

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

Beschluss und Urteil vom 14. August 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Aufenthaltsort der Kinder, vor-
sorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfah-
ren des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 7. Juli 2015; Proz. FP150006**

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 5/1)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, den Aufenthaltsort der Kinder C._____, geb. tt.mm.2004, und D._____, geb. tt.mm.2007, zu wechseln.
2. Die vorstehende Anordnung sei vorsorglich superprovisorisch zu erlassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 5/9)

"Materielle Anträge (Vorsorgliche Massnahmen)

1. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Beklagten sei die gerichtliche Zustimmung zu erteilen, den Aufenthaltsort der beiden gemeinsamen Kinder (C._____ und D._____) nach E._____ [Kanton Waadt] zu verlegen.

Materielle Anträge (Abänderung Scheidungsurteil)

3. Es sei das Scheidungsurteil vom 5. März 2014 betreffend den persönlichen Verkehr abzuändern und es sei ein neuer Betreuungsplan festzulegen.
4. In allen übrigen Punkten sei die Klage vollumfänglich abzuweisen und das Scheidungsurteil vom 5. März 2014 sei zu bestätigen.

Prozessrechtliche Anträge

5. – 6. [...]

7. Dem Gesuchsteller / Kläger seien die Verfahrenskosten aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, der Gesuchgegnerin / Beklagten eine angemessene Parteientschädigung (inkl. MwSt.) zu entrichten."

Verfügung des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 7. Juli 2015:

(act. 4 = act. 5/40)

1. Der Antrag des Klägers, der Beklagten zu verbieten, den Aufenthaltsort der Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2007, zu wechseln, wird im Rahmen des Verfahrens um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.

Der von der Beklagten geplante Aufenthaltsortwechsel der Kinder C._____ und D._____ nach F._____ VD ist mit dem Kindeswohl von C._____ und D._____ vereinbar und wird gerichtlich genehmigt.

2. In Abänderung der Dispositiv-Ziffer 2 Abs. 3 bis 5 des Ehescheidungsurteils vom 5. März 2014 wird die Betreuung der Kinder C._____ und D._____ durch den Kläger für die weitere Dauer des Verfahrens wie folgt geregelt:

- Der Kläger betreut die Kinder auf eigene Kosten an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr.
- Die Beklagte überbringt die Kinder jeweils am Freitagabend zum Wohnort des Klägers nach G._____.
- Der Kläger bringt die Kinder jeweils am Sonntagabend zurück zum Wohnort der Beklagten.
- Der Kläger ist weiter berechtigt, die Kinder auf eigene Kosten zusätzlich während der nachfolgend aufgelisteten Ferientagen zu betreuen:
 - eine Woche Skiferien (Februar);
 - vier Tage vor Karfreitag oder nach Ostermontag;
 - Karfreitagmorgen bis Ostermontagabend;
 - die ersten drei Wochen Sommerferien (Waadt);

- die erste Woche Herbstferien (Waadt);
 - ein Wochenende während der Weihnachtsferien;
 - jeweils am Weihnachtstag (25. Dezember).
- Über die konkrete Ferien- und Feiertagsplanung haben sich die Parteien jeweils rechtzeitig abzusprechen. Der Kläger hat der Beklagten jeweils drei Monate im Voraus mitzuteilen, wenn ihm die Betreuung der Kinder an den oben aufgelisteten Ferientagen nicht möglich ist. In diesem Fall übernimmt die Beklagte die Betreuung der Kinder.
- Die Ferien und Feiertage beginnen am ersten Tag um 10.00 Uhr und enden am letzten Tag um 19.00 Uhr.
- Von der obenstehenden Regelung abweichende Betreuungsmodalitäten bleiben dem beidseitigen Einverständnis der Parteien vorbehalten.
3. Über das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Vertretung wird im weiteren Verlauf des Verfahrens entschieden.
4. Über die Kosten- und Entschädigungsregelung wird im Rahmen des Hauptverfahrens entschieden.
- 5.-6. Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 7. Juli 2015 aufzuheben.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, den Aufenthaltsort der Kinder C._____, geb. tt.mm.2004, und D._____, geb. tt.mm.2007, für die Dauer des Verfahrens zu wechseln.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten.

prozessual:

Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 9):

- "1. Es sei die Berufung vom 14. Juli 2015 gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 7. Juli 2015 vollumfänglich abzuweisen und es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 7. Juli 2015 zu bestätigen.
2. Es sei der Antrag, es sei der Berufungsbeklagten zu verbieten, den Aufenthaltsort der Kinder C._____, geb. tt.mm.2004, und D._____, geb. tt.mm.2007, für die Dauer des Verfahrens zu wechseln, als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Eventuell sei dieser Antrag abzuweisen.

3. Es seien die Kosten des Verfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen und es sei dieser zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8% MwSt.) zu bezahlen.
4. Es sei auf den Antrag des Berufungsklägers betreffend die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten.

Eventuell sei der Antrag um Anordnung der aufschiebende Wirkung abzuweisen.

5. Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind die geschiedenen Eltern von C._____, geb. am tt.mm.2004, und D._____, geb. am tt.mm.2007. Mit Ehescheidungsurteil vom 5. März 2014 wurden die beiden Kinder unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen und es wurde festgehalten, dass die Kinder bei der Mutter (Beklagte) wohnen werden. Dem Vater (Kläger) wurde ein ausgedehntes Betreuungsrecht eingeräumt (act. 5/12/21). Am 21. Januar 2015 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Andelfingen (Vorinstanz) ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen ein (act. 5/1). Mit Eingabe vom 2. Februar 2015 nahm die Beklagte dazu Stellung und stellte die vorstehend aufgeführten Anträge zu den vorsorglichen Massnahmen sowie zur Abänderung des Scheidungsurteils (act. 5/9). Am 16. Februar 2015 konkretisierte sie ihren Antrag in der Hauptsache hinsichtlich der Anpassung der Betreuungsregelung (act. 5/15). Die Vorinstanz führt das Verfahren unter dem Betreff "Abänderung Scheidungsurteil". Am 18. Februar 2015 führte die Vorinstanz eine Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen und eine Einigungsverhandlung durch (Prot. Vi. S. 3). Daraufhin wurde das Verfahren zur Durchführung einer Mediation sistiert. Nachdem die Mediation zu keiner Einigung geführt hatte, beantragte der Kläger, es sei umgehend über die von ihm beantragte Massnahme für die Dauer des Verfahrens zu entscheiden (act. 5/30). Mit Verfügung vom 7. Juli 2015 entschied die Vorinstanz die Begehren der Parteien gemäss dem einleitend erwähnten Dispositiv (act. 4 = act. 5/40).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 14. Juli 2015 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung mit den vorstehenden Anträgen (act. 2). Mit Verfügung vom 21. Juli 2015 wurde der Berufung einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beklagten Frist angesetzt, um sich hierzu zu äussern. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt und die Prozessleitung delegiert (act. 6). Am 6. August 2015 (Datum Poststempel, beim Obergericht eingegangen am 10. August 2015) reichte die Beklag-

te fristgerecht ihre Berufungsantwort sowie ihre Stellungnahme zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung ein, wobei sie die vorstehend aufgeführten Anträge stellte (act. 9). Mit Eingabe vom 12. August 2015, beim Obergericht eingegangen am 13. August 2015, beantragte der Kläger ferner die folgenden Anträge um Erlass superprovisorischer Massnahmen (act. 14):

"Der Beklagten und Berufungsbeklagten sei ohne vorgängige Anhörung zu verbieten, den Wohnsitz der Kinder von G._____ nach F._____ zu verlegen. Die Beklagte sei zu verpflichten, die Kinder am Montag, 17. August 2015, in G._____ einzuschulen, unter Androhung der Bestrafung gemäss StGB Art. 292 im Widerhandlungsfall.

Eventuell:

Die Obhut über die Kinder C._____, geb. tt.mm.2004, und D._____, geb. tt.mm.2007, sei vorsorglich und ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei dem Berufungskläger zuzuteilen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt) zulasten der Berufungsbeklagten."

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-41). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Zur Berufung

2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Frage der Zustimmung zum Aufenthaltsortwechsel der Kinder C._____ und D._____ und die Anpassung der Betreuungsregelung. Damit liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor.

2.2. Auf streitige Abänderungsverfahren finden die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss Anwendung (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Es gelten demnach die Art. 274-283 und Art. 290-293 ZPO. Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen; die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Das Gericht entscheidet über vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren

(Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO); die Art. 252 ff. ZPO gelten subsidiär (ZK ZPO-Kobel, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 276 N 41). Sind wie hier Anordnungen über Kinder zu treffen, so erforscht es den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (sog. uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und Offizialmaxime; Art. 277 Abs. 3 ZPO und Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

2.3. Mit dem heutigen Endentscheid erübrigt sich ein (nochmaliger) Entscheid über die Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten ist daher nicht im Einzelnen einzugehen (act. 2 S. 3-5). Der Vollständigkeit halber rechtfertigen sich indes folgende Bemerkungen: Die Beklagte macht geltend, der vorinstanzliche Entscheid enthalte lediglich eine negative Anordnung. Es werde dadurch keine andere Rechtslage geschaffen, als sie bereits vor Einleitung des Massnahmeverfahrens bestanden habe (act. 9 S. 3 f.). Dies trifft nicht zu. Mit dem vorinstanzlichen Entscheid wurde nicht nur das vom Kläger beantragte Verbot des Wechsels des Aufenthaltsortes verweigert. Vielmehr enthält dieser auch eine positive Anordnung, nämlich die Erteilung der Zustimmung zum Aufenthaltsortwechsel der Kinder und die Anpassung der Betreuungsregelung. Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, der Umzug von G._____ nach F._____ VD stelle einen Fall von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB dar, welcher der Zustimmung bedürfe. Gemäss dieser Bestimmung ist ein Aufenthaltsortwechsel zustimmungsbedürftig, wenn er "erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat", wobei es nach der Lehre entgegen dem Wortlaut genügt, wenn alternativ eine dieser Voraussetzungen gegeben ist (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, 5. Aufl. 2014, Art. 301a N 6; Bächler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014 S. 28; Gloor/Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, in: FamPra.ch 2014 S. 1, 22). Angesichts des deutlich verlängerten Reisewegs hat der geplante Umzug der Beklagten mit den Kindern zweifellos erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung des persönlichen Verkehrs durch den Kläger. Dies ist der Beklagten generell entgegen zu halten wenn sie geltend macht, nach Ablauf der von der Vorinstanz mit Verfügung vom

27. Februar 2015 bis 11. Juli 2015 angeordneten Umzugssperre dürfe sie die Wohnsitzverlegung auch ohne gerichtliche Zustimmung vornehmen (act. 9 S. 3 f. und S. 7). Fakt ist allerdings, dass aktuell keine gerichtlich angeordnete und mit Sanktionen für den Unterlassungsfall verknüpfte Umzugssperre gilt. Ungeachtet der Frage der Zulässigkeit des Wohnortswechsels der Kinder ist jedoch die neue Wohnsitzadresse der Beklagten im Rubrum aufzunehmen.

2.4. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, der von der Beklagten geplante Aufenthaltswechsel der Kinder C._____ und D._____ von G._____ nach F._____ VD sei mit dem Kindeswohl vereinbar und deshalb gerichtlich zu genehmigen. Der Antrag des Klägers, der Aufenthaltsortwechsel sei zu verbieten, sei abzuweisen. Sie erwog, ein Umzug über die Sprachgrenze hinaus vermöge das Kindeswohl nicht ohne Weiteres zu gefährden. Der Kläger habe nicht ausreichend glaubhaft darlegen können, dass Umstände vorlägen, welche über die gewöhnlich mit einem derartigen Umzug verbundenen Herausforderungen hinausgingen und Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung lieferten. Ein Umzug führe zwar zwangsläufig zu gewissen Integrations- und Anpassungsschwierigkeiten. Allerdings sei davon auszugehen, dass die Kinder aufgrund ihres Alters die französische Sprache relativ rasch erlernen und sich ihrem Alter entsprechend im neuen Umfeld auch rasch einleben würden. Die vom Kläger vorgebrachten schulischen Auffälligkeiten bzw. Schwierigkeiten der Kinder in den vorangehenden Jahren könnten nicht ohne Weiteres als Indiz dafür gewertet werden, dass den Kindern der Umzug in eine andere Sprachregion innerhalb der Schweiz übermässig schwer fallen und sie dadurch in ihrer persönlichen und schulischen Entwicklung behindert oder gar zurückgeworfen würden. Der bisher enge Kontakt zwischen dem Kläger und den Kindern entspreche zwar einem wünschenswerten Zustand. Der Betreuungsplan sei jedoch nicht in Stein gemeißelt und sei generell veränderten Lebensumständen anzupassen. Die Beklagte verfolge mit ihrem Wohnortswechsel ferner nicht das Ziel, den Kontakt der Kinder zum Kläger zu vereiteln, sondern möchte vielmehr wegen ihres neuen Partners mit den Kindern in die Westschweiz umziehen. Aufgrund dessen beruflicher Situation sei eine gemeinsame Zukunft in der Deutschschweiz nicht zur Diskussion gestanden. Ferner sei zu berücksichtigen, dass auch das am 17. Juni 2014 gebore-

ne Kind der Beklagten und ihres neuen Partners H._____ einen Anspruch auf bestmögliche Achtung seines Kindeswohls habe (act. 4 E. 3-4).

2.5. Der Kläger rügt in seiner Berufungsschrift, die Vorinstanz habe mit keinem Wort die besonderen Umstände von C._____ und D._____ gewürdigt. Die Kinder seien im Jahr 2011 mit den Eltern von Kanada nach G._____ übersiedelt. Nach verschiedenen Veränderungen in ihrem Leben innert kurzer Zeit würden sie nun beginnen, sich zu stabilisieren, einzuleben und Vertrauen zu fassen, was für eine gesunde Entwicklung unabdingbar sei. Auch hätten sie zwischenzeitlich Deutsch gelernt. Insbesondere C._____, der ab Sommer 2015 die 5. Klasse besuche, verzeichne gewisse schulische Schwierigkeiten. Nach der Einschätzung seines Klassenlehrers beherrsche C._____ derzeit keine Sprache altersgemäss korrekt. Ausserdem verweise der Klassenlehrer auf die Persönlichkeit von C._____, welche ihm die Integration in der Westschweiz erschwere. Auch D._____ habe gemäss dem Standortgespräch mit ihrer Klassenlehrerin und der Heilpädagogin noch erhebliche Sprachdefizite. Die Kinder und auch die Beklagte sprächen kein Französisch, was ganz offensichtlich zu erheblichen Integrationsschwierigkeiten in F._____ VD führen werde, sowohl sozial wie auch schulisch. Die Mittelstufe der Primarschule sei absolut entscheidend für den Übertritt in die Oberstufe, welche wiederum über die künftigen beruflichen Möglichkeiten entscheide. Diese wegen eines neuerlichen Wechsels der Sprachregion aufs Spiel zu setzen, widerspreche offensichtlich den Interessen und dem Wohl der Kinder. Die Vorinstanz habe mit dem angefochtenen Entscheid eine vorläufige Regelung getroffen, welche faktisch den Endentscheid vorweg nehme. Gemäss ständiger Rechtsprechung sei jedoch gerade im Massnahmeverfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen, welche verhältnismässig sei und von den bisherigen Verhältnissen auszugehen habe. Der Kläger habe dem Gericht seine Bedenken bezüglich Interessen und Wohl der Kinder dargelegt. Weiter seien dem Gericht Schreiben der zuständigen Lehrerschaft eingereicht und die Anhörung der Kinder beantragt worden. Die Vorinstanz habe indes keine weiteren Abklärungen getroffen. Insbesondere sei es unerlässlich, die Meinung der Kinder zu erforschen, und zwar bevor diese im Rahmen vorsorglicher Massnahmen den Wohnort wechseln müssten. Was die Neuregelung des Betreuungsrechts angehe, so berufe sich die Vorinstanz ferner

auf Anträge der Beklagten im Hauptverfahren. Dieses sei nie durchgeführt worden und der Kläger habe sich zu diesen Anträgen auch nicht äussern können. Damit sei sein rechtliches Gehör verletzt (vgl. act. 2).

2.6. Die Beklagte führt in ihrer Berufungsantwort aus, nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheids, habe sie am 11. Juli 2015 sowohl ihren Wohnsitz als auch den Wohnsitz der Kinder C._____ und D._____ nach F._____ VD verlegt. Die beiden Kinder seien auch bereits bei der örtlichen Schule angemeldet und würden das Schuljahr am 24. August 2015 in der Gemeinde F._____ beginnen. Die Vorinstanz ziehe korrekt in Erwägung, dass jeder Umzug ein Stück weit zwangsläufig zu Integrations- und Anpassungsschwierigkeiten führe. Dass die Kinder der Parteien keine übermässigen Anpassungsschwierigkeiten zeigten, sei insbesondere daraus ersichtlich, dass es ihnen in verhältnismässig kurzer Zeit ziemlich gut gelungen sei, sich einzuleben und auch ordentliche schulische Leistungen zu erbringen. Die geltende Rechtslage lasse es ferner nicht zu, dass dem Obhutsberechtigten ein Wegzug stets verboten würde, nur um eine Änderung der Verhältnisse bis zum Vorliegen eines Endentscheides zu verhindern. Es sei unverhältnismässig und für den hauptbetreuenden Elternteil unzumutbar, eine vorgängige Zustimmung oder einen vorgängigen Entscheid bzw. gute Gründe für den Aufenthaltsortwechsel zu verlangen. Folgerichtig könne die Zustimmung auch nach erfolgtem Umzug erteilt werden. Die hohen Voraussetzungen für die Aussprache eines Umzugsverbots seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt, weshalb sich ein vorsorgliches Verbot gegenüber der Beklagten, den Wohnsitz der Kinder zu verändern, keinesfalls rechtfertige. Eine vorgängige Anhörung der beiden Kinder im Massnahmeverfahren sei daher keineswegs erforderlich. Der blosser Umstand, dass die Ausübung des Besuchsrechts mühsamer werde, genüge keinesfalls, um dem obhutsberechtigten Elternteil den Wegzug zu verbieten (vgl. act. 9).

2.7. Mit Eingabe vom 12. August 2015 beantragte der Kläger wie erwähnt, der Beklagten sei unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB vorläufig zu verbieten, den Wohnsitz nach F._____ zu verlegen und sie sei zu verpflichten, die Kinder am Montag, 17. August 2015, in G._____ einzuschulen; eventualiter sei die Obhut über die Kinder vorsorglich dem Kläger zuzuteilen. Zur Begründung führte er aus,

der Kläger habe in seiner Berufungsschrift einlässlich dargelegt, dass das Kindeswohl mit einer Einschulung in einem neuen Sprachbereich gefährdet würde und auf die besonderen Umstände der Kinder hingewiesen. Wenn nun die bestehende, gut eingespielte Wohn- und Betreuungssituation der Kinder eigenmächtig durch die Beklagte verändert werde, habe dies für die Kinder, welche sich erst jetzt in den deutschen Sprachbereich und auch sozial in die Klassen hätten einfügen können, einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil zur Folge. Sollte die Beklagte ihre Zelte in G._____ tatsächlich bereits abgebrochen haben, sei die Obhut über die Kinder vorsorglich dem Kläger zuzuteilen, damit sichergestellt sei, dass die Kinder am nächsten Montag in G._____ zur Schule gehen könnten (act. 14).

2.8. Hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Zustimmung zu einem Wechsel des Aufenthaltsorts kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 4 E. 2). An dieser Stelle ist lediglich nochmals hervorzuheben, dass sich der Entscheid über die Erteilung der Zustimmung vorrangig am Wohl des Kindes und nicht an den Interessen der Parteien zu orientieren hat (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 301a N 14; Gloor/Schweighauser, a.a.O., S. 22). Die Zustimmung zu einem geplanten Aufenthaltsortwechsel ist daher nicht ohne Weiteres zu erteilen, sondern es ist aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen, ob ein solcher mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

Im Sinne einer Kindesschutzmassnahme kann ein Umzug durch eine Weisung gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB verboten werden, wenn der Wechsel einer eigentlichen Kindeswohlgefährdung gleichkommt. Die Massnahme kann mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden. Eine derartige Weisung bedeutet jedoch einen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit der Eltern und des Kindes und ist daher nur bei einer ernsthaften Gefährdung des Kindeswohls auszusprechen. Eine solche ist etwa zu bejahen, wenn das Kind an einer Krankheit leidet und ihm am neuen Wohnort die nötige medizinische Versorgung nicht gewährt werden kann oder wenn es kurz vor seinem Schulabschluss steht (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 301a N 15 f.). Überdies

kommt die Erteilung eines Verbots in Betracht, wenn ein Umzug offenbar rechtsmissbräuchlich erscheint, namentlich weil er nur zur Verteilung von Kontakten zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil erfolgt.

2.9. Die vom Kläger geäusserten Bedenken zur Vereinbarkeit des Umzugs mit dem Kindeswohl erweisen sich vor dem Hintergrund, dass sich die Kinder wenige Jahre nach dem Umzug von Kanada in die Schweiz erneut in einer anderen Sprachregion zurechtzufinden hätten und ausserdem mit einer deutlich vergrösserten räumlichen Distanz zum Kläger konfrontiert wären, nicht von vornherein als unbegründet.

2.9.1. Was die Frage eines vorläufigen Entscheids im Massnahmeverfahren anbelangt, ist vorliegend im Besonderen zu beachten, dass die angeordnete vorsorgliche Massnahme zum Wechsel des Aufenthaltsortes der Kinder deckungsgleich ist mit dem im Endentscheid zu beurteilenden Antrag der Beklagten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ein Endentscheid gewissermassen vorweggenommen wird. Dies setzt jedoch voraus, dass die Entscheidungsgrundlagen bereits hinreichend abgeklärt sind.

2.9.2. Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, so ist das Kind gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Dies gilt insbesondere auch, wenn über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zu befinden ist (Büchler/Maranta, a.a.O., S. 31; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301a N 13). Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Anhörung des Kindes in der Regel ab dem sechsten Altersjahr möglich ist (vgl. BGE 131 III 663 E. 1.2.3.; BGer 5A_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4). Vorliegend hatte der Kläger die Anhörung der sieben- und zehnjährigen Kinder beantragt (act. 17 S. 7; act. 30 S. 2). Weil die Anhörung als Pflichtrecht ausgestaltet ist, wäre die Vorinstanz unter Vorbehalt der vom Gesetz genannten wichtigen Gründe zur Anhörung der beiden Kinder verpflichtet gewesen (vgl. BGer 5A_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4). Die Vorinstanz führte aus, die Kinder könnten im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zu ihren Wünschen betreffend ihres zukünftigen Wohnorts aus grundsätzlichen und zeitli-

chen Überlegungen nicht befragt werden (act. 5/39). Damit übersieht sie die grundsätzliche Bedeutung der Kinderanhörung. Wichtige Gründe, die gegen eine solche sprächen, sind vorliegend nicht ersichtlich. Demnach wären auch im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen die betroffenen Kinder zur Sachverhaltsfeststellung anzuhören gewesen.

2.9.3. Hinsichtlich der vom Kläger angeführten schulischen Schwierigkeiten der Kinder führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, diese könnten nicht ohne Weiteres als Indiz dafür gewertet werden, dass den Kindern der Umzug in eine andere Sprachregion innerhalb der Schweiz übermässig schwer fallen würde und sie dadurch in ihrer persönlichen und schulischen Entwicklung behindert oder gar zurückgeworfen würden. Auf welchen Ursachen diese Auffälligkeiten bzw. Schwierigkeiten gründeten (Umzug in die Schweiz, Scheidung, andere Gesichtspunkte), sei nicht geklärt (act. 4 E. 3). Auch in dieser Hinsicht wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, den Sachverhalt bereits im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen näher abzuklären.

2.9.4. Ferner bringt der Kläger wie erwähnt vor, hinsichtlich der Neuregelung des Betreuungsrechts berufe sich die Vorinstanz auf die Anträge der Beklagten im Hauptverfahren, zu welchen er sich bislang nicht habe äussern können (act. 2 S. 13). Die Vorinstanz führte aus, die Betreuungsmodalitäten gemäss den Anträgen der Beklagten in der Hauptsache erschienen für die Dauer des weiteren Verfahrens grundsätzlich als geeignete, den veränderten Umständen angemessene Regelung, und regelte die Betreuung der Kinder durch den Kläger in entsprechender Weise (act. 4 E. 6). Die Vorinstanz führte am 18. Februar 2015 eine Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen und eine Einigungsverhandlung durch (Prot. Vi S. 3 ff.). Die von der Beklagten mit Eingabe vom 16. Februar 2015 in der Hauptsache gestellten Anträge zur Abänderung der Betreuungsregelung wurden dabei nicht thematisiert (act. 5/15; vgl. Prot. Vi S. 3 ff.). Indem die Vorinstanz die von der Beklagten beantragte Betreuungsregel übernahm, ohne dass sich der Kläger dazu äussern konnte, verletzte sie sein rechtliches Gehör. Wird im Rechtsmittelverfahren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird

aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs aufgehoben. Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 2. Aufl. 2013, Art. 53 N 27). Ob die Heilung des rechtlichen Gehörs durch die Kammer in diesem Punkt (Anpassung Betreuungsregelung) möglich wäre, kann vorliegend jedoch offen bleiben.

2.9.5. Den vorstehenden Erwägungen zufolge liegt nicht nur eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt auch in wesentlichen Punkten nicht abgeklärt. Sie versäumte es wie erwähnt, die beiden Kinder anzuhören, obschon dies angesichts deren Alters (7- und 10-jährig) angezeigt gewesen wäre. Auch bedürfen die vom Kläger geäusserten Bedenken im Zusammenhang mit den schulischen Schwierigkeiten der Kinder der näheren Prüfung. Würde die Berufungsinstanz dies vornehmen, würde sie faktisch die Aufgabe der Vorinstanz übernehmen; sie würde erstmals über wichtige Tatfragen entscheiden bzw. Würdigungen von Aussagen und Beweismitteln vornehmen und die Parteien würden im Ergebnis eine Instanz verlieren.

Der Erlass eines vorsorglichen Verbots bzw. einer Verpflichtung des betroffenen Elternteils, den Wohnsitz der Kinder vorläufig zurück zu verlegen – wie es der Kläger mit seiner Berufung sowie in seiner Eingabe vom 12. August 2015 beantragt (act. 2; act. 14) – braucht sodann wie erwähnt konkrete Anhaltspunkte für eine gravierende Kindeswohlgefährdung durch den Umzug. Integrations- oder sprachliche Schwierigkeiten vermögen wie auch der blosser Tatbestand der Einschulung am neuen Ort in aller Regel keine solche ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls zu begründen (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3.). Gestützt auf die bisherige Aktenlage kann nicht von einer schweren Kindeswohlgefährdung im genannten Sinne ausgegangen werden. Die Aussprechung eines vorläufigen Verbots bzw. einer Verpflichtung der Beklagten, die Kinder in G._____ einzuschulen, oder eine vorläufige Umteilung der Obhut an den Kläger rechtfertigen sich im heutigen Zeitpunkt daher nicht. Auch in dieser Hinsicht sind zunächst weitere Abklärungen

erforderlich. Die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 7. Juli 2015 ist demnach gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unentgeltliche Rechtspflege

3.1. Die Beklagte beantragt, für das Berufungsverfahren sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 9 S. 2). Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig erscheint (Art. 117, 118 Abs. 1 ZPO).

3.2. Zur Begründung ihres Gesuchs führt die Beklagte aus, sie habe im Jahr 2014 als Berufsschullehrerin ein Nettojahreseinkommen von Fr. 28'720.– und als Mitglied der Kreisschulpflege ... ein solches von Fr. 16'404.– generiert. Seit 23. September 2014 beziehe sie unbezahlten Urlaub, um sich nach der Geburt ihrer Tochter H._____ um diese und um die Kinder C._____ und D._____ kümmern zu können. Nach ihrem Umzug nach F._____ VD werde sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, um sich voll und ganz um die Pflege und Erziehung ihrer drei Kinder zu kümmern. Als Einkommen könne sie einzig die Kinderunterhaltsbeiträge für C._____ und D._____ zuzüglich der Kinderzulagen in Gesamthöhe von Fr. 2'200.– verbuchen, welche jedoch bei der Prüfung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung nicht zu beachten seien. Ihren Bedarf zusammen mit den Kindern beziffert sie auf Fr. 4'767.90. Sie verfüge ausserdem über Kontoguthaben von insgesamt Fr. 7'011.50. Den Betrag von Fr. 95'105.–, der ihr als güterrechtliche Ausgleichszahlung am 4. April 2014 vom Kläger auf ihr Privatkonto bei der Postfinance überwiesen worden sei, habe sie seither sukzessive namentlich für ihren Lebensunterhalt und die Anschaffung neuer Familienautos verbraucht (act. 9 S. 15 f.).

3.3. Die Beklagte geht bei ihrer Bedarfsberechnung davon aus, dass sie mit ihrem Partner und den Kindern in F. _____ VD zusammen lebt, wobei sie in ihrer Bedarfsberechnung für die Wohnkosten und den Grundbetrag für die Tochter H. _____ ein hälftiger Anteil anrechnet. Zu Einkommen, Bedarf und Vermögen ihres Partners macht die Beklagte keine Ausführungen. Das Bundesgericht hielt fest, dass ein Konkubinatsverhältnis, aus welchem Kinder hervorgegangen sind, bei der Ermittlung des betreibungsrechtlichen Notbedarfs des Schuldners im Wesentlichen gleich zu behandeln ist wie ein eheliches Familienverhältnis (BGE 106 III 11; BGE 130 III 765). Unter dieser Voraussetzung geht die Prozesskostenvorschusspflicht aus dem Einkommen und Vermögen des Konkubinatspartners der unentgeltlichen Rechtspflege vor. Es ist eine Gesamtrechnung mit voller Berücksichtigung der beidseitigen Einkommen und Vermögen sowie des gemeinsamen Bedarfs durchzuführen (BK ZPO Band I-Bühler, Vorbem. zu Art. 117-123 N 51 und Art. 117 N 66 je m.w.H.). Diese Grundsätze sind auch vorliegend zu berücksichtigen. Es hätte daher an der Beklagten gelegen, auch die (finanziellen) Verhältnisse ihres Partners offenzulegen. Indem sie dies versäumte, sie berücksichtigte das Konkubinat nur hinsichtlich der Lebenskosten, kam sie ihrer Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht nicht nach. Nach der Rechtsprechung zum verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat das Gericht allenfalls unbeholfene Personen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege benötigt. Wer durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, kann indessen nicht als unbeholfen gelten (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013 Erw. 4.3.2.). Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren ist demnach abzuweisen, ohne dass eine Nachfrist zur Einreichung weiterer Unterlagen anzusetzen wäre.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) festzulegen. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses

ses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.– angemessen.

4.2. Die Verteilung der Prozesskosten im Berufungsverfahren ist der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 7. Juli 2015 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren wird dem Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Beklagte (vorab per Fax), unter Beilage des Doppels von act. 14;
 - den Kläger (vorab per Fax) an die vorübergehende Zustelladresse: Rechtsanwalt lic. iur. X2._____, ... [Adresse], unter Beilage der Doppel von act. 9 und act. 11/2-16;
 - die Obergerichtskasse;
 - das Bezirksgericht Andelfingen unter Beilage der erstinstanzlichen Akten;

je gegen Empfangsschein.

5. 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 sowie 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. S. Kröger

versandt am: