

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY160046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

## Beschluss und Urteil vom 5. Dezember 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 17. November 2016  
(FE160261-L)**

**Rechtsbegehren der Beklagten:**

An der Verhandlung vom 29. August 2016 modifiziertes Begehren  
um vorsorgliche Massnahmen:  
(Urk. 49 S. 1 f. i.V.m. Prot. I S. 55)

- "1. (...)
2. Die Beklagte sei für berechtigt zu erklären, den Wohnsitz von C.\_\_\_\_\_ ab sofort nach D.\_\_\_\_\_, Polen, zu verlegen.
3. Es sei das Besuchsrecht des Klägers zu regeln.
4. (...)
5. (...)
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten des Klägers."

**Rechtsbegehren des Klägers:**

An der Verhandlung vom 29. August 2016 neu gestelltes  
Begehren um vorsorgliche Massnahmen:  
(Urk. 51 S. 1 f.)

- " Es sei das Gesuch der Beklagten betreffend vorsorgliche Massnahmen abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten."

*Eventualiter:*

- " 1. Es sei die gemeinsame Tochter, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es sei ein angemessener persönlicher Verkehr zwischen der Beklagten und C.\_\_\_\_\_ festzulegen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten."

*Subeventualiter:*

- " 1. Es sei die gemeinsame Tochter, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, unter die alleinige elterliche Sorge und Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es sei ein angemessener persönlicher Verkehr zwischen der Beklagten und C.\_\_\_\_\_ festzulegen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 17. November 2016:**

(Urk. 2 = Urk. 12/68)

1. Die Beklagte wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Prozesses für berechtigt erklärt, den Wohnsitz / den Aufenthaltsort von C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, ab sofort nach D.\_\_\_\_\_, Polen, zu verlegen; im Übrigen verbleibt die gemeinsame elterliche Sorge bei beiden Parteien.
2. Der Kläger ist nach C.\_\_\_\_\_'s Wohnsitzwechsel im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Scheidungsverfahrens berechtigt und verpflichtet, sie wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
  - während 6 Wochen Schulferien pro Jahr (am Stück oder aufgeteilt in bis zu vier Tranchen)
  - an einem verlängerten Feiertagswochenende (Ostern, 1. Mai, Auffahrt, Pfingsten, Allerheiligen oder polnischer Nationalfeiertag)
  - in Jahren mit gerader Jahreszahl an den Weihnachtstagen (24. bis 26. Dezember)
  - während der Schulzeit jeweils an einem Wochenende pro Monat in D.\_\_\_\_\_.

Über die Aufteilung des monatlichen Betreuungswochenendes während der Schulzeit sprechen sich die Parteien ab. Können sie sich nicht einigen, hat die Betreuung am ersten Wochenende des Monats in D.\_\_\_\_\_ stattzufinden.

Über die Aufteilung der Schulferien und die Wahl des verlängerten Feiertagswochenendes (Ostern, 1. Mai, Auffahrt, Pfingsten, Allerheiligen oder polnischer Nationalfeiertag) sprechen sich die Parteien jeweils mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht und in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter zu. Dabei haben beide auf die Wünsche von C.\_\_\_\_\_ und betriebliche Umstände des anderen Elternteils Rücksicht zu nehmen.

Der Kläger wird zusätzlich berechtigt erklärt, einmal pro Woche für mindestens 15 Minuten mit der Tochter zu kommunizieren, nach Möglichkeit per Skype, ansonsten per Telefon.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Der Kläger wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Scheidungsverfahrens verpflichtet, der Beklagten an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes monatlich CHF 700.–, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen.

Zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals im Folgemonat nach C. \_\_\_\_\_s Wohnsitzwechsel.

4. (Schriftliche Mitteilung.)
5. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage Frist.)

### **Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 7 S. 2 ff.):

- " 1. Es seien die Entscheiddispositiv-Ziffern 1-3 des angefochtenen Entscheids des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. FE160261) vom 17. November 2016 aufzuheben und das Gesuch der Berufungsbeklagten um vorsorgliche Massnahmen sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

#### *Eventualiter*

1. Es sei die Entscheiddispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. FE160261) vom 17. November 2016 aufzuheben und die gemeinsame Tochter, C. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, sei unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen.
2. Es sei die Entscheiddispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. FE160261) vom 17. November 2016 aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte berechtigt zu erklären, C. \_\_\_\_\_ wie folgt zu betreuen:

- Jedes zweite Wochenende von Donnerstagnachmittag bis Montagmorgen;
- Alternierend jedes zweite Jahr die ganze Woche über Weihnachten und Neujahr (23. Dezember bis 3. Januar);
- Mindestens während zwei (verlängerten) Feiertagswochenenden;
- jedes Jahr während fünf Wochen Schulferien;

Sodann sei festzuhalten, dass die Ferien und Feiertage den regulären Betreuungszeiten vorgehen und zu keiner Änderung derselben führen. Der Berufungskläger seinerseits sei berechtigt zu erklären, während vier Wochen Ferien mit C. \_\_\_\_\_ zu verbringen. Während der restlichen Dauer der Schulferien von C. \_\_\_\_\_ gelte die reguläre Wochenendbetreuung.

Über die Aufteilung der jeweiligen Ferien sowie der Feiertage sprechen sich die Parteien für das laufende Jahr jeweils bis 31. Januar ab. Können sie sich nicht einigen, so habe dem Berufungskläger in Jahren mit ungerader Jahreszahl und der Berufungsbeklagten in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht zuzukommen.

Ferner sei die Berufungsbeklagte berechtigt zu erklären, mindestens fünf Mal pro Woche (ohne zeitliche Beschränkung) mit C. \_\_\_\_\_ zu kommunizieren.

3. Es sei die Entscheiddispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. FE160261) vom 17. November 2016 aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger an die Erziehung und den Unterhalt von C. \_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag von CHF 100.00 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

#### *Subeventualiter*

1. Es sei die Entscheiddispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. FE160261) vom 17. November 2016 aufzuheben und der Berufungskläger sei berechtigt zu erklären, C. \_\_\_\_\_ wie folgt zu betreuen:
  - Jedes zweite Wochenende von Donnerstagnachmittag bis Montagmorgen; wobei die Betreuung alle sechs Wochen (jedes dritte Mal) von Donnerstagabend bis Montagmorgen in der Schweiz stattfinden soll;
  - Alternierend jedes zweite Jahr die ganze Woche über Weihnachten und Neujahr (23. Dezember bis 3. Januar);
  - Mindestens während zwei (verlängerten) Feiertagswochenenden;
  - jedes Jahr während sechs Wochen Schulferien; wobei eine davon in den Sportferien (wenn immer möglich überschneidend mit den hiesi-

gen Sportferien) sowie fünf Wochen in den Sommerferien (aufgeteilt bis zu drei Tranchen) mit mindestens zwei Wochen Überschneidung mit den hiesigen Schulferien.

Sodann sei festzuhalten, dass die Ferien und Feiertage den regulären Betreuungszeiten vorgehen und zu keiner Änderung derselben führen. Die Berufungsbeklagte ihrerseits sei berechtigt zu erklären, während drei Wochen Ferien mit C.\_\_\_\_\_ zu verbringen. Während der restlichen Dauer der Schulferien von C.\_\_\_\_\_ gelte die reguläre Wochenendbetreuung.

Über die Aufteilung der jeweiligen Ferien sowie der Feiertage sprechen sich die Parteien für das laufende Jahr jeweils bis 31. Januar ab. Können sie sich nicht einigen, so habe dem Berufungskläger in Jahren mit ungerader Jahreszahl und der Berufungsbeklagten in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht zuzukommen.

Ferner sei der Berufungskläger berechtigt zu erklären, mindestens fünf Mal pro Woche (ohne zeitliche Beschränkung) mit C.\_\_\_\_\_ zu kommunizieren.

2. Es sei die Entscheiddispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides des Bezirksgerichts Zürich (Geschäfts-Nr. FE160261) vom 17. November 2016 aufzuheben und es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten an die Erziehung und den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag von CHF 250.00 zuzüglich Familien-Kinder- und/oder Ausbildungszulagen zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

#### prozessuale Anträge:

- " 1. Es sei die mit Verfügung vom 29. November 2016 gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. November 2016 einstweilen erteilte aufschiebende Wirkung für die Dauer des obergerichtlichen Verfahrens aufrecht zu erhalten.
2. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.  
Eventualiter sei dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
3. Es sei eine ergänzende Kinderanhörung von C.\_\_\_\_\_ durch eine sachverständige Person durchzuführen.
4. Es sei ein ergänzender Bericht der Beiständin, mit konkreter Fragestellung zum beabsichtigten Wegzug der Berufungsbeklagten zusammen mit C.\_\_\_\_\_ nach D.\_\_\_\_\_, einzuholen.

5. Es sei ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Parteien einzuholen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 14 S. 2):

- " 1. Sämtliche Anträge des Klägers, d.h. sowohl der Hauptantrag als auch die Eventual- und Subeventualanträge seien abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Klägers."

prozessuale Anträge:

- " 1. Es sei der Antrag des Klägers, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen (Ziffer 2), abzuweisen.
2. Die prozessualen Anträge Ziffer 3 bis 5 des Klägers seien abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Klägers."

**Erwägungen:**

**I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2008 verheiratet. Sie haben eine gemeinsame Tochter, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008. Seit April 2016 befinden sich die Parteien vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren (Urk. 12/1). Mit Eingabe vom 23. Juni 2016 stellte die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ihre Anträge zur Scheidung und ersuchte unter anderem darum, dass die Tochter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen unter die alleinige Sorge und Obhut der Beklagten zu stellen und sie für berechtigt zu erklären sei, den Wohnsitz von C.\_\_\_\_\_ ab Mitte Juli 2016 nach D.\_\_\_\_\_, Polen, zu verlegen (Urk. 12/15 S. 3). Daraufhin stellte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen. Er ersuchte im Wesentlichen darum, dass es der Beklagten für die Dauer des Verfahrens verboten werden solle, mit der Tochter C.\_\_\_\_\_ nach Polen zu verreisen (Urk. 12/26 S. 2). Dieses

Begehren wurde mit Verfügung vom 14. Juli 2016 abgewiesen (Urk. 12/37). Am 29. August 2016 fand die Einigungsverhandlung sowie die Verhandlung betreffend die vorsorglichen Massnahmen und unentgeltliche Rechtspflege statt (Prot. I S. 11), anlässlich welcher der Kläger sein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zurückzog (Prot. I S. 28). Nach durchgeführter Kindesanhörung vom 6. September 2016, zu welcher die Parteien schriftlich Stellung nahmen (vgl. Urk. 12/59 und 12/62), fand am 25. Oktober 2016 die Fortsetzung der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und unentgeltliche Rechtspflege statt (Prot. I S. 37 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung wurden unter anderem die Parteien ergänzend befragt und zog die Beklagte ihren Antrag um Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge zurück. Es konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden (Prot. I S. 55). Am 17. November 2016 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid, mit welchem sie die Beklagte unter anderem für berechtigt erklärte, den Wohnsitz/Aufenthaltort von C.\_\_\_\_\_ nach D.\_\_\_\_\_ zu verlegen (Urk. 2). Für den übrigen Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 E. I).

2.1 Mit Eingabe vom 28. November bzw. 5. Dezember 2016 (Urk. 1 und Urk. 7) erhob der Kläger innert Frist (vgl. Urk. 12/69/3 sowie Urk. 1 und 7) Berufung gegen die Verfügung vom 17. November 2016 (Urk. 2). Bereits vorgängig, mit Eingabe vom 24. November 2016, hatte er beantragt, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 3). Mit Verfügung vom 29. November 2016 setzte die Kammerpräsidentin der Beklagten Frist an, um zum Gesuch des Klägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 6). In ihrer Eingabe vom 5. Dezember 2016 widersetzte sich die Beklagte dem Begehren des Klägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht (Urk. 10), weshalb mit Verfügung vom 9. Dezember 2016 der Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufschiebende Wirkung erteilt wurde (Urk. 11). Das von der Beklagten ebenfalls mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde mit Beschluss vom 6. Januar 2017 abgewiesen (Urk. 13). Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Beschwerde ans Bundesgericht. Der Beschwerde wurde mit Verfügung vom 13. Februar 2017 die aufschiebende Wirkung erteilt



(Urk. 17), mit Urteil vom 18. Juli 2017 wurde sie abgewiesen (Urk. 18). Die Berufungsantwort der Beklagten, mit welcher sie die eingangs wiedergegebenen Anträge stellte, datiert vom 23. Januar 2017 (Urk. 14). Nach Eingang des Entscheids des Bundesgerichts wurde die Berufungsantwort dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 19), woraufhin dieser unaufgefordert eine Stellungnahme einreichte. Diese wurde von der Beklagten am 12. Oktober 2017 entgegengenommen (Urk. 21).

2.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 12/1-70). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Vorbemerkungen**

1. Das Gericht trifft gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO im Scheidungsverfahren vorsorgliche Massnahmen, sofern diese nötig, geeignet und verhältnismässig sind (vgl. zum Ganzen Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 4; ZK ZPO-Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 N 8). Über vorsorgliche Massnahmen ist – unter Vorbehalt der Art. 272 und 273 ZPO – im summarischen Verfahren im Sinne der Art. 248 ff. ZPO zu entscheiden (vgl. Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 276 ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (BGer 5A\_117/2010 vom 5. März 2010, E. 3.3). Im vorliegenden Verfahren gilt sodann Art. 272 ZPO (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO), wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, zur Sammlung des Prozessstoffes beizutragen (FamKomm Scheidung/Vetterli, Anh. ZPO Art. 272 N 1). Sind Kinderbelange zu

regeln – was vorliegend der Fall ist – gelten die uneingeschränkte (strenge) Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 2 und 5). Jedoch entbindet auch die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3.2; BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 7).

2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.1). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern forschen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 30 ff.; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Vielmehr muss der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Ist die Berufung überhaupt nicht oder zumindest völlig unzureichend begründet, hat dies ein Nichteintreten zur Folge (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 38 mit weiteren Hinweisen).

3. Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im Berufungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2).

### **III. Materielles**

#### 1. Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

1.1 Der Kläger wendet sich gegen die der Beklagten von der Vorinstanz erteilte Zustimmung zum Verlegen des Wohnsitzes/Aufenthaltsorts von C.\_\_\_\_\_ nach D.\_\_\_\_\_. Hierbei kritisiert er zunächst, dass diese Zustimmung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen erteilt wurde.

1.2 Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Solche dürfen nur angeordnet werden, sofern sie nötig, geeignet und verhältnismässig sind (Botschaft ZPO, S. 7360; ZK ZPO-Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 N 8; FamKomm Scheidung/Leuenberger, Art. 276 ZPO N 3 f.). Vorsorgliche Massnahmen während der Scheidung zielen darauf ab, die Verhältnisse innerhalb der Familie während der Dauer des Scheidungsverfahrens wo nötig zu regeln (BK ZPO-Spycher, Art. 276 N 13). Dementsprechend eingeschränkt ist die subsidiäre Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO). So ist im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsprozess ein Verfügungsgrund im Sinne von Art. 261 ZPO nicht a priori erforderlich. Im Gegensatz zu den Massnahmen im Rahmen des Eheschutzes gilt für die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren so- dann kein Numerus clausus (Botschaft ZPO, S. 7360; BSK ZPO-Siehr/Bähler, Art. 276 N 2; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 276 N 2). Die vom Gericht angeordneten Massnahmen müssen aber ihre Grundlage im materiellen Bundesrecht haben (ZK ZPO-Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 N 9).

1.3 Die Vorinstanz hielt fest, die Beklagte habe ausgeführt, in die Heimat zurückkehren zu wollen. Es erscheine notwendig, über ihren Antrag im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu entscheiden, könnten Scheidungsverfahren doch bekanntlich lange dauern. Es erscheine daher unzumutbar, darüber erst im Endentscheid zu befinden. Zudem stelle die geplante Rückkehr der Beklagten in die Heimat – entgegen der Auffassung des Klägers – eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse dar, welche es als geboten erscheinen lasse, die

im Rahmen des Eheschutzes getroffenen Massnahmen anzupassen (Urk. 2 E. II S. 6).

1.4 Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, sich nicht mit seinen Vorbringen, wonach die Beklagte nicht darzutun vermöge, inwiefern der Umzug nach D.\_\_\_\_\_ im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen erfolgen müsse, auseinandergesetzt zu haben. Zwar verlange die Einreichung von vorsorglichen Massnahmen in familienrechtlichen Verfahren keine eigentliche "Dringlichkeit", dennoch müsse der Geschwister über ein Rechtsschutzinteresse verfügen, damit das Gericht bestehende Eheschutzmassnahmen abändere. Die Beklagte vermöge aber kein Rechtsschutzinteresse glaubhaft zu machen. Zwar sei ihr Wunsch, in die Heimat zurückzukehren, legitim, ein Grund für einen sofortigen Umzug nach D.\_\_\_\_\_ sei indessen aus den Akten nicht ersichtlich. Dies zumal die Beklagte keinerlei ansatzweise konkreten beruflichen Perspektiven in Polen nachweise oder auch nur glaubhaft mache. Deshalb brauche es die Bewilligung zum Umzug nach D.\_\_\_\_\_ keineswegs im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen. Dies umso weniger, als die Beklagte bereits seit Herbst 2014 mit dem Umzugsgedanken spiele und dennoch mit der Einreichung des Gesuchs, auch nach Anhängigkeit der Scheidung, lange zugewartet habe. Der Beklagten sei es – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – ohne Weiteres zumutbar, bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens zuzuwarten, zumal bis anhin keine konkreten Vorkehrungen für den Wegzug (Schulanmeldung, konkrete Wohnungssuche, konkrete Bewerbungen) erfolgt seien (Urk. 7 Rz 4).

1.5 Die Beklagte widerspricht diesen Ausführungen und hält fest, gestützt auf ihr Recht der persönlichen Freiheit könne sie nach Polen zurückkehren, unabhängig davon, ob sie dort bereits über eine Wohnung und/oder Arbeitsstelle verfüge (Urk. 14 Ziff. 2.2).

1.6.1 Wird die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes vom anderen Elternteil nicht erteilt, so bedarf es der Bewilligung durch das Gericht oder durch die Kinderschutzbehörde (vgl. Art. 301a Abs. 2 ZGB). Hinsichtlich der Kriterien der gerichtlichen Prüfung des sogenannten "Zügelartikels" kann auf die grundsätzlich korrekten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden

(Urk. 12/68 E. III/2). Zu ergänzen bleibt was folgt: Im Scheidungsverfahren regelt das Scheidungsgericht nach Art. 133 Abs. 1 ZGB die Elternrechte und Elternpflichten. Deshalb ist bei Vorliegen eines Scheidungsverfahrens im Sinne einer Scheidungsfolgenregelung Antrag zu stellen, die Wohnsitzverlegung zu bewilligen. Anwendbar ist das ordentliche Verfahren (vgl. BK-Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 301a N 45). Ein entsprechendes Begehren kann dem Scheidungsgericht allenfalls auch im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens unterbreitet werden, sofern die Erteilung der Zustimmung bereits vor dem Endentscheid in der Hauptsache als notwendig erscheint (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO sowie vorstehend E. II/1). Dabei gilt es, Veränderungen im Leben der Kinder vor dem Entscheid in der Hauptsache grundsätzlich zu vermeiden, da sie einerseits präjudizierend wirken können und es andererseits nicht zu einem schädlichen Hin und Her kommen soll. So erfolgte die vorsorgliche Zuteilung der elterlichen Sorge aufgrund der damit verbundenen Präjudizwirkung auch schon nach altem Recht nur mit grosser Zurückhaltung (ZK ZPO-Sutter-Somm/Stanischewski, Art. 276 N 27 mit Verweis auf BGE 111 II 223 ff.; BSK ZGB I-Gloor [3. Aufl.], Art. 137 N 6). In einem neueren Entscheid hinsichtlich eines Abänderungsverfahrens erklärte das Bundesgericht zu Art. 301a ZGB, dass angesichts der Auswirkungen, die eine Bewilligung zum Wechsel des Aufenthaltsorts der Kinder ins Ausland (Art. 301a Abs. 2 lit a ZGB) auf den persönlichen Verkehr mit dem zurückbleibenden Elternteil habe, es angezeigt erscheine, darüber erst mit der Hauptsache und nicht bereits vorsorglich zu entscheiden. Dies erlaube eine vollständige Sachverhaltsabklärung (BGer 5A\_274/2016 vom 26. August 2016, E. 4.2, mit dem Hinweis, dass es nicht ausgeschlossen sei, einen entsprechenden Entscheid als vorsorgliche Massnahme im Abänderungsverfahren zu fällen, wenn die Anforderungen der Rechtsprechung an ein solches Vorgehen erfüllt seien; vgl. auch *OGer ZH LY150004 vom 19.06.2015, E. II/6.2*). Zwar liegt in casu – im Gegensatz zu den soeben zitierten Entscheiden – kein Abänderungsverfahren vor, die bundesgerichtlichen Erwägungen müssen aber auch für den vorliegenden Fall gelten. Die Erteilung der Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts ins Ausland führt zu einer einschneidenden Veränderung sowohl im Leben der Eltern als auch des Kindes. Ein Zurückkommen auf den Entscheid bzw. die Nichterteilung der Zustimmung im End-

entscheid ist nach einem erfolgten Umzug normalerweise kaum zu erwarten. Für ein solches Hin und Her sind die Veränderungen für die Beteiligten und insbesondere für das Kind grundsätzlich zu einschneidend. Damit kommt einer vorsorglichen Erteilung der Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts aber generell präjudizielle Wirkung zu. Es besteht die Gefahr der Vorwegnahme des Endentscheids. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass ein solch folgenschwerer Entscheid weitreichende Sachverhaltsabklärungen erfordern kann, weshalb er – wenn nicht notwendig – im Rahmen eines ordentlichen Scheidungsverfahrens und nicht im summarischen Verfahren gefällt werden sollte.

1.6.2 Zu prüfen ist folglich, ob die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegend erfüllt waren.

Vor Vorinstanz begründete die Beklagte ihr Gesuch um vorsorgliche Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts von C.\_\_\_\_\_ nach Polen damit, dass es ihr trotz intensiver Bemühungen bis heute nicht gelungen sei, eine Arbeitsstelle in der Schweiz zu finden. In ihrer Heimat Polen würde sie jedoch sofort über eine Arbeit und Unterkunft verfügen (Urk. 12/15 Ziff. 1). Da sie noch diesen Sommer nach Polen zurückkehren und C.\_\_\_\_\_ für das neue Schuljahr einschulen wolle, sei die Angelegenheit eilig (Urk. 12/15 Ziff. 3). Sie würde sehr gerne auf ihrem Beruf arbeiten. Hinzu komme, dass C.\_\_\_\_\_ erst acht Jahre alt sei, die Beklagte bereits fünfzig, was den Wiedereinstieg ins Berufsleben nicht vereinfache. Trotz aller Versuche habe sie beruflich in der Schweiz nicht Fuss fassen können, was sie sehr belaste. Deshalb fühle sie sich heute in der Schweiz nicht mehr wohl und sehe hier auch keine Zukunft mehr (Urk. 12/49 Ziff. 2.1 f.). Sie habe noch keine Wohnung und auch noch keine Arbeit in Polen, könne Entsprechendes aber schnell finden (Prot. I S. 12). Sie habe aufgrund ihrer beruflichen Situation und der fehlenden Alternativen keine andere Wahl, als nach Polen zu ziehen (Urk. 12/49 Ziff. 2.3).

Weshalb es notwendig ist, ihr die Erlaubnis zum Umzug bereits während des Verfahrens zu erteilen, erklärte die Beklagte mit diesen Ausführungen nicht. Dies holte sie auch nicht nach, nachdem der Kläger festgehalten hatte, es erscheine nicht sinnvoll, die zentrale Frage über den Aufenthaltsort von C.\_\_\_\_\_, welche für die

Parteien enorm weitreichende Konsequenzen habe, im Rahmen eines sowohl in Bezug auf das Beweismass als auch auf die Beweismittel beschränkten summarischen Verfahrens zu entscheiden, und darauf hingewiesen hatte, dass die Beklagte mit keinem Wort ausführe, weshalb der beantragte Wegzug unbedingt im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen entschieden werden müsse (Urk. 12/51 Rz. 10). Der Kläger warf der Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren in diesem Zusammenhang vor, keine plausiblen Gründe darzulegen, inwiefern der Wegzug nun plötzlich derart überstürzt erfolgen müsse und keinen Aufschub mehr dulde (Urk. 12/51 Rz. 20). Diesen Ausführungen hält die Beklagte lediglich entgegen, das Gesetz sehe vor, dass der Richter im Rahmen des Scheidungsverfahrens über vorsorgliche Massnahmen entscheiden dürfe und müsse. Dies könne der Kläger nicht einfach "aushebeln" (Urk. 12/59 Ziff. 5.2). Es könne nicht von einem überstürzten Umzug gesprochen werden. Der aktuelle Zeitpunkt sei äusserst günstig. Sie wäre am liebsten bis spätestens am 1. September 2016 nach Polen ausgewandert, weil dann in Polen das neue Schuljahr begonnen habe. Zudem sei der Klasse von C.\_\_\_\_\_ eine neue Lehrerin zugeteilt worden (Urk. 12/59 Ziff. 12). Sie würde erst ab 1. Januar 2018 eine Erwerbstätigkeit aufnehmen (Urk. 12/59 Ziff. 33.1). Sie müsse keine Gründe vorbringen, weshalb sie nach Polen ziehen wolle. Es genüge, dass sie sich hier nicht wohl fühle und sich auf ihr Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit berufe (Urk. 12/59 Ziff. 55.7). Hinsichtlich ihrer Erwerbstätigkeit führe sie bereits Gespräche. Sie würde gerne für die Schweiz in Polen arbeiten. Dort werde sie sicher langfristig einen guten Job mit einem guten Lohn finden (Prot. I S. 43).

Wie bereits festgestellt, hat die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht dargetan, weshalb es notwendig ist, dass der Entscheid hinsichtlich der Zustimmung zum Wohnortswechsel nach D.\_\_\_\_\_ bereits während der Dauer des Verfahrens erfolgt. Anfänglich gab sie an, im Sommer nach Polen gehen und C.\_\_\_\_\_ für das neue Schuljahr anmelden zu wollen, wobei sie keine diesbezüglichen konkreten Pläne bzw. Vorkehrungen behauptete. Hernach erklärte sie den (mittlerweile verfallenen) Zeitpunkt 1. September 2016 lediglich für "günstig". Dass der Zeitpunkt "günstig" sein bzw. gewesen sein soll, reicht in Anbetracht der weitreichenden Konsequenzen aber nicht aus, um zu rechtfertigen, diese folgenschwere Zustim-

mung bereits während des Verfahrens im summarischen anstatt im ordentlichen Verfahren zu erteilen. Im Rahmen der Prüfung, ob die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben sind, kann sich die Beklagte entgegen ihrer Ansicht sodann nicht in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 301a ZGB darauf beschränken, ihr Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit anzurufen (Urk. 12/59 Ziff. 55.7, Urk. 14 Ziff. 2.2). Vielmehr hätte sie die Notwendigkeit eines Entscheids vor dem Endentscheid aufzeigen müssen. Zwar ist richtig, dass sie dabei keine eigentliche Dringlichkeit im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO darzulegen hat. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen bedingt aber trotzdem, dass mit dem Entscheid nicht bis zum Endentscheid in der Hauptsache zugewartet werden kann. Mit anderen Worten bedingt der Erlass vorsorglicher Massnahmen eine Massnahmeerforderlichkeit. Entsprechendes behauptete die Beklagte aber – wie bereits dargelegt – nicht. So brachte sie auch die von der Vorinstanz erwähnte Begründung, wonach es ihr nicht zumutbar sei, bis zum Ende des Scheidungsverfahrens zuzuwarten, so nicht ins Verfahren ein. Vielmehr erklärte sie lediglich, im Sommer 2016 gehen zu wollen bzw. dass ein Umzug im September 2016 günstig gewesen wäre. Dass ihr ein Zuwarten bis zum Endentscheid nicht zugemutet werden könne und aus welchen Gründen, erörterte sie nicht. Entsprechendes ist denn auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, nachdem die Beklagte doch selber ausführt, in der Schweiz nie beruflich Fuss gefasst zu haben (Urk. 12/15 S. 4). Der derzeitige Zustand dauert demnach bereits über Jahre hinweg an. Folglich ist dem Kläger aber zuzustimmen, wenn er festhält, die Beklagte habe keinen oder zumindest keinen ausreichenden Grund genannt, weshalb über ihren Antrag bereits während des Verfahrens zu entscheiden sei. Solche Gründe ergeben sich denn auch keine aus den Akten. Weder muss die Beklagte bald eine neue Stelle antreten, noch steht der Einzug in eine neue Wohnung in D.\_\_\_\_\_ kurz bevor. Der Umzugsplan der Beklagten erscheint im Gegenteil noch sehr vage. So ist denn auch nicht bekannt, welche Schule C.\_\_\_\_\_ besuchen würde. Die von der Vorinstanz vorsorglich erteilte Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts von C.\_\_\_\_\_ nach D.\_\_\_\_\_ führt zu einer einschneidenden Veränderung sowohl im Leben des Klägers als auch in jenem von C.\_\_\_\_\_. Wie vorstehend dargelegt, ist ein Zurückkommen auf den Entscheid



bzw. die Nichterteilung der Zustimmung im Endentscheid nach einem erfolgten Umzug grundsätzlich nicht zu erwarten, da für ein solches Hin und Her die Veränderungen für die Beteiligten und insbesondere für C.\_\_\_\_\_ zu einschneidend wären. Damit besteht die Gefahr der Vorwegnahme des Endentscheids. Da es vorliegend an der Erforderlichkeit eines solch einschneidenden Entscheides und damit an den Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen mangelt, ist der Antrag der Beklagten abzuweisen. Über den Antrag der Beklagten wird die Vorinstanz im Endentscheid zu befinden haben.

Wie nachstehend noch aufzuzeigen ist, wird die Vorinstanz, sollten die Kinderbelange auch in der Hauptsache umstritten bleiben, noch weitere Sachverhaltsabklärungen vornehmen müssen (E. III/2). Auch aus diesem Grund ist einer Entscheidung im ordentlichen anstatt im summarischen Verfahren der Vorzug zu geben.

## 2. Sachverhaltsabklärungen

2.1 Der Kläger kritisiert in seiner Berufungsschrift einleitend, dass die Vorinstanz auf die Abnahme weiterer Beweise verzichtet und festgehalten habe, dass im Hinblick auf den Charakter des summarischen Verfahrens nur in Ausnahmefällen Gebrauch von zeitintensiven sowie kostspieligen Expertisen zu machen sei und grundsätzlich auch Zeugen ausser Betracht fallen würden (vgl. Urk. 2 E. II S. 5). Die Vorinstanz lasse hierbei ausser Acht, dass es sich vorliegend eben gerade um einen Ausnahmefall handle. Sofern – entgegen seines Antrages – nämlich bereits im Rahmen vorsorglicher Massnahmen über den Aufenthaltsort der Beklagten sowie von C.\_\_\_\_\_ entschieden werde, entfalte dieser Entscheid unweigerlich präjudizierende Wirkung für das weitere Scheidungsverfahren. Dem Entscheid komme daher nahezu definitiver Charakter zu. Genau unter diesem Gesichtspunkt müssten aber die von der Beklagten gestellten Anträge geprüft werden. Bei einem derart weitreichenden Entscheid für die Parteien und insbesondere für das Kind könne es – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – aufgrund des Kindeswohls sowie der vorliegend geltenden Untersuchungsmaxime keinesfalls zu einer Beschränkung der Beweismittel kommen. Die von ihm beantragten Expertisen und Zeugenbefragungen wären demnach abzunehmen gewesen (Urk. 7 Rz. 3).

2.2 Die Vorinstanz stützte sich bei ihrem Entscheid auf Ausführungen der Parteien, das Protokoll der Kinderanhörung (Urk. 12/56) sowie auf den Verlaufsbericht der Beiständin (Urk. 12/42). Zu den vom Kläger offerierten Zeugen (vgl. Urk. 12/51 S. 12, 29 f. und 38 und Urk. 12/62 S. 7, 13, 16, 22, 24 f., 29 und 31) äusserte sich die Vorinstanz nicht. Die Erstellung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens erachtete sie als nicht notwendig (vgl. Urk. 2 E. III/3.3.5).

2.3 Da der Antrag der Beklagten auf Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen ist, kann die Frage, ob die vom Kläger offerierten Zeugen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen hätten einvernommen werden müssen und ob ein Erziehungsfähigkeitszeugnis zu erstellen gewesen wäre, offenbleiben. Im Hinblick auf das Hauptverfahren erfolgen dennoch folgende Hinweise:

2.4.1 Gemäss Art. 299 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig eine Vertretung des Kindes an. Die Anordnung ist insbesondere dann zu prüfen, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Massgebend für den Entscheid der Ein- oder Nichteinsetzung ist ein objektiver Massstab (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 299 N 3). Vorliegend stellen die Eltern hinsichtlich der Kinderbelange und insbesondere auch hinsichtlich des geplanten Wegzuges nach Polen entgegengesetzte Anträge (vgl. Prot. I S. 2 ff.). Unter diesen Umständen wird die Vorinstanz nicht umhinkommen, die Einsetzung eines Kindsvertreters zu prüfen.

2.4.2 Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das Kind sowohl hinsichtlich der Zustimmung zum Aufenthaltswechsel wie auch der allfälligen Anpassungen der Regelungen der Kinderbelange anzuhören ist (Art. 298 Abs. 1 ZPO, BK-Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 301a N 24 und 48). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Anhörung des Kindes zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung (BGE 131 III 553 E. 1.1). Damit ist – soweit möglich – der Kindswille zu eruieren. Die Vorinstanz hat C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Kindesanhörung nicht nach ihrem Wunsch hinsichtlich des strittigen Aufenthaltswechsels gefragt. Sie verwies im angefochtenen Entscheid auf die Ausführungen von C.\_\_\_\_\_, wonach sie sich bei beiden Elternteilen wohl fühle

und sie die Scheidung der Eltern gerne verhindern würde sowie auf die von C.\_\_\_\_\_ genannte Sorge, dass sie nur bei der Mutter oder nur beim Vater bleiben müsse. Die Vorinstanz hielt fest, dass angesichts der Wünsche (v.a. Wiedervereinigung der Eltern) und Sorgen der achtjährigen und damit noch sehr jungen C.\_\_\_\_\_ es nicht für angebracht erscheine, sie konkret nach den zu prüfenden Varianten zu fragen und – wenn auch nur indirekt – quasi dazu zu drängen, sich für die eine oder andere Variante auszusprechen. Die Gefahr, das Kind so in einen unerträglichen Loyalitätskonflikt zu stürzen, weil es meine, sich in Gegenwart der Richterin für die eine oder andere Variante und so vermeintlich für oder gegen einen Elternteil entscheiden zu müssen, sei zu gross erschienen. Dazu komme, dass ein so junges Kind die Ausgestaltung und die Auswirkungen der beiden Varianten wohl ohnehin kaum realistisch und im Detail überblicken und einschätzen könne (Urk. 2 E. III/3.3.2). Damit hat die Vorinstanz zur Verhinderung eines Loyalitätskonflikts den Willen von C.\_\_\_\_\_ hinsichtlich eines wesentlichen Punktes nicht abgeklärt. In BGE 131 III 553 E. 1.3.3 hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Kinder im Normalfall beiden Elternteilen gleichermassen zugeneigt seien und sich in Trennungssituationen deren Wiedervereinigung wünschten. Deshalb stehe fast jedes Scheidungskind in einem latenten oder offenen Loyalitätskonflikt, der sich mehr oder weniger belastend auswirke. Insofern könne die Kindesanhörung mit dem blossen Verweis auf die – letztlich bei jedem familienrechtlichen Verfahren auf die eine oder andere Weise bestehende – Belastungssituation systematisch unterlaufen werden. Nicht zu übersehen sei in diesem Zusammenhang schliesslich die Tatsache, dass in aller Regel nicht die (einmalige) Anhörung, sondern die (gegebenenfalls chronisch konfliktbeladene) Familiensituation die eigentliche Belastung für das Kind darstelle. Deshalb dürfe von einer beantragten Anhörung nur dann abgesehen werden, wenn – nebst anderen möglichen Gründen – eine eigentliche Beeinträchtigung der physischen und psychischen Gesundheit des Kindes zu befürchten sei. C.\_\_\_\_\_ war vor Vorinstanz acht Jahre alt, mittlerweile ist sie neun. Damit ist sie ohne Weiteres in der Lage, sich eine eigene Meinung zu bilden, auch wenn sie die Ausgestaltung und die Auswirkungen eines Aufenthaltswechsels nicht im Detail überblicken und einschätzen kann (vgl. der diesbezügliche Hinweis der Vor-

instanz in Urk. 2 E. III/3.3.2; vgl. auch BGer 5A\_945/2015 vom 7. Juli 2016, E. 4.5, wo das Bundesgericht die Äusserungen eines sechsjährigen Kindes bei der Entscheidungsfindung berücksichtigte). Aus den Akten gehen zudem keine Anzeichen für eine Belastung hervor, die über das hinausginge, was beinahe jedem familienrechtlichen Verfahren inhärent ist. Kann die Anhörung des Kindes aufgrund eines sich im normalen Rahmen befindlichen Loyalitätskonflikts nicht verweigert werden, muss dies auch für das Befragen hinsichtlich einzelner wesentlicher Punkte gelten. Folglich ist dem Kläger zuzustimmen, wenn er kritisiert, dass die Vorinstanz den Willen von C.\_\_\_\_\_ nicht abgeklärt habe. Dies wird die Vorinstanz im Scheidungsverfahren nachzuholen haben. Dabei steht es selbstredend in ihrem Ermessen, die Anhörung an eine Drittperson zu delegieren, wenn sie dies für notwendig erachtet. Den Bedenken der Vorderrichterin kann sodann damit begegnet werden, dass das Kind über seine Rolle im Verfahren, nämlich diejenige einer nicht entscheidenden Person, aufgeklärt wird.

In diesem Zusammenhang ist lediglich der Vollständigkeit wegen anzumerken, dass der Kläger zu Unrecht davon ausgeht, dass die Kindesanhörung aufgrund des strittigen Verfahrens zwingend durch einen Sozialarbeiter der Jugend- und Familienberatung hätte durchgeführt werden müssen und die Vorinstanz ihr Ermessen mit ihrer eigenen Befragung überschritten habe (Urk. 7 Rz. 36 mit Verweis auf das Merkblatt des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich, S. 4). Gemäss Art. 298 ZPO hört das Gericht oder eine beauftragte Drittperson das Kind persönlich an. Ob die Befragung durch das Gericht der Regelfall und die Delegation der Ausnahmefall sein soll, ist in der Literatur umstritten (Delegation im Ausnahmefalle: ZK ZPO-Schweighauser, Art. 298 N 15 ff.; Delegation bei besonderen Verhältnissen: BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 298 N 20). Eine dem Merkblatt des Amtes für Jugend- und Berufsberatung entsprechende Verpflichtung des Gerichts zur Delegation der Anhörung besteht jedenfalls nicht. Vielmehr steht der Entscheid über die Art und Weise der Durchführung im Ermessen des Gerichts (BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 298 N 20).

### 3. Fazit

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und der Antrag der Beklagten um Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsorts von C.\_\_\_\_\_ nach D.\_\_\_\_\_ abzuweisen. Mangels eines Aufenthaltsortswechsels fallen dabei auch die von der Vorinstanz getätigten Anpassungen hinsichtlich der Betreuung und des Unterhalts dahin. Es gilt weiterhin die mit Eheschutzentscheid vom 9. Oktober 2014 festgelegte Regelung (Urk. 12/10/25).

### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten. Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen.

2.1 Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

2.2 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten in familienrechtlichen Verfahren nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Mit Bezug auf die Kinderbelange sind Gerichtskosten nach ständiger Rechtsprechung der erkennenden Kammer unabhängig vom Ausgang des Prozesses den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn diese achtenswerte Gründe für ihre Rechtspositionen hatten (ZR 84 Nr. 41; statt vieler: *OGer ZH LY150004 vom 19.06.2015, E. III/2.2*). Solche Gründe können den Parteien vorliegend nicht abgesprochen werden, weshalb ihnen die Kosten für das Berufungsverfahren je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind.

3.1 Die Vorinstanz gewährte den Parteien mit Verfügung vom 8. November 2016 die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 12/66, Dispositivziffer1). Sowohl der

Kläger als auch die Beklagte haben auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, der Kläger darüber hinaus einen Antrag um Verpflichtung der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (Urk. 7 S. 4 f.; Urk. 10 S. 3). Das Gesuch der Klägerin wurde – wie einleitend bereits erwähnt (vgl. E. I/2.1) – mit Verfügung vom 6. Januar 2017 abgewiesen (Urk. 13).

3.2.1 Für die Begründung seiner Mittellosigkeit verweist der Kläger auf seine diesbezüglichen Ausführungen vor Vorinstanz (Urk. 12/1 Rz 7 und 17) und hält fest, dass sich seine Verhältnisse seither nicht verändert hätten. Er erziele nach wie vor ein Nettoeinkommen in der Höhe von Fr. 8'582.10 (zuzüglich Kinderzulagen), womit er sein Existenzminimum von Fr. 3'975.15 decke und seiner monatlichen Unterhaltsverpflichtung von insgesamt Fr. 4'920.– nachkomme. Durch diese Leistungen werde sein monatliches Einkommen überschritten, weshalb er jeweils einen Teil seiner laufenden Ausgaben aus den Bonuszahlungen decke. Den Rest der anteilmässigen Bonuszahlung müsse er zur Tilgung der nach wie vor offenen Darlehensschulden von Fr. 8'500.– sowie der offenen Steuerschulden für die Jahre 2015 und 2016 verwenden. Über Vermögen verfüge er nicht bzw. nur über zweckgebundenes. Er habe Schulden. Deshalb ersuche er um einen Prozesskostenvorschuss. Sollte die Beklagte einen solchen nicht leisten können, wovon er ausgehe, sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 7 Rz 72 ff.).

3.2.2 Zum Antrag des Klägers um Leistung eines Prozesskostenvorschusses erklärt die Beklagte zusammengefasst, über kein Einkommen zu verfügen. Sie erhalte vom Kläger für sich und C.\_\_\_\_\_ monatlich Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 4'810.–. Diesem Betrag stehe ihr Bedarf mit der Tochter von Fr. 4'664.80 gegenüber. Über nennenswertes Vermögen verfüge sie weder in der Schweiz noch in Polen. Dagegen habe sie Schulden, beispielsweise bei der Supercard Visa in der Höhe von Fr. 4'071.90 (Urk. 14 Ziff. 5).

3.2.3 Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden (vgl. *OGer ZH LY150002 vom 19.06.2015, E. III/3.2; OGer ZH LE130025 vom 19.08.2013, E. II/C. 4.4; OGer ZH LE120025*

vom 12.06.2012, E. IV.2). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen. Als aussichtslos gelten nur Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und darum kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

3.2.4 Der Kläger verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 8'582.10 (zuzüglich Kinderzulagen). Zusätzlich erhält er gemäss seiner Darstellung bei gutem Geschäftsgang des Unternehmens jeweils im März einen Bonus ausbezahlt. Für das Jahr 2012 erhielt er einen solchen von brutto Fr. 8'113.–, für das Jahr 2013 einen solchen von Fr. 6'700.–, für das Jahr 2014 einen solchen von Fr. 7'165.– und für das Jahr 2015 einen solchen von Fr. 16'317.–, wobei dieser ausserordentlich hoch ausgefallen sei (Urk. 1 Rz. 8; Urk. 12/4/25/1-4). Von erhaltenen Bonus-, Prämien- und Jubilareinzahlungen muss er der Beklagten gemäss Eheschutzurteil vom 9. Oktober 2014 jeweils 60% abgeben (Prot. EE140114 S. 36).

Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich folgender Bedarf des Klägers:

1)	Grundbetrag	Fr.	1'200.00
	Zuschlag	Fr.	300.00
2)	Mietzins	Fr.	1'282.00
3)	Haftpflicht-/Hausratversicherung	Fr.	25.00
4)	Krankenkasse (KVG)	Fr.	347.55
5)	Gesundheitskosten	Fr.	85.00
6)	Mobilitätskosten	Fr.	300.00
7)	auswärtige Verpflegung	Fr.	220.00
8)	Telefon/Billag	Fr.	158.50
9)	Steuern	Fr.	330.00
10)	Unterhaltsbeiträge	Fr.	4'610.00
	<b>Total</b>	<b>Fr.</b>	<b>8'858.05</b>

Der Grundbetrag (1) ergibt sich aus dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 (Kreisschreiben). Der zivilprozessuale Notbedarf ist jedoch grosszügiger zu bemessen als der betriebsrechtliche. Die unentgeltliche Rechtspflege hat gerade den Zweck, zu

verhindern, dass ein Gesuchsteller die für den Prozess notwendigen Mittel durch Nichterfüllung notwendiger Verpflichtungen, Eingehung neuer Schulden oder unzumutbare Verfügungen über Vermögenswerte beschaffen muss (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 156 f.). Dies führt dazu, dass zum betriebsrechtlichen Grundbedarf einerseits Bedarfspositionen wie zum Beispiel laufende Steuern oder Schuldverpflichtungen hinzuzuzählen sind und andererseits ein genereller Zuschlag auf den Grundbetrag sowie ein Notgroschen im Sinne eines Freibetrages gewährt werden, welche die Mittellosigkeit nicht ausschliessen (*OGer ZH LE160066 vom 1. März 2017, E. IV/2.1*; BK ZPO Bühler, Art. 117 N 117 ff.; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 56). Um den Bedarf des Klägers nicht auf das absolute Minimum zu beschränken, rechtfertigt es sich vorliegend, einen Zuschlag von 25% auf den Grundbetrag von Fr. 1'200.– zu gewähren und ihm – wie beantragt (vgl. Urk. 1 Rz 9) – einen Betrag von Fr. 330.– für die Steuern (9) anzurechnen. Die Positionen 2, 3, 4, 6 und 7 sind ausgewiesen (Urk. 12/4/11-13 und 12/4/11 16) bzw. erscheinen als angemessen. Nicht im Bedarf zu berücksichtigen ist der geltend gemachte Betrag für die Zusatzversicherung nach VVG (vgl. Urk. 1 Rz 9), da lediglich obligatorische Versicherungen als notwendige Lebensaufwandskosten gelten (*OGer ZH VO130184 vom 05.12.2013, E. 2.6*). Der geltend gemachte Betrag für die Gesundheitskosten erscheint angemessen (Urk. 1 Rz. 9; Urk. 12/4/15). Für die Kommunikationskosten wird ein Betrag von Fr. 158.– angerechnet. Damit weist der Gesuchsgegner unter Berücksichtigung des Kinderunterhaltsbeitrages an C.\_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 1'500.– (exkl. Kinderzulagen) und des Ehegattenunterhaltsbeitrages von Fr. 3'110.– (Urk. 16/8, Dispositivziffer 3.3; Position 10) einen Bedarf von monatlich gerundet Fr. 8'858.– auf. Wird dieser Betrag seinem Einkommen (ohne Berücksichtigung des Bonusses) gegenübergestellt, resultiert ein monatliches Manko von rund Fr. 280.–. Der für die Jahre 2012 bis 2015 im Durchschnitt erhaltene Bruttobonus beträgt Fr. 9'574.– brutto bzw. Fr. 8'844.– netto, monatlich damit Fr. 800.– brutto bzw. Fr. 737.– netto. Da der Kläger der Beklagten davon 60% abzugeben hat, verbleiben ihm monatlich rund Fr. 295.–. Er ist demnach nicht in der Lage, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Auch verfügt er über kein nen-



nenswertes Vermögen (vgl. Urk. 12/4/6+18+23). Der Kläger gilt daher als mittellos.

3.2.4 Die Beklagte verfügt über kein Erwerbseinkommen. Sie erhält vom Kläger für sich und die Tochter C.\_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 4'610.– zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulagen. Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich sodann der folgende Bedarf:

1)	Grundbetrag Beklagte	Fr.	1'350.00
	Grundbetrag C._____	Fr.	400.00
	Zuschlag	Fr.	438.00
2)	Mietzins	Fr.	1'931.00
	Nebenkosten	Fr.	10.00
3)	Haft-/Hausratversicherung	Fr.	17.00
4)	Krankenkasse Beklagte (KVG)	Fr.	417.15
	Krankenkasse C._____ (KVG)	Fr.	87.35
5)	Gesundheitskosten	Fr.	100.00
6)	Polnische Schule Tochter	Fr.	00.00
7)	Betreuung Tochter Mittagstisch	Fr.	00.00
8)	Telefon/Billag	Fr.	158.00
9)	Steuern	Fr.	190.00
10)	SVA	Fr.	65.50
	<b>Total</b>	<b>Fr.</b>	<b>5'164.00</b>

Die Grundbeträge (1) ergeben sich wiederum aus dem Kreisschreiben. Auch seitens der Beklagten rechtfertigt es sich, ihren Bedarf nicht auf das absolute Minimum zu beschränken und ihr einen Zuschlag von 25% auf den Grundbetrag von insgesamt Fr. 1'750.– zu gewähren. Die Positionen 2, 4 und 10 sind ausgewiesen (Urk. 12/16/16-17, Urk. 16/5 und Urk. 16/34). Für die Haftpflicht- und Hausratversicherung ist ein Betrag von Fr. 17.– belegt (Position 3; Urk. 12/16/28). Nicht im Bedarf zu berücksichtigen ist der geltend gemachten Betrag für die Zusatzversicherung nach VVG (vgl. Urk. 14 Ziff. 5.3), da lediglich obligatorische Versicherungen als notwendige Lebensaufwandskosten gelten (*OGer ZH VO130184 vom 05.12.2013, E. 2.6*). Auch seitens der Beklagten erscheint der geltend gemachte Betrag für die Gesundheitskosten als angemessen (Urk. 14 Ziff. 5.3; Urk. 16/6 und Urk. 12/16/4-15). Die im Zusammenhang mit der polnischen Schule und der Betreuung am Mittagstisch geltend gemachten Kosten (vgl. Urk. 14 Ziff. 5.3 und 5.8; Positionen 6 und 7) sind aus dem vom Kläger zu leistenden Unterhaltsbeitrag

für C.\_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 1'500.– zu bezahlen. Für die Kommunikationskosten (Position 8) wird praxisgemäss ein Betrag von Fr. 158.– angerechnet. Sodann ist notorisch, dass auch seitens der Beklagten Steuern anfallen. Es ist von einem monatlichen Betrag von Fr. 190.– auszugehen (bei einem geschätzten steuerbaren Einkommen von Fr. 42'200.– [Unterhaltsbeiträge abzüglich Kinderabzug, Versicherungsprämien, Beiträge an die AHV], inklusive Kirchensteuer in der Gemeinde Zürich; vgl. den Steuerrechner auf [www.steuern.ch](http://www.steuern.ch)). Damit ergibt sich seitens der Beklagten ein Bedarf von monatlich Fr. 5'164.–. Wird dieser Betrag den Unterhaltsbeiträgen gegenübergestellt, resultiert ein monatliches Manko von rund Fr. 350.–. Dieses vermag sie mit ihrem Anteil am Bonus des Klägers von monatlich rund Fr. 440.– (60% von Fr. 737.– [vgl. vorstehend E. IV/3.2.4 S. 24]) zu decken. Es verbleiben ihr monatlich Fr. 90.–. Da die Beklagte ihre eigenen Prozesskosten zu tragen hat, erscheint sie darüber hinaus nicht in der Lage, auch noch die Prozesskosten des Klägers zu tragen. Der Antrag des Klägers, die Beklagte sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, ist daher abzuweisen.

3.2.5 Der Kläger ist mittellos und kann die zur Prozessfinanzierung benötigten Mittel auch nicht von der Beklagten heranziehen. Seine Prozessstandpunkte können nach den vorstehenden Erwägungen sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Zudem war er als nicht rechtskundige Partei im vorliegenden Verfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Dem Kläger ist daher im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Begehren des Klägers, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, wird abgewiesen.

2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Antrag der Beklagten, sie sei für berechtigt zu erklären, den Wohnsitz von C. \_\_\_\_\_ ab sofort nach D. \_\_\_\_\_, Polen, zu verlegen, wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der auf den Kläger fallende Anteil wird zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 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:

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:  
mc