dar, die in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen im Verfahren der Abänderung des Scheidungsurteils gestützt auf Art. 284 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO analog zur Anwendung gelangt. Die mündliche Verhandlung ist als Ausfluss des Unmittelbarkeitsprinzips von zentraler Bedeutung. Auf eine mündliche Verhandlung kann nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist. Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, ergibt sich die Pflicht zur Anhörung der Eltern sodann direkt aus Art. 297 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO. Sie dient der Sachverhaltsfeststellung und ist in Kinderbelangen eine (notwendige) Konsequenz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (OGer ZH LE130059 vom 12. Februar 2014, E. II./2.1 ff. und OGer ZH LY220008 vom 18. Mai 2022 E. III./2.-4., je mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

Die schriftlichen Parteivorträge durch die Rechtsvertreter fielen vor Vorinstanz äusserst knapp aus. Aufgrund des Verweises des Klägers in seiner Eingabe vom 10. Februar 2023, es handle sich um eine Kurzbegründung resp. die Abänderungsklage sei nicht vollständig begründet eingereicht worden (act. 6/1 S. 3, Titel und Rz. 3), ist fraglich, ob er seine Massnahmebegehren in besagter Eingabe überhaupt (schon) begründet hat. Die Beklagte äusserte sich folglich auch nur auf einer knappen Seite zur (superprovisorisch angeordneten) vorsorglichen Massnahme. Vor diesem Hintergrund wäre die Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch die Vorinstanz mit Befragung der Parteien zur Sachverhaltserstellung umso mehr geboten gewesen. Gründe dafür, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen, sind nicht ersichtlich und im Grunde genommen im vorliegenden Fall auch nicht denkbar. Für den gerichtlichen Entscheid bedarf es einer konkreten Entscheidungsbasis hinsichtlich der relevanten, zu prüfenden Voraussetzungen nach Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB, welche aufgrund der in Kinderbelangen zur Anwendung gelangenden Official- und Untersuchungsmaxime von Amtes wegen durch aktives Erforschen zu erstellen ist. Unerlässlich wäre insbesondere das vorinstanzliche Erfragen der tatsächlich gelebten Umstände und des Betreuungskonzeptes vor dem Wegzug gewesen (v.a. etwa, wie die alternierende Obhut und Betreuungsregelung gemäss Scheidungsurteil gelebt wurde, wann C._____ zur Schule ging, welchen Hobbies er an welchen Tagen nachging, wie sich die Parteien und insbesondere der 100% arbeitstätige Kläger in Bezug auf die Betreuung des Sohnes organisierten, wie sich die familiäre/soziale Situation in der Schweiz präsentiert). Auch abzuklären gewesen wäre, in welche Umgebung der Umzug nach Deutschland erfolgen und wie das zukünftige Betreuungs- bzw. Besuchskonzept einerseits bei einem Mitgehen des Kindes ins Ausland (familiäre/soziale Situation in Deutschland, Wohnumstände, Schule und Schulzeiten, Umfang/Zeiten der Arbeitstätigkeit der Beklagten etc.) und andererseits bei einem Verbleib beim anderen Elternteil in der Schweiz (insbesondere Betreuungsmöglichkeit durch den Kläger) aussehen würde. In einer persönlichen Anhörung der Parteien wären deren jeweilige Beziehung zu C._____ und die (bereits im vorinstanzlichen Verfahren; act. 6/18 und act. 6/21) aufgeworfenen Fragen einer Kindswohlfährdung zu klären gewesen. Es fehlt vorliegend an den für einen

Entscheid nach Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB relevanten Sachverhaltsfeststellungen, weshalb es der Kammer nicht möglich ist, darüber zu entscheiden, ob dem Wechsel des Aufenthaltsortes von C._____ nach D._____/D zuzustimmen oder dieser zu untersagen ist.

4.1. Schliesslich ist auf Art. 301a Abs. 5 ZGB hinzuweisen: Wenn bei Uneinigkeit der Eltern das Gericht über die Zustimmung oder Verweigerung eines Wechsels des Aufenthaltsorts des Kindes zu entscheiden hat, so hat es zwingend auch die Regelung betreffend elterliche Sorge, Obhut, persönlichen Verkehr und Unterhalt zu beurteilen bzw. die Betreuungs-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung *so weit nötig* anzupassen, und zwar gegebenenfalls auch für den Fall, dass der wegziehende Elternteil alleine wegzieht (Art. 301a Abs. 5 ZGB; vgl. BGE 142 III 481 E. 2.8: 5: "Materiell bildet die Regelung im Sinn von Art. 301a Abs. 5 ZGB einen notwendigen Bestandteil des Entscheides über den Wegzug"; BGE 142 III 502 E. 2.6).

4.2. Auch in Bezug auf die obligatorische Prüfung einer allfälligen Anpassung des Eltern-Kind-Verhältnisses sind der Vorinstanz Versäumnisse vorzuwerfen: Obwohl der Kläger den Antrag gestellt hat, es sei ihm die alleinige Obhut über C._____ zuzuteilen, und er dies (auch) als vorsorgliches Massnahmebegehren formulierte (act. 6/1 S. 2), hat die Vorinstanz den Antrag nicht behandelt und keine Sachverhaltsabklärungen dazu getroffen. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Beklagte nach Deutschland zieht (vgl. oben Erw. D./2.2.). Fakt ist, dass sie seit Januar 2023 einer Arbeit in G._____/D nachgeht. Abzuklären gewesen wäre (zumindest), ob unter der Prämisse des Umzugs der Beklagten weiterhin eine alternierende Obhut möglich ist oder nicht und ob die Betreuungsregelung einerseits vor dem Hintergrund der Arbeitstätigkeit der Beklagten sowie andererseits der weiteren Distanz zwischen den Wohnorten der Parteien resp. der Schule von C._____ angepasst werden muss. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch im Falle der Untersagung einer Zustimmung zum Wegzug von C._____ nach D._____/D und der klaren Bekundung der Beklagten, diesfalls in H._____ wohnhaft zu bleiben, zu klären wäre, wie und ob sie angesichts ihrer Arbeitstätigkeit in Deutschland ihrer Betreuungsaufgabe im Umfang

der Regelung gemäss Scheidungsurteil nachkommen kann bzw. ob diese angepasst werden müsste.

5.1. Nach dem Ausgeführten hat es die Vorinstanz versäumt, in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmebegehren des Klägers eine mündliche Verhandlung (mit persönlicher Befragung der Parteien) durchzuführen und den rechtserheblichen Sachverhalt zur Frage der Zustimmung bzw. Untersagung des Aufenthaltswechsels des Sohnes C._____ nach D._____/D zu erheben. Sachverhaltsabklärungen fehlen überdies in Bezug auf die obligatorische Prüfung einer allfälligen (Neu-)Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses (Art. 301a Abs. 5 ZGB), so insbesondere zur Frage, ob (bei Wegzug der Beklagten und/oder Ausübung ihrer neuen Arbeitstätigkeit in Deutschland) die alternierende Obhut mit Betreuungsregelung gemäss Scheidungsurteil in Zukunft weitergeführt werden kann. Der Antrag des Klägers, es sei ihm die alleinige Obhut im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zuzuteilen, blieb durch die Vorinstanz unbehandelt.

Diese schwerwiegenden Versäumnisse resp. Verfahrensfehler der Vorinstanz können vor der Rechtsmittelinstanz nicht wiedergutmacht bzw. geheilt werden. Insbesondere würde den Parteien andernfalls eine Instanz mit voller Kognition verloren gehen, falls die Kammer die von der Vorinstanz versäumte Verhandlung und persönliche Befragung nachholen sowie erstmals über eine vorsorgliche Abänderung der Obhuts- und Betreuungsregelung für C._____ entscheiden resp. Anpassungen gestützt auf Art. 301a Abs. 5 ZGB vornehmen würde.

5.2. Der Entscheid der Vorinstanz ist folglich aufzuheben und die Sache ist zwecks Durchführung einer mündlichen Verhandlung zur Klärung bzw. Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1+2 ZPO; ZK-ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 37).

Es gilt festzuhalten, dass das vorinstanzliche Verfahren in den Stand vor dem aufzuhebenden Entscheid vom 31. Mai 2023 zurückversetzt wird, mithin gilt die superprovisorische Anordnung vom 13. Februar 2023 (Untersagung Wegzug von

C._____; FP230001-B/Z01, Dispositiv-Ziffer 1) weiter bis zum neuen Massnahmeentscheid der Vorinstanz.

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Zufolge Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch ist der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Entscheid der Vorinstanz nach Massgabe des (endgültigen) Verfahrensausgangs vorbehalten (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 61 ff.). Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung der §§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.00 festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 31. Mai 2023 (Entscheid über vorsorgliche Massnahmen betreffend Untersagung Wegzug; FP230001-B/Z08) wird aufgehoben und die Sache wird zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und zur Sachverhaltsergänzung sowie neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das vorinstanzliche Verfahren wird in den Stand vor dem aufzuhebenden Entscheid vom 31. Mai 2023 zurückversetzt, die superprovisorische Anordnung vom 13. Februar 2023 (Untersagung Wegzug von C._____; FP230001-B/Z01, Dispositiv-Ziffer 1) hat bis zum neuen Massnahmeentscheid der Vorinstanz Geltung.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.00 festgesetzt.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsklägerin unter Beilage von act. 13 und act. 14/1-5, sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: