

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiller

Beschluss und Urteil vom 22. Februar 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____,

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils (Antrag um Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 31. Januar 2023; Proz. FP220006

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung vom 5. August 2022 entschied die Vorinstanz im Rahmen des bei ihr hängigen Verfahrens um Abänderung des Scheidungsurteils (FP220006) u.a., dass C._____, die am tt.mm.2011 geborene gemeinsame Tochter der Parteien, für die Dauer des Verfahrens unter die gemeinsame elterliche Sorge und unter die alleinige Obhut des Vaters, Klägers und Berufungsbeklagten (fortan Vater oder Berufungsbeklagter) gestellt werde. Die Begehren der Mutter, Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Mutter oder Berufungsklägerin) um Wiederherstellung ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts für C._____ und das Begehren um Feststellung, dass sich C._____ per sofort wieder bei ihr aufhalte, wies die Vorinstanz ab. Es wurden zahlreiche weitere Regelungen getroffen (act. 7 in LY220054).

2. Gegen die Verfügung vom 5. August 2022 erhob die Mutter am 7. November 2022 Berufung im Wesentlichen mit den Anträgen, es sei ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C._____ wieder zu erteilen und das Kind unter ihre Obhut zu stellen, eventualiter ihr Besuchsrecht auszudehnen. Gleichzeitig stellte sie auch den Antrag auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen (act. 2 in LY220054). Es wurde bei der Kammer das Verfahren LY220054 angelegt und dort mit Beschluss vom 10. November 2022 das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen und mit Beschluss vom 22. November 2022 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung abgewiesen (act. 5 und 9 in LY220054). Das Verfahren ist derzeit noch hängig.

3. Mit Eingabe vom 26. Januar 2023 ersuchte die Mutter bei der Vorinstanz erneut um Erlass vorsorglicher und superprovisorischer Massnahmen. Sie beantragte in den Hauptpunkten die Aufhebung des Entzugs ihres Aufenthaltsbestim-

mungsrechts für C._____ sowie die Abänderung der vorinstanzlichen Verfügung vom 5. August 2022 in dem Sinn, dass ihr die alleinige Obhut über C._____ übertragen wird, eventualiter ihr Besuchsrecht ausgedehnt wird (act. 8 S. 2/3). Mit Verfügung vom 31. Januar 2023 wies die Vorinstanz die Begehren und Eventualbegehren um Erlass superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen ab (act. 8 S. 17). Dagegen erhebt die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 14. Februar 2023 Berufung, mit welcher sie ihre vorinstanzlich gestellten Anträge erneuert und sodann um Bewilligung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (act. 2 S. 2 - 5). Im Einzelnen stellt sie folgende Anträge (act. 2 S. 2 - 5):

- "1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 31. Januar 2023, Geschäfts-Nr. FP220006-D/Z13, sei aufzuheben.
2. Für die Berufungsklägerin sei der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts für das Kind C._____ aufzuheben.
3. Die Verfügung vom 5. August 2022 des Bezirksgerichts Dielsdorf (Geschäfts-Nr.: FP220006-D/Z09/B-3/pb) sei wie folgt abzuändern:
 - 3.1. Das Kind C._____ sei in Abänderung der Dispositivziffer 2 für die Dauer des Verfahrens unter die alleinige Obhut der Berufungsklägerin zu stellen. Der gesetzliche Wohnsitz von C._____ im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB sei für die Dauer des Verfahrens am jeweiligen Wohnsitz der Berufungsklägerin.
 - 3.2. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Pass und die Krankenpolice von C._____ herauszugeben.
 - 3.3. Die Sistierung der Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung der Unterhaltbeiträge des Entscheids des Bezirksgerichts Zofingen vom 4. Dezember 2020 (Unterhaltsbeiträge für C._____ in Höhe von Fr. 1'400.--) für die Dauer des Verfahrens sei aufzuheben.
 - 3.4. Dispositivziffer 6 (Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Deckung des Barunterhaltes von C._____ in der Höhe von CHF 930.-) sei aufzuheben.
 - 3.5. Dispositivziffer 7 sei aufzuheben. (Entrichten der Hilflosenentschädigung IV für C._____ an den Berufungsbeklagten)
4. Der Berufungsbeklagte sei berechtigt und verpflichtet, C._____ für die Dauer des Verfahrens an jedem zweiten Freitagnachmittag nach der Schule bis am Sonntagabend, 18 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Eventualantrag zu den Ziffern 3-4:

- 5.1. Die Berufungsklägerin sei berechtigt und verpflichtet zu erklären, C._____ für die Dauer des Verfahrens an jedem Mittwochnachmittag, Schulschluss, bis Freitag, Schulschluss, sowie an jedem zweiten Freitagnachmittag, Schulschluss, bis zum Montagmorgen, Schulbeginn, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
- 5.2. Erfolgt die Übergabe des Kindes nicht durch das Schultaxi, sei der Übergabeort von C._____ am Bahnhof D._____/ AG.

superprovisorisch sei anzuordnen:

6. Für die Berufungsklägerin sei der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts für das Kind C._____ aufzuheben.
7. Die Verfügung vom 5. August 2022 des Bezirksgerichts Dielsdorf (Geschäfts-Nr.: FP220006-D/Z09/B-3/pb) sei wie folgt abzuändern:
 - 7.1. Das Kind C._____ sei in Abänderung der Dispositivziffer 2 für die Dauer des Verfahrens unter die alleinige Obhut der Berufungsklägerin zu stellen. Der gesetzliche Wohnsitz von C._____ im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB sei für die Dauer des Verfahrens am jeweiligen Wohnsitz der Berufungsklägerin.
 - 7.2. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Pass und die Krankenpolice von C._____ herauszugeben.
 - 7.3. Die Sistierung der Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung der Unterhaltbeiträge des Entscheids des Bezirksgerichts Zofingen vom 4. Dezember 2020 (Unterhaltsbeiträge für C._____ in Höhe von Fr. 1'400.--) für die Dauer des Verfahrens sei aufzuheben.
 - 7.4. Dispositivziffer 6 (Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Deckung des Barunterhaltes von C._____ in der Höhe von CHF 930.-) sei aufzuheben.
 - 7.5. Dispositivziffer 7 sei aufzuheben. (Entrichten der Hilflosenentschädigung IV für C._____ an den Berufungsbeklagten)
8. Der Berufungsbeklagte sei berechtigt und verpflichtet, C._____ für die Dauer des Verfahrens an jedem zweiten Freitagnachmittag nach der Schule bis am Sonntagabend, 18 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Eventualantrag zu den Ziffern 7-8:

9. Die Berufungsklägerin sei berechtigt und verpflichtet zu erklären, C._____ für die Dauer des Verfahrens an jedem Mittwochnachmittag, Schulschluss, bis Freitag, Schulschluss, sowie an jedem zweiten Freitagnachmittag, Schulschluss, bis zum Montagmorgen, Schulbeginn, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
10. Erfolgt die Übergabe des Kindes nicht durch das Schultaxi, sei der Übergabeort von C._____ am Bahnhof D._____/ AG.

prozessualer Antrag:

Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und die Unterzeichnende als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7% MwSt) zulasten des Berufungsbeklagten."

Die vorinstanzlichen Akten befinden sich teilweise noch bei der Vorinstanz und wurden soweit notwendig beigezogen. Ebenso wurden die Akten des hierorts anhängigen Berufungsverfahrens LY220054 beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Sie wurde rechtzeitig (vgl. act. 9/89 Anhang = act. 4/4) erhoben und mit Anträgen und einer Begründung schriftlich bei der Rechtsmittelinstanz eingereicht. Dem Eintreten steht insoweit nichts entgegen.
2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zutreffend dargelegt. Es kommt das summarische Verfahren mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung zur Anwendung und es gilt - soweit es wie hier um Kinderbelange geht - die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Diese Grundsätze sind in allen Verfahrensstadien und von allen kantonalen Instanzen zu beachten (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; BGer 5A_923/2014 Urteil vom 27.8.2015; FamKomm

Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh ZPO Art. 296 N 6). Sie gelten auch für das Abänderungsverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen. Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist. Eine Abänderung setzt voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist oder wenn die tatsächlichen Feststellungen, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder nicht wie vorhergesehen verwirklichen. Schliesslich kann ein Ehegatte die Änderung verlangen, wenn sich der ursprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren (BGE 143 III 617ff. E. 3.1 mit Hinweisen auf Urteil 5A_136/2014 vom 5. November 2014 E. 3.2; vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.1; Urteil 5A_235/2016 vom 15. August 2016 E. 3.1).

3. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Ermessensüberprüfung auferlegt sich die Berufungsinstanz grundsätzlich insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere wo es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht nähersteht (vgl. BK ZPO-STERCHI, 2012, Art. 310 N 3; DIKE-Komm ZPO- BLICKENSTORFER, , 2. A. 2016, Art. 310 N 10). Untersteht das Verfahren wie hier der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, sind auch Noven zuzulassen, die ansonsten unter die Novenbeschränkung von Art. 317 ZPO fallen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1. = Pra 108 (2019) Nr. 88; BGer 5A_77/2018 vom 6.3.2019 E. 3.2; OGer ZH LY160019 vom 21.07.2016).

Die Berufungsinstanz wendet sodann das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht sodann nicht dazu,

sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seiner Entscheidung auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich seine Entscheidung stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.; BGE 145 III 324 E. 6.1; BGE 142 III 433 E. 4.3.2; BGE 142 II 49 E. 9.2; BGE 136 I 229 E. 5.2).

4.1 Die Vorinstanz verneinte in ihrer Entscheidung vom 31. Januar 2023 die Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen und ebenso die für deren Anordnung erforderliche Dringlichkeit. Das Gespräch mit C. _____ vom 16. Januar 2023 (zweite Kinderanhörung durch die Vorinstanz) habe ergeben, dass es C. _____ gut gehe und es gelungen sei, im Verlaufe des Jahres 2022 eine gewisse Stabilität bei ihr zu schaffen. Auch im Lichte der Aussage des Kindes könne keine akute Gefährdung von C. _____ und auch keine wesentliche Änderung der Verhältnisse seit der letzten Anhörung von C. _____ und dem nachfolgenden Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen mit Obhut zuteilung beim Vater erkannt werden, sondern durchaus eine Stabilisierung der Situation. Sodann sei darauf hinzuweisen, dass die Punkte, welche Gegenstand des Massnahmebegehrens der Mutter bilden, denjenigen entspreche, welche nach wie vor am Obergericht hängig seien. Auch unter diesem Aspekt sei mit einem (weiteren) Wechsel der Obhut aus Sicht des Kindeswohls eine gewisse Zurückhaltung geboten. Es solle kein Hüft und Hott in dieser Frage stattfinden. Es gelte Kontinuität zu bewahren und die nächsten Schritte sorgfältig zu planen. Es sei der Entscheid des Obergerichts abzuwarten und dann zeitnah eine Hauptverhandlung anzusetzen. Als C. _____ vor gut einem Jahr in die Obhut des Vaters gegeben worden sei, sei es ihr unbestrittenermassen nicht gut gegangen, was sich im Verlauf des Jahres 2022 geändert habe und im Rahmen der ersten Kindesanhörung vom 22. Juni 2022 auch durch das Gericht festgestellt werden können. Anlässlich des zweiten Besuchs bei C. _____ am 16. Januar 2023 habe keine wesentliche Veränderung seit der ersten Anhörung und dem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen vom 5. August 2022 festgestellt werden können. C. _____ sei durchaus positiv erlebt worden und die Rückmeldung aus der Schule habe diesen Eindruck bestätigt. Es bestehe kein Grund für eine übereilte Anpassung der vorsorglichen Massnahmen. Mit Bezug

auf den Kinderwillen hielt die Vorinstanz unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass insbesondere bei älteren Kindern ein konstant und nachdrücklich geäussertes Wille ernst zu nehmen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sei. Dieser bilde aber nicht das alleinige Element bei der richterlichen Entscheidungsfindung betreffend Obhutsregelung, andernfalls der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt würde, obwohl dies auch auseinanderfallen könne. Es könne insbesondere nicht darum gehen, dem Kind die Verantwortung für die Regelung der Obhutszuteilung zu übertragen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das Vorliegen einer drohenden oder bestehenden Anspruchsverletzung, eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils sowie auch der Dringlichkeit nicht glaubhaft gemacht worden sei. Gleiches gelte für die im Eventualbegehren gestellten Anträge und die übrigen Begehren seien zufolge Abweisung der Obhutszuteilung abzuweisen.

4.2 Die Berufungsklägerin rügt zunächst eine Verletzung der Begründungspflicht und damit ihres Gehörsanspruchs, weil die Vorinstanz sich nicht mit ihrem Antrag (und der Begründung) auf Aufhebung des Entzugs des Aufenthaltbestimmungsrechts auseinandergesetzt habe. Der Vorinstanz sei wie auch dem Obergericht der Zwischenbericht der Sozialpädagogischen Familienbegleitung (SPF) vom 19. Dezember 2022 eingereicht worden, worauf die Vorinstanz nicht eingegangen sei. Den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts weiter aufrecht zu erhalten, hält die Berufungsklägerin für unverhältnismässig (act. 2 S. 6 und 7 Rz 7 ff.). Mit Bezug auf die Obhut von C._____ rügt die Berufungsklägerin zunächst, dass die Vorinstanz ohne Parteianträge am 16. Januar 2023 eine zweite Kinderanhörung durchführte, und macht im Weiteren geltend, gestützt auf diese lägen veränderte Verhältnisse vor. Die Vorinstanz habe den Willen von C._____, welche in der zweiten Anhörung gesagt habe, dass sie zur Mutter zurückkehren wolle, nicht hinreichend berücksichtigt und mit Bezug auf das Besuchs- und Obhutsrecht den Sachverhalt mehrfach falsch festgestellt und unrichtig gewürdigt. Indem die Vorinstanz die Aussagen von C._____ bezüglich ihrer Mutter relativiere oder gar negiere, verletze die Vorinstanz zudem das Kindeswohl. Sie gehe ausserdem fehl, wenn sie annehme, zuerst müsse die Rechtsmittelinstanz entscheiden, da mit den Äusserungen von C._____ veränderte Verhältnisse vorlägen, die zu berücksichti-

gen und umzusetzen seien. Wenn die Vorinstanz auf das laufende obergerichtliche Verfahren verweise, verletze sie das Verbot der Rechtsverweigerung, ebenso wenn sie zuerst im Hauptverfahren eine Hauptverhandlung durchführen wolle. Die Berufungsklägerin hält die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen und insbesondere auch die Dringlichkeit für gegeben und begründet dies mit dem Kindeswohl. Die Trennungssituation müsse umgehend beendet werden, das von C._____ geäusserte Anliegen der Rückkehr zu ihrer Mutter bedinge aus dem kindlichen Erleben und kindlichen Zeitverständnis heraus eine sofortige Umsetzung (act. 2 S. - 18, Rz18 ff.).

5.1 Mit dem Rechtsbegehren Ziff. 1 verlangt die Berufungsklägerin wie vor Vorinstanz (act. 2 S. 2 Ziff. 2 und act. 8 S. 2 Ziff. 1), es sei der Entzug ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts für C._____ aufzuheben. Diesen Antrag stellte sie bereits im vorinstanzlichen Massnahmeverfahren, welches mit Entscheid 5. August 2022 von der Vorinstanz entschieden wurde (act. 7 S. 3 Ziff. 2 in LY220054). Die Frage ist Gegenstand des bei der Kammer am 7. November 2022 anhängig gemachten Berufungsverfahrens (act. 2 S. 2 Ziff. 2), in welchem der Berufungsinstanz umfassende Kognition zukommt und wo Noven aufgrund der herrschenden Officialmaxime unabhängig von Art. 317 ZPO zulässig sind. Die Berufungsklägerin führt denn auch aus, sie habe die für den Entscheid ihres Erachtens wesentlichen neuen Dokumente, so den SPF-Bericht vom 19. Dezember 2022 dem Obergericht eingereicht (act. 2 S. 7). Dieser hat damit ins laufende Verfahren Eingang gefunden und wird bei der Beurteilung zu berücksichtigen sein. Inwiefern ein Rechtsschutzinteresse der Berufungsklägerin an der Beurteilung derselben Frage vor Vorinstanz im Rahmen des weiteren Gesuchs um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vom 26. Januar 2023 bestanden haben soll bzw. im vorliegenden Berufungsverfahren, ist nicht ersichtlich. Auf das Begehren ist nicht einzutreten und es erübrigt sich auf die in diesem Punkt gerügte Verletzung der Begründungspflicht einzugehen. Immerhin sei angemerkt, dass die Vorinstanz den Antrag der Berufungsklägerin gemeinsam mit ihrem Antrag auf Umteilung der Obhut beurteilt und abgewiesen hat.

5.2 Mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 3 (und davon abhängig Ziff. 4) verlangt die Berufungsklägerin auch vor Obergericht die Abänderung der vorinstanzlichen Verfügung vom 5. August 2022. Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren setzt wie gesehen eine Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Verlangt ist dabei eine wesentliche und dauernde Veränderung. Eine Abänderung ist ferner angebracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegewicht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheids einer Abänderung entgegen (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 mit weiteren Hinweisen). Ein Abänderungsbegehren setzt damit einen formell rechtskräftigen Entscheid voraus.

Vorliegend ist das Berufungsverfahren (LY220054) gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 5. August 2022 bei der Kammer hängig. Nachdem mit Beschluss vom 22. November 2022 der Antrag der Berufungsklägerin, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, abgewiesen worden ist (act. 9 in LY220054), ist der Entscheid der Vorinstanz vom 5. August 2022 zwar vollstreckbar, aber noch nicht rechtskräftig, weshalb sich die Frage der Zulässigkeit eines Abänderungsverfahrens stellte, zumal die von der Berufungsklägerin für die Abänderung angeführten Gründe - im Wesentlichen die neuen Berichte und die Erkenntnisse aus der zweiten Kinderanhörung vom 16. Januar 2023 - auch in das Berufungsverfahren LY220054 Eingang gefunden haben (act. 15/1 - 4, act. 17 und act. 19/1 - 2 in LY220054) und bei der Entscheidfindung aufgrund der Officialmaxime zu berücksichtigen sein werden. Auch insoweit fehlte es bereits beim vorinstanzlichen Gesuch vom 26. Januar 2023 an einem schützenswerten Interesse für die neuerliche Beurteilung der Gegenstand des Berufungsverfahrens bildenden Obhutsfrage.

5.3 Das Gesagte gilt auch für die übrigen von der Berufungsklägerin am 26. Januar 2023 vor Vorinstanz und am 14. Februar 2023 hierorts gestellten Eventualbegehren bzw. superprovisorisch verlangten Begehren (act. 2 S. 3 ff. Ziff. 5 - 10).

Im Berufungsverfahren (LY220054) stellen sich der Kammer, dieselben resp. nur leicht modifizierte Eventualbegehren. Sie wird diese mit umfassender Kognition sowie in Anwendung der Officialmaxime zu prüfen haben. Auch diesen Begehren fehlt es an einem schützenswerten Interesse.

6. Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen zu Recht auf das laufende Berufungsverfahren und die darin geltenden Prozessmaximen hingewiesen (act. 8 S. 12) und hat sich bei der materiellen Beurteilung Zurückhaltung auferlegt und erwogen, es sei der Entscheid des Obergerichts abzuwarten (a.a.O.). Dem ist zuzustimmen. Wie gesehen fehlte es bereits vor Vorinstanz am schützenswerten Interesse an den gestellten Begehren, weshalb darauf nicht einzutreten gewesen wäre. Da das Fehlen (prozessvernichtender) Prozessvoraussetzungen jederzeit von Amtes wegen zu beachten ist (DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, 2.A. Art. 59 N 22 und Art. 60 N 4), ist Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es ist auf die Begehren und Eventualbegehren der Berufungsklägerin um Erlass von superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen nicht einzutreten. Die Berufung ist abzuweisen.

III.

1. Die Berufungsklägerin unterliegt im Berufungsverfahren (Art. 106 ZPO). Der Umstand, dass Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und statt der Abweisung auf die vorinstanzlichen Begehren der Berufungsklägerin nicht einzutreten ist, ändert hieran nichts. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Sie beantragt für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung ihrer Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 2 S. 19 Rz 83 ff.).

2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Mittellosigkeit der Berufungsklägerin erscheint ausgewiesen (act. 4/7), indes erweist sich die Berufung nach dem Gesagten als aussichtslos. Das Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.

3. Die Entscheidgebühr ist gestützt auf die Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 500.-- festzusetzen (§ 5 und 12 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010). Entschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt und dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm keine entschädigungspflichtige Aufwendungen entstanden sind.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

und erkennt:

1. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 31. Januar 2023 wird aufgehoben und wie folgt ersetzt:
"1. Auf die Begehren und Eventualbegehren der Gesuchstellerin um Erlass von superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen wird nicht eingetreten."
2. Die Berufung wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagen (act. 2 und act. 4/3-

6, an die Verfahrensbeteiligte unter Beilage je einer Kopie von act. 2 und act. 4/3-6 sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 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

i.V. die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Gautschi

versandt am: