

# ZH\_OBERGERICHT LY230025 vom 23. August 2023

ZH Obergericht, 2023-08-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY230025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY230025)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY230025 du 23 août 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LY230025 del 23 agosto 2023

## Erwägungen

### E. 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).

### E. 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).

### E. 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-

- 12 - 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 biete 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 entfiele (Art. 5 Abs. 2 Haager Kindesschutzübereinkommens, HKsÜ; u.a. BGE 143 III 193 E. 2 und BGE 142 III 1 E. 2.1; BGE 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.

## **E. 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

- 13 - 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.

## **E. 3**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.00 festgesetzt.

### **E. 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

- 14 - 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 leichtthin 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

- 15 - 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).

### **E. 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 Entscheidung 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

- 16 - Grundlage für eine Entscheidung nicht genügend abgeklärt: Im Zeitpunkt ihres Entscheides 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 Entscheidung 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).

- 17 - 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. Besuchs-konzept 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 Kindeswohlgefährdung zu klären gewesen. Es fehlt vorliegend an den für einen

- 18 - 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 soweit 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



Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 31. Mai 2023 (Entscheidung 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.

#### **E. 4**

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

- 21 -

#### **E. 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.

#### **E. 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:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.