Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LE140004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H. A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 4. März 2014

in Sachen

A._____,
Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Dr. iur. X._____

gegen

B._____,
Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

sowie

1. **C._____**,
2. **D._____**,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen: Ausreisesperre)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirkgericht Meilen vom 31. Januar 2014 (EE130077-G)

Gesuch des Gesuchsgegners betreffend superprovisorische Massnahmen:
(Urk. 9/20 S. 1 f.)

"1. Es sei die Kantonspolizei Zürich anzuweisen, unverzüglich folgende Dokumente einzuziehen:

a. Spanischer Reisepass von C._____, geb. tt.mm.2004;

b. Mexikanischer Reisepass von C._____, geb. tt.mm.2004;

c. Spanischer Reisepass von D._____, geb. tt.mm.2008;

d. Spanisches Familienbuch, *Libro de Familia*;

e. Spanische Geburtsurkunde von C._____, geb. tt.mm.2004, *Partida de Nacimiento*;

f. Spanische Geburtsurkunde von D._____, geb. tt.mm.2008, *Partida de Nacimiento.*

2. Es sei der Gesuchstellerin unter Androhung von Bestrafung im Sinne von Art. 292 StGB zu verbieten, während der Dauer dieses Verfahrens mit den Kindern die Schweiz bzw. den Schengen-Raum zu verlassen. Es sei entsprechende Mitteilung an die Kantonspolizei Zürich zur Weiterleitung an alle zuständigen Stellen (SIS, Ripol) zu machen."

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Dezember 2013 (Berichtigung vom 11. Dezember 2013):
(Urk. 9/23 S. 4 f.; Urk. 9/27 S. 2 f.)

1. Der Gesuchstellerin wird **mit sofortiger Wirkung verboten**, zusammen mit den Kindern C._____ (m), geboren tt.mm.2004, mexikanischer und spanischer Staatsangehöriger, sowie D._____ (w), geboren tt.mm.2008, spanische Staatsangehörige, die Schweiz oder den Schengen-Raum zu verlassen. Kommt die Gesuchstellerin diesem Verbot nicht nach, hat sie mit ihrer Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB (Busse) zu rechnen.

2. Die Kantonspolizei Zürich, Zeughausstrasse 11, 8021 Zürich, Personenfahndung wird **zur Sicherstellung des Verbots gemäss Dispositiv Ziffer 1** ersucht, die Kinder C._____ (m), geboren 18. Januar 2004, mexikanischer und spanischer Staatsangehöriger, sowie D._____ (w), geboren 29. November 2008, spanische Staatsangehörige, prophylaktisch im RIPOL und im SIS (Schengen Informationssystem) auszuschreiben.

3. Die Gesuchstellerin wird **verpflichtet**, folgende Dokumente **innert 5 Tagen** beim Gericht zu hinterlegen, nämlich:

   a. Spanischer Reisepass von C._____, geb. tt.mm.2004;
   b. Mexikanischer Reisepass von C._____, geb. tt.mm.2004;
   c. Spanischer Reisepass von D._____, geb. tt.mm.2008;
   d. Spanisches Familienbuch, Libro de Familia;
   e. Spanische Geburtsurkunde von C._____, geb. tt.mm.2004, Partida de Nacimiento;
   f. Spanische Geburtsurkunde von D._____, geb. tt.mm.2008, Partida de Nacimiento,

4. Das Gemeindeammannamt Pfannenstiel wird angewiesen, diese Verpflichtung nach Ablauf der Abgabefrist auf erstes Verlangen des Gesuchsgegners zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsgegner vorzuschiessen. Sie sind ihm aber von der Gesuchstellerin zu ersetzen.

5. Der Gesuchstellerin läuft eine **Frist von 10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung, um zum Begehren des Gesuchsgegners vom 9. Dezember 2013 Stellung zu nehmen. Bei Säumnis wird aufgrund der Akten entschieden (Art. 219 i.V.m. Art. 234 Abs. 1 ZPO).

6. [Schriftliche Mitteilung].

7. [Rechtsmittelbelehrung].

Rechtsbegehren Gesuchstellerin:

(Urk. 9/44 S. 2)

"1. An den im Gesuch vom 25. November 2013 gestellten Anträgen wird unter Berücksichtigung der Eingabe vom 26. November 2013 (Zuteilung der Wohnung nach Anhörung) festgehalten.

2. Das Gesuch des Gesuchsgegners vom 9. Dezember 2013 um Erlass von Massnahmen sei abzuweisen.

3. Die Verfügung vom 10. Dezember 2013 sei aufzuheben, die Ausschreibung von C._____ und D._____ sei rückgängig zu machen und die Pässe und Geburtsscheine wieder auszuhändigen.

4. Es sei allenfalls ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Januar 2014:
(Urk. 9/61 S. 7 = Urk. 2 S. 7)

1. Die gemäss Urteil und Verfügung vom 10. Dezember 2013 (Dispositiv Ziffern 1. und 2.) bzw. Verfügung vom 11. Dezember 2013 (Dispostiv Ziffern 1. und 2.) angeordneten superprovisorischen Massnahmen werden als vorsorgliche Massnahmen bestätigt.

2. [Schriftliche Mitteilung].

3. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:
(Urk. 1 S. 2)

"1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 31. Januar 2014 sowie die superprovisorisch angeordneten Massnahmen seien aufzuheben.

2. Die Ausschreibung der gemeinsamen Kinder C._____ und D._____ sei rückgängig zu machen. Es sei entsprechende Mitteilung an die Kantonspolizei Zürich zur Weiterleitung an alle zuständigen Stellen (SIS, Ripol) zu machen. Die Pässe und Geburtsurkunden der Kinder sowie das Familienbuch seien der Berufungsklägerin wieder auszuhändigen.

3. Es sei für dieses Verfahren die bereits beim Bezirksgericht Meilen anbegehrte, noch nicht entschiedene unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Kinder, einen Sohn C._____ (geboren am tt.mm.2004) und eine Tochter D._____ (geboren am tt.mm.2008). Seit dem 25. November 2013 stehen die Parteien vor dem Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) im Eheschutzverfahren (Urk. 9/1). Am 9. Dezember 2013 stellte der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) das eingangs genannte Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen (Urk. 9/20). Die Vorinstanz entsprach dem Gesuch mit Urteil und Verfügung vom 10. Dezember 2013 und setzte der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) gleichzeitig eine Frist zur Stellungnahme (Urk. 9/23). Am 11. Dezember 2013 erliess die Vorinstanz eine Berichtigungsverfügung hinsichtlich des Entscheides vom 10. Dezember 2013 (Urk. 9/27). Die Gesuchstellerin gab am 13. Dezember 2013 die Reisepässe und Geburtsurkunden der Kinder sowie das Familienbüchlein bei der Vorinstanz ab (Urk. 9/31). Ihre Stellungnahme zu den vorsorglichen Massnahmen erstattete die Gesuchstellerin innert erstreckter Frist am 21. Januar 2014 mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 9/44). Mit Urteil vom 31. Januar 2014 bestätigte die Vorinstanz die angeordneten superprovisorischen Massnahmen als vorsorgliche Massnahmen (Urk. 9/61 S. 7 = Urk. 2 S. 7).

2. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 31. Januar 2014 erhob die Gesuchstellerin innert Frist Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 1).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

4. Vorliegend sind Kinderbelange betroffen. Es gelten die (uneingeschränkte) Offizial- und die Untersuchungsmaxime; das Gericht *erforscht* den Sachverhalt von Amtes wegen, es kann bzw. muss eine vorsorgliche Massnahme auch von

sich aus anordnen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO; BSK ZPO-Sprecher, 2. A., Basel 2013, Art. 261 N 5 und Art. 296 N 10 f.).

II.

Soweit sich die Berufung gegen die superprovisorisch angeordneten Massnahmen richtet (Rechtsbegehren Ziffer 1), ist auf die Berufung nicht einzutreten. Superprovisorische Anordnungen können nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden (BGE 139 III 86 E. 1.1.1 S. 88). Vielmehr werden diese nach speditiver Durchführung des kontradiktorischen Verfahrens durch vorsorgliche Massnahmen ersetzt, die alsdann auf dem Rechtsmittelweg anfechtbar sind. Die Berufung kann sich daher nur gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 31. Januar 2014 richten. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

III.

1.1. Die Vorinstanz ging vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen aus. Sie verwies darauf, dass die Gesuchstellerin angesichts der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht alleine über einen Wegzug mit den Kindern entscheiden dürfe. Die Gesuchstellerin wende zwar zu Recht ein, sie habe ihre Wegzugsabsicht immer kundgetan. Aus diesem Umstand könne jedoch nicht zwingend geschlossen werden, sie werde das Land nicht doch zusammen mit den Kindern verlassen, sollte wider ihren Erwartungen die Obhut dem Gesuchsgegner zugesprochen werden. Die Möglichkeit der Rückführung nach dem Haager Übereinkommen biete nicht genügend Schutz, da eine solche regelmässig zeitaufwändig und nicht immer erfolgreich sei. Gegenstand des Eheschutzverfahrens sei gerade die Frage, was dem Kindeswohl entspreche, weshalb der aktuelle Aufenthaltsort der Kinder sicherzustellen sei. Dies sei nur innerhalb der Schweizer Grenzen möglich. Die Gesuchstellerin sei auch spanische Staatsangehörige, die Frage einer Ausweisung stelle sich aktuell nicht und das Kindeswohl

sei höher zu werten, als die Möglichkeit in das Ausland zu reisen, zumal die Gesuchstellerin selbst dem Ausreiseverbot nicht unterworfen sei (Urk. 2 S. 5).

1.2. Die Gesuchstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass es nicht ausreiche, vorsorgliche Massnahmen gestützt auf eine einfache subjektive Befürchtung resp. blosse Vermutung anzuordnen. Es sei eine Glaubhaftmachung gefordert, und die Behauptungen des Gesuchsgegners seien als nicht glaubhaft anzusehen: Er habe weder Dokumente noch stichhaltige Nachweise (Flugtickets, Reisebestätigung, Korrespondenz mit mexikanischen Verwandten, Fotos gepackter Koffer) eingereicht, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit in Bezug auf eine heimliche Abreise nach Mexiko nachweisen könnten. Die Vorinstanz stütze sich auf die Tatsache, dass die Gesuchstellerin mexikanische und spanische Staatsangehörige sei. Die sich daraus ergebende abstrakte Gefahr vermöge aber die geforderte Wahrscheinlichkeit einer Fluchtgefahr in keiner Weise zu begründen (Urk. 1 S. 4 f.). Vielmehr sei objektiv tatsächlich nachgewiesen, dass die Gesuchstellerin das Eheschutzverfahren anhängig gemacht habe, weil sie eine Regelung für den Fall der Ausreise gewünscht habe. Es sei ein legitimes Anliegen, nach allfälliger Obhutszuweisung nach Mexiko auswandern zu wollen, aber kein Beweis für eine angebliche Flucht (Urk. 1 S. 6). Im Weiteren führt die Gesuchstellerin an, dass eine binnenstaatliche zivilprozessuale Massnahme weder erforderlich noch möglich sei, da mit dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung ein von der Schweiz und Mexiko ratifizierter Staatsvertrag zur Verfügung stehe, der den Status Quo im Verfahren gewährleiste und einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil ausschliesse. Auch seien dem Gesuchsgegner die Familienmitglieder in Mexiko bekannt. Der blosse Zeitaufwand sowie die Finanzierung der Rückführung dürften keine Rolle spielen und dem mexikanischen Staat könne keine Nichteinhaltung des Haager Übereinkommens vorgeworfen werden (Urk. 1 S. 7 f.). Schliesslich sei die verhängte vorsorgliche Massnahme unverhältnismässig. Ein derart enges Ausreiseverbot (nicht aus den Schengen-Staaten, nicht aus der Schweiz) sei zur Zielerreichung, dass die Gesuchstellerin nicht mit den Kindern nach Mexiko fliehe, nicht notwendig und greife stark in die persönliche Freiheit ein. Es sei zu beachten, dass Reisen in das

grenznahe Ausland oder in andere Schengen-Staaten keiner Grenzkontrolle unterliegen würden und die Eingrenzung der Gesuchstellerin als EU-Angehörige in einen einzelnen Schengen-Staat Staatsvertragsrecht verletze (Urk. 1 S. 9).

2.1. Vorsorgliche Massnahmen können grundsätzlich auch im Eheschutzverfahren erlassen werden, wobei dafür die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ff. ZPO gegeben sein müssen (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 13). Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher umgehend erlassen werden. Dabei gilt es zu beachten, dass bereits das Eheschutzverfahren der schnellen Schaffung einer einstweiligen Regelung dient und nicht auf die endgültige Regelung der Verhältnisse abzielt. Dies gilt für vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren noch stärker; es besteht eine noch stärkere zeitliche Dringlichkeit und deren erwartete Geltungsdauer ist noch kürzer.

2.2. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs, ein daraus drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit. Weiter ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (Art. 261 Abs. 1 ZPO; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 261 N 17 ff.).

Das Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen muss glaubhaft sein. Glaubhaftmachung bedeutet, dass aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen bzw. den behaupteten Sachverhalt spricht. Das Gericht ist seinerseits gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.],

a.a.O., Art. 261 N 25 mit Hinweis auf BGE 130 III 321 E. 3.3; Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 2 ff.).

3.1. Das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur ist zu bejahen. Die Parteien verfügen über die gemeinsame elterliche Sorge. Der Wegzug der Gesuchstellerin mit den Kindern aus der Schweiz, gegen den vom Gesuchsgegner bekundeten Willen, würde sein sich aus dem Obhutsrecht – als Teil der elterlichen Sorge – ergebenden Anspruch auf (Mit-)Bestimmung des Aufenthaltsortes der Kinder C._____ und D._____ verletzen (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.2).

In Bezug auf die Befürchtung der Verletzung dieses Anspruchs ist zum einen anzuführen, dass die Gesuchstellerin in ihrem Eheschutzgesuch vorbrachte, nun definitiv die Ausreise nach Mexiko zu erwägen, sie unterbreite aber dem Gericht das Eheschutzgesuch, da sie Probleme mit dem Haager Kindesentführungsübereinkommen vermeiden müsse (Urk. 9/1 S. 5 N 7). Zum anderen führte sie aus, sie habe "nichts, was sie in der Schweiz" halte. Diese Äusserung tätigte die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit ihrem Antrag Ziffer 6, mit welchem sie verlangte, es sei davon Kenntnis zu nehmen, dass sie beabsichtige, *umgehend* mit den Kindern nach Mexiko zurück zu reisen und dort Wohnsitz zu begründen. Von ihrem Ausreisewillen sei ausdrücklich Kenntnis zu nehmen, vor allem um zu vermeiden, dass die Ausreise unter dem Gesichtspunkt der Haager Konvention über Kindesentführungen als Entführung angesehen werden könnte (Urk. 9/1 S. 2 und S. 23 N 23). In ihrer Stellungnahme vom 21. Januar 2014 fügte sie an, tatsächlich keine Bindungen in der Schweiz zu haben, weder sprachlich, kulturell noch emotional. Sie habe diese Bindung nur zum Gesuchsgegner gehabt. Nach der Schärfe der Tonalität des von ihm bewusst dramatisch geführten Eheschutzverfahrens sei die Beziehung nun definitiv zerrüttet. Es könne von ihr nicht verlangt werden, nach kaum drei Jahren in einem Land, in dem sie fremd und einsam geblieben sei und wo sie sich nicht verständigen könne, *weiter* wohnen zu bleiben. Insbesondere sei ihr dies ohne Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gar nicht möglich. Nur weil sie fremd geblieben sei, dürften ihr auch ihre Kinder nicht entrissen werden (Urk. 9/44 S. 3 N 3). Ihren Antrag Ziffer 7 im Eheschutzgesuch betreffend das Be-

suchs- und Ferienrecht des Gesuchsgegners "ab der 13. Woche" formulierte sie für den Fall des Wohnsitzes im gleichen Land oder nahen Ausland resp. in Mexiko (Urk. 9/1 S. 2 f.). Angesichts dieser Antragsstellung und Ausführungen der Gesuchstellerin kann nicht gesagt werden, es läge bloss eine subjektive Befürchtung des Gesuchsgegners hinsichtlich eines Wegzugs der Gesuchstellerin mit den Kindern während des Eheschutzverfahrens vor. Vielmehr schuf die Gesuchstellerin selber objektive Anhaltspunkte dafür. Auch wenn die Gesuchstellerin nach Erlass der superprovisorischen Massnahmen in ihrer Stellungnahme und Berufungsschrift relativierend hervorhob, erst nach allfälliger Obhutszuweisung nach Mexiko auswandern zu wollen (Urk. 9/44 S. 3 N 2; Urk. 1 S. 3 N 4 und S. 6 N 18), ist sie doch auf ihre erste, deutliche Antragsstellung zu behaften. Aus der von der Gesuchstellerin vorgebrachten Tatsache, dass die Vorinstanz nach Eingang des Eheschutzgesuches aufgrund der fremden Staatsbürgerschaft nicht direkt von sich aus vorsorgliche Massnahmen erlassen hat, lässt sich nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gleiches gilt für ihr Vorbringen, sie hätte bereits nach den Herbstferien 2013 mit den Kindern in Mexiko bleiben können, wenn das ihre Absicht gewesen wäre (Urk. 1 S. 6 N 19 f.). Angesichts der mehrfach bekundeten starken Willensäusserung der Gesuchstellerin, nach Mexiko ziehen zu wollen (Urk. 9/1 S. 7 N 19; Urk. 9/44 S. 2 N 1, S. 7 N 12 letzter Satz und S 9), und ihrem Antrag Ziffer 6 und 7 im Eheschutzgesuch, ist – auch ohne Vorlage von Fotos, Abreisedokumenten oder Ähnlichem – eine gewisse Wahrscheinlichkeit der plötzlichen Abreise der Gesuchstellerin mit den Kindern aus der Schweiz in Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Gesuchsgegners zu bejahen.

3.2. In Bezug auf das Kindeswohl ist zu berücksichtigen, dass C._____ in die dritte Klasse und D._____ in den ersten Kindergarten in E._____ gehen (vgl. Urk. 9/20 S. 3; Urk. 9/1 S. 9 N 23). Auch wenn eine Rückführung der Kinder bei unrechtmässigem Verbringen in das Ausland durch das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (SR 0.211.230. 02, nachfolgend Haager Übereinkommen) gewährleistet wird, so kann doch ein entsprechendes Verfahren – ohne die Handhabung durch Mexiko in Frage zu stellen und trotz der bestehenden staatsvertraglichen Zielsetzung –

einige Zeit in Anspruch nehmen und wäre überdies mit Belastungen für die Kinder verbunden. Dies würde den fachlichen resp. sozialen Anschluss der Kinder in der Schule und dem Kindergarten beeinträchtigen. Insbesondere ist ernsthaft mit einer nicht leicht wiedergutzumachenden Belastung für die Kinder sowie deren Beziehung zum Gesuchsgegner sowie negativen Auswirkungen auf das hängige Eheschutzverfahren zu rechnen. Daraus ergibt sich auch die Dringlichkeit der vorsorglichen Massnahmen; es kann nicht bis zum Entscheid in der Hauptsache zugewartet werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass für eine Passhinterlegung im Anwendungsbereich des Haager Übereinkommens durchaus Raum besteht. Das Bundesgericht anerkennt die Passhinterlegung bei gegebener Verhältnismässigkeit als zulässige Sicherungsmassnahme sogar im laufenden Haager Rückführungsverfahren bis zum Vollzug (BGE 135 III 574). Es ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch im Vorfeld eines allfälligen Rückführungsverfahrens resp. zur Vermeidung eines solchen gelten sollte.

3.3. Als Sicherungsmassnahmen ausgestaltete vorsorgliche Massnahmen – wie sie vorliegend zur Diskussion stehen – bezwecken die Erhaltung eines bestehenden Zustandes im Hinblick auf die Vollstreckung (BSK ZPO-Sprecher, a.a.O., Art. 262 N 2 f.). Die Gesuchstellerin beantragt im Eheschutzverfahren die Obhut über die Kinder (Urk. 9/1 S. 2). Der Gesuchsgegner fordert seinerseits ein gemeinsames Obhutsrecht, eventualiter ein Ausreiseverbot nach Mexiko bei Zuteilung der Obhut über die Kinder an die Gesuchstellerin, subeventualiter die alleinige Obhut im Falle der Wohnsitzverlegung der Gesuchstellerin nach Mexiko (Urk. 9/40 S. 2). Sowohl die Entscheidung über die Zuteilung der Obhut als auch die damit einhergehenden Kinderbelange (Ausgestaltung des Besuchsrechts, Kinderunterhalt) sind Gegenstand des Eheschutzverfahrens und das Eheschutzgericht wird sich – je nach Dauer des Verfahrens – angesichts des Inkrafttretens des neuen Art. 301a E-ZGB am 1. Juli 2014 (BBl 2013 4763, 4767; <www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-11-290.html>) bzw. aufgrund der Anträge des Gesuchsgegners mit der Frage der gerichtlichen Bewilligung des Wegzuges der Gesuchstellerin mit den Kindern in das Ausland zu befassen haben. Die getroffenen vorsorglichen Massnahmen sind vor diesem Hin-

tergrund erforderlich, damit die Entscheidung im Eheschutzverfahren durch eigenmächtiges Verbringen der Kinder in das Ausland (in einen anderen Schengen-Staat oder nach Mexiko) nicht präjudiziert wird.

Der Verbleib der Kinder in der Schweiz bis zum Entscheid des Eheschutzgerichtes kann auf zwei Arten gesichert werden: Mit einem Verbot gegenüber der Gesuchstellerin mit den Kindern auszureisen und entsprechender Passhinterlegung sowie Ausschreibung im RIPOL und SIS oder mittels Übertragung der Elternrechte auf den Gesuchsgegner. Die Kinderbetreuung oblag während des Zusammenlebens der Parteien primär der Gesuchstellerin und die Kinder wohnen seit der Trennung der Parteien bei ihr. Mit der Anordnung von ersteren Massnahmen traf die Vorinstanz die mildeste und dennoch geeignete von den zur Verfügung stehenden Massnahmen.

Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist zu berücksichtigen, dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen nur für eine sehr beschränkte Dauer bis zum Abschluss des Eheschutzverfahrens gelten (vgl. oben Erw. II.2.1.). Die Vorbringen der Gesuchstellerin zum Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) sind sodann bezüglich der Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahmen in mehrfacher Hinsicht unbehelflich: Insbesondere fehlt es zunächst in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen an der Aktualität einer Ausweisung der Gesuchstellerin aus der Schweiz, und es wäre bei Anwendbarkeit des von ihr angeführten Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG auch den Interessen der Kinder Rechnung zu tragen (BGE 138 II 229 E. 3.1). Da die Gesuchstellerin jedoch Spanierin, mithin Staatsangehörige eines EU-Staates (Urk. 9/52-53), ist, darf sie sich grundsätzlich in der Schweiz aufhalten (vgl. Art. 2 AuG; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681). Schliesslich ist es der Gesuchstellerin untersagt, zusammen mit den Kindern aus der Schweiz auszureisen; sie selber ist dem Verbot nicht unterworfen. Ein konkretes, überwiegendes Interesse an der Ausreise aus der Schweiz *zusammen mit den Kindern* macht die Gesuchstellerin nicht geltend. Ein solches

ist auch nicht ersichtlich. Die Begründung, die vorsorglichen Massnahmen würden zu weit gehen, da sie nicht nur eine Ausreise aus dem Schengen-Raum beinhalten würden, womit ohne jeglichen Grund die von den Kindern lieb gewonnenen und zur Gewohnheit gewordenen Einkaufstouren in Konstanz verboten worden seien (Urk. 9/44 S. 8 N 17), brachte sie im Berufungsverfahren zu Recht nicht mehr vor. Angesichts des Alters der Kinder ist nämlich nicht nachvollziehbar, inwiefern Einkäufe mit ihnen zusammen im Ausland in ihrem überwiegenden Interesse oder Wohle sein sollten.

4. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die von der Vorinstanz getroffenen vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren gegeben. Folglich ist die Berufung der Gesuchstellerin abzuweisen und das angefochtene Urteil der Vorinstanz vom 31. Januar 2014 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVO OG) und unter Berücksichtigung, dass innerhalb des Eheschutzverfahrens nur eine vorsorgliche Massnahme mit einem einzigen Thema im Streit steht, auf Fr. 1'000.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Das (unbegründete) Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO; Urk. 1 S. 10).

3. Dem Gesuchsgegner ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Gesuchstellerin nicht, weil sie unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 31. Januar 2014 (EE130077-G) wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner und die Kindesvertreterin Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an das Bezirksgericht Meilen, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (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, 4. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: js