

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss vom 19. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 22. Mai 2023 (FE230037-E)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 i.V.m. Urk. 22)

"Es sei der Klägerin zu bewilligen, den Aufenthaltsort von C. _____ und D. _____ ab dem 15. Juli 2023 in die Region E. _____ / Österreich zu verlegen und es sei der Beklagte anzuweisen, der Klägerin die Ausweise der Kinder (Pässe) herauszugeben."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Hinwil

vom 22. Mai 2023:

(Urk. 2 S. 10 f.)

"1. Der Klägerin wird bewilligt, den Aufenthaltsort der Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2016, ab 15. Juli 2023 für die Dauer des Scheidungsverfahrens nach Österreich (Bundesländer F. _____ und E. _____) zu verlegen.

Im Übrigen wird auf das Gesuch nicht eingetreten.

2. [Schriftliche Mitteilung]

3. [Berufung]"

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2 f.):

"1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen, vom 22.05.2023, Geschäfts-Nr. FE230037-E, sei aufzuheben.

2. Der Berufungsgegnerin/Klägerin sei zu untersagen, den Aufenthaltsort der Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2016, ab 15.07.2023 für die Dauer des Scheidungsverfahrens nach Österreich (Bundesländer F. _____ und E. _____) zu verlegen.

3. Das gemeinsame Kind C. _____, geb. tt.mm.2010, sei gerichtlich anzuhören.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zu Lasten der Berufungsgegnerin/Klägerin.

5. Es sei der Berufungsgegnerin/Klägerin im Sinne einer superprovisorischen Massnahme und ohne Anhörung der Gegenpartei unter Androhung der Ungehorsamkeitsstrafe nach Art. 292 StGB zu verbieten, den Aufenthaltsort der Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2016, bis

zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Verfahrens nach Österreich (Bundesländer F._____ und E._____) zu verlegen.

6. Es sei die zuständige polizeiliche Behörde gestützt auf Art. 15 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 des Bunde[s]gesetzes über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI) im RIPOL und FEDPOL-Fahndungssystem umgehend zu beauftragen, die Angaben der Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2016, ins RIPOL-Verzeichnis aufzunehmen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zu Lasten der Berufungsgegnerin/Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 8 S. 2):

- "1. Die Anträge des Berufungsklägers in der Berufung vom 5. Juni 2023 seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Söhne, C._____, geboren am tt.mm.2010, und D._____, geboren am tt.mm.2016. Sie leben seit September 2017 (offiziell) getrennt (Urk. 2 S. 2; Urk. 7/6/14; Urk. 7/29/147 S. 2).

1.2. Mit Eingabe vom 24. März 2023 klagte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) bei der Vorinstanz auf Scheidung der Ehe mit dem Beklagten und Berufungskläger (fortan: Beklagter). Des Weiteren ersuchte sie darum, es sei ihr im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu bewilligen, den Aufenthaltsort der Kinder in die Region E._____, Österreich, zu verlegen (Urk. 7/1 S. 2). Mit Verfügung vom 22. Mai 2023 bewilligte die Vorinstanz der Klägerin, den Aufenthaltsort der beiden Söhne für die Dauer des Scheidungsverfahrens nach Österreich (Bundesländer F._____ und E._____) zu verlegen, im Übrigen (betreffend die Herausgabe der Reisepässe der Kinder) trat sie auf das Massnahmegesuch nicht ein (Urk. 2 S. 10, Dispositivziffer 1).

1.3. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 5. Juni 2023 rechtzeitig (vgl. Urk. 7/24) Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.). Mit Kammerbeschluss vom 8. Juni 2023 wurde das (superprovisorische) Massnahmebe-

gehren des Beklagten abgewiesen (Urk. 6 S. 5). Mit Zuschrift vom 19. Juni 2023 erstattete die Klägerin in der Folge innert Frist ihre Berufungsantwort mit den eingangs erwähnten Anträgen, wobei sie in prozessualer Hinsicht um Verpflichtung des Beklagten, ihr einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen ersuchte, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 8 S. 2). Den ihm auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– leistete der Beklagte schliesslich innert Nachfrist (Urk. 6 S. 5, Dispositivziffer 2; Urk. 12 und 13). Mit Eingabe vom 7. Juli 2023, eingegangen am 10. Juli 2023, machte der Beklagte innert zehn Tagen von seinem Replikrecht zur Berufungsantwort Gebrauch, wobei er ein neues Dokument einreichte und neue Behauptungen aufstellte (Urk. 15 und 16/9). Mit Eingabe vom 11. Juli 2023 brachte die Klägerin einen Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung vom 19. Juni 2023 bei (Urk. 18 und 19). Mit Zuschrift vom 18. Juli 2023 beantragte der Beklagte die Einholung eines Berichts der stv. Beiständin G._____ (Urk. 21). Mit Eingabe vom 20. Juli 2023 äusserte sich die Klägerin zu Urk. 15, 16/9 und 21 und reichte ihrerseits eine neue Beilage ein (Urk. 23 und 25/9). Diese Eingabe samt Beilage wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugesandt (Prot. II S. 10). Mit Präsidialverfügung vom 29. August 2023 wurde festgehalten, dass das Verfahren grundsätzlich spruchreif sei, den Parteien jedoch im Zusammenhang mit der von Amtes wegen zu klärenden internationalen örtlichen Zuständigkeit Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob die Klägerin mit den beiden Kindern inzwischen nach E._____/Österreich umgezogen sei (Urk. 26). Der Beklagte äusserte sich mit Zuschrift vom 11. September 2023 (Urk. 28), die Klägerin mit Eingabe vom 15. September 2023 (Urk. 29 und 31/10-15). Diese Eingaben samt Beilagen können den Parteien je mit dem vorliegenden Endentscheid zugestellt werden, zumal sie durch diesen, wie darzutun sein wird, nicht beschwert sind.

2.1. Weil die Klägerin mit den Kindern nicht nach E._____ gezogen ist, sondern in H._____ eine neue Wohnung bezogen hat (Urk. 28, Urk. 29 S. 2 und 31/15), bleibt die hiesige Zuständigkeit erhalten (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 HKsÜ [SR 0.211.231.011]).

2.2. In ihrer Stellungnahme vom 15. September 2023 führte die Klägerin explizit aus, derzeit keine weiteren konkreten Pläne zu haben, nach E._____ zu ziehen,

vielmehr müsse sie zuerst gesundheitlich wieder auf die Beine kommen, ihre Selbständigkeit im Alltag wiederfinden und dann weiterschauen (Urk. 29 S. 2 Rz. 6). Damit entfällt jedoch offenkundig das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Klägerin an ihrem Massnahmebegehren betreffend vorsorgliche Bewilligung des Aufenthaltsortwechsels der beiden Söhne C._____ und D._____ in die Region E._____ / Österreich vom 24. März 2023 (Urk. 1 S. 2 i.V.m. Urk. 22; vgl. Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO). Im Übrigen gericht es auch an der für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erforderlichen Dringlichkeit (vgl. Rohner/Wiget, OFK-ZPO, Art. 261 N 5 m.w.H.). Eine Wegzugsbewilligung "auf Vorrat" ist nicht zu erteilen. Weil die Klägerin nunmehr bis auf weiteres in der Schweiz zu bleiben gedenkt, ist ihre verfassungsmässige Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit nicht (mehr) tangiert. Entsprechend ist Dispositivziffer 1 Abs. 1 der angefochtenen Verfügung vom 22. Mai 2023 aufzuheben und auf das klägerische Massnahmebegehren vom 24. März 2023 insgesamt nicht einzutreten. Auch unter dieser neuen Ausgangslage wird über die Prozesskosten des vorinstanzlichen Massnahmeverfahrens zusammen mit dem Endentscheid zu befinden sein (vgl. Urk. 2 S. 10).

2.3. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass während des vor Vorinstanz hängigen Scheidungsverfahrens nach wie vor die eheschutzrichterliche Regelung vom 17. Januar 2018 gilt (vgl. Urk. 7/6/14). Sollten die Parteien (vgl. Urk. 28 S. 2, wo der Beklagte eine alternierende Obhut thematisiert) oder allenfalls die Vorinstanz von Amtes wegen (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO; vgl. Urk. 7/29/147 [Zwischenbericht der stv. Beiständin G._____ vom 18. September 2023], wo von einer Kindswohlfährdung und Fremdplatzierung die Rede ist) eine Änderung derselben in Betracht ziehen (vgl. Art. 179 ZGB), wären die beiden 7- und 12-jährigen gemeinsamen Söhne der Parteien grundsätzlich gerichtlich anzuhören. Davon abzusehen wäre etwa bei einem akuten und gravierenden Loyalitätskonflikt, welcher das übliche Mass übersteigt. Die Kinderanhörung dient einerseits der Sachverhaltsermittlung und andererseits ist sie Ausfluss des persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechts des Kindes (vgl. Art. 298 Abs. 1 ZPO; zum Ganzen auch: BGE 146 III 203; demgegenüber: Urk. 2 S. 9). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass bei einer Bewilligung des Wegzugs eines Elternteils mit den Kindern ins Ausland grundsätzlich immer auch eine Anpassung der Eltern-Kind-Beziehung zu erfolgen

hat, zumal mit dem Wegzug des Kindes in der Regel die schweizerische Entscheidzuständigkeit in Bezug auf die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung verloren geht (vgl. BGE 142 III 481 Erw. 2.8; demgegenüber: Urk. 2 S. 9 f. Erw. 3.3).

2.4. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 1'500.– festzulegen (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Mit Blick auf die strittigen Kinderbelange sind den Parteien die Kosten des Berufungsverfahrens praxisgemäss zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO), zumal beiden Parteien gute Gründe für ihre Standpunkte zuzugestehen sind (vgl. ZR 84 Nr. 41), insbesondere auch der Klägerin, welche erst im Zusammenhang mit dem weiteren Vorfall häuslicher Gewalt und anschliessendem Spital- und Rehabilitationsaufenthalt (Urk. 29 und 31/10-14) vom geplanten Wegzug vorerst absehen musste. Dementsprechend sind im Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

2.5. Die Mittellosigkeit der fürsorgeabhängigen und gesundheitlich angeschlagenen Klägerin ist ausgewiesen (vgl. Urk. 19 S. 2, 5 f.; Urk. 29 S. 2; vgl. auch Urk. 7/29/147 S. 3 f.). Ihr Standpunkt kann zudem nicht als anfänglich aussichtslos bezeichnet werden, und sie ist auf anwaltliche Vertretung angewiesen (vgl. Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die finanziellen Verhältnisse des Beklagten, welcher seit Jahren keine eigene Wohnung hat und sich offenbar mit Gelegenheitsjobs über Wasser hält und zudem verschuldet ist (vgl. Urk. 2 S. 3, 7), bleiben weitgehend im Dunkeln. Der Klägerin kann die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege indes nicht unter Hinweis auf den Vorrang des Prozesskostenvorschusses/-beitrages verweigert werden, wenn nicht erhärtet ist, dass der Beklagte tatsächlich zur Leistung eines solchen in der Lage wäre. Die mangelnde Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Beklagten aufgrund dessen Verhaltens (vgl. Urk. 2 S. 10, wonach der Beklagte bislang keine Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen eingereicht habe) darf nun also nicht zur Abweisung des Armenrechtsgesuchs der Klägerin führen. Das (vorsorglich) gestellte Gesuch der Klägerin, wonach der Beklagte ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen habe (Urk. 8 S. 2, 10), ist daher abzuweisen und der Klägerin antrags-

gemäss im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 8 S. 2) die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.

2.6. Der Kostenanteil des Beklagten ist aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu beziehen. Der Restbetrag von Fr. 2'250.– ist ihm, vorbehaltlich eines Verrechnungsrechts des Staates, herauszugeben (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO). Der auf die Klägerin entfallende Kostenanteil ist zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Verpflichtung des Beklagten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen, wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. Dispositivziffer 1 Absatz 1 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Hinwil vom 22. Mai 2023 wird aufgehoben und auf das Massnahmebegehren der Klägerin wird insgesamt nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je hälftig auferlegt. Der Anteil des Beklagten wird mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'250.– wird ihm, vorbehaltlich eines Verrechnungsrechts des Staates, nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung herausgegeben. Der Anteil der Klägerin wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO.

6. Im Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 28, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 29, 30 und 31/10-15, die Vorinstanz, die KESB Bezirk Hinwil und die stellvertretende Beiständin G._____, kjz I.____ ZH, je gegen Empfangs-schein.

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

8. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Oktober 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:

jo