

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY240028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin
lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 26. November 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin, Massnahmegesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller, Massnahmegesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 12. Juli 2024 (FE230133)

Rechtsbegehren:

(act. 6/121)

- "1. In Einschränkung der gemeinsamen elterlichen Sorge sei dem Gesuchsteller für C._____, geboren tt.mm.2020, für die Dauer des Verfahrens die alleinige Entscheidkompetenz hinsichtlich der Anmeldung für D.____ [Schule], E.____ [Ort], einzuräumen.
Eventualiter sei für C._____, geboren tt.mm.2020, für die Dauer des Verfahrens folgende Kindeschutzmassnahme anzuordnen:
Anmeldung für das Schuljahr 2024/2025 an der D._____,
E._____.
2. Es sei die vorsorgliche Massnahme gemäss Ziffer 1 vorstehend superprovisorisch, d.h. sofort und ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin, zu erlassen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Gesuchsgegnerin."

Modifizierte Rechtsbegehren:

(act. 6/156)

1. *unverändert*
- 1a. Subeventualiter sei der Wohnsitz der Tochter C._____ für die Dauer des Verfahrens von der Mutter (in F._____) zum Vater (nach E._____) zu verlegen.
2. *unverändert.*
3. *unverändert.*

Verfügung des Einzelgerichtes:

1. Der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____, geboren tt.mm.2020, befindet sich per Entscheiddatum [12. Juli 2024] für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens beim Gesuchsteller in E._____.
2. Die übrigen Anträge des Gesuchstellers um Erlass vorsorglicher Massnahmen werden abgewiesen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Entscheids werden dem Endentscheid vorbehalten.
- 4./5. (Mitteilung / Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin, Massnahmegesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 2):

1. Es sei Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Juli 2024 (FE230133) aufzuheben und festzustellen, dass sich der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____, geb. tt.mm.2020, bei der Mutter in F._____ befindet.
2. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Prozessualer Antrag:

Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von Fr. 2'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

des Gesuchstellers, Massnahmegesuchstellers und Berufungsbeklagten (act. 9):

1. Es sei die Berufung abzuweisen und es sei festzustellen, dass der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____, geboren tt.mm.2020, beim Berufungsbeklagten in E._____ bleibt.
2. Es sei der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und es sei die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.

Es sei festzustellen, dass der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____, geboren tt.mm.2020, einstweilen beim Berufungsbeklagten in E._____ bleibt.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Berufungsklägerin.

Prozessualer Antrag:

1. Es sei der Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte (Auszug)

1.1 Die Gesuchstellerin, Massnahmegesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin oder Mutter) und der Gesuchsteller, Massnahmegesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter oder Vater) haben am tt. Mai 2018 geheiratet und sind die Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2020 (act. 6/3). Seit Sommer 2023 leben die Parteien getrennt. Die Mutter zog – so die gemeinsame Absprache mit dem Vater – mit C._____ nach F._____ und meldete C._____ am 7. August 2023 in F._____ an (vgl. act. 6/160/1 = act. 4/1-2; OGer ZH PQ240037 vom 10. Juli 2024 E. 1.1 = act. 6/176). In der am 24. Juli 2023 geschlossenen, vollständigen Scheidungskonvention (act. 6/2) einigten sich die Parteien, die elterliche Sorge für C._____ weiterhin gemeinsam auszuüben, die Obhut über C._____ der Mutter zu übertragen und den gesetzlichen Wohnsitz von C._____ bei der Mutter festzulegen (a.a.O. S. 1 Ziff. 2). Die Betreuungsregelung der Parteien sah vor, dass C._____ unter der Woche drei Tage von der Mutter und zwei Tage vom Vater, an den Wochenenden (Freitagabend bis Sonntagabend) alternierend und in den Schulferien und an Feiertagen von ihnen je hälftig betreut wird (a.a.O. S. 2 Ziff. 3). Mit Eingabe vom 8. August 2023 reichte der Vater beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) das Scheidungsbegehren ein (vgl. act. 6/1).

1.2 Am 23. August 2023 meldete der Vater der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (nachfolgend: KESB) eine Gefährdung von C._____, nachdem er in der Wohnung ein von der Mutter geführtes, 70-seitiges Tagebuch mit dem Titel "Für C._____ von Mama - Sorry Tagebuch" gefunden hatte, worin die Mutter ihre Verhaltensweisen gegenüber C._____ festgehalten hatte. Mit dieser Gefährdungsmeldung endete das gute Einvernehmen und das Zusammenwirken der Parteien abrupt. Aus den Tagebucheinträgen geht hervor, dass sich die Berufungsklägerin intensiv mit ihrer Rolle als Mutter auseinandersetzt und ihr Verhalten gegenüber C._____ reflektiert. Die Einträge lassen den Schluss zu, dass sich die Mutter in der damaligen Zeit in einer Überforderungssituation befand und mit den Bedürfnissen von C._____ nicht adäquat umgehen konnte. Dies hatte sie auch von Anfang an eingeräumt (OGer ZH PQ240037 vom 10. Juli 2024 E. 1.1 ff. und 5.3 ff.) und war mit der Anordnung von Kinderschutz-

massnahmen (vorsorgliche Beistandschaft und sozialpädagogische Familienbegleitung) einverstanden (act. 6/12 S. 3).

Gleichentags teilte Frau G._____ von der KESB der Vorinstanz offenbar mit, die Mutter leide an einer schweren Alkoholsucht, habe das gemeinsame Kind geschlagen und geschüttelt. Zudem bestehe die Gefahr eines erweiterten Suizides. Sie habe dem Vater geraten, das Kind zu schützen und direkt von der Kita abzuholen (act. 6/8). Der Telefonnotiz der KESB desselben Tages (act. 6/13/1) kann entnommen werden, dass der Vater u.a. angegeben hatte, sich grosse Sorgen zu machen, dass die Mutter sich und C._____ etwas antue. Die Mutter habe ein Alkoholproblem, habe nach dem Abstillen im März 2022 wieder mit dem Trinken begonnen, trinke vor allem am Abend und am Wochenende, weshalb das Alkoholproblem bei der Arbeit wohl nicht aufgefallen sei. Aus dem Protokoll der Anhörung am gleichen Tag geht hervor, dass der Vater angegeben hatte, es (das Alkoholproblem) sei "nicht mehr so extrem". Meistens beginne es mit einem Aperol Spritz oder einem Hugo und anschliessend 3-4 Gläsern Rotwein und 1-2 Dosen 0.5L Bier (vgl. act. 6/13/9 S. 2). Im nachfolgenden Kindesschutzverfahren (vgl. sogleich E. 1.3) vermochte der Vater den Vorwurf, die Mutter habe ein Alkoholproblem (und eine psychische Störung), aber nicht glaubhaft zu machen. Zum einen betrafen die hierzu eingereichten Unterlagen eine Zeit, welche bereits über zehn Jahre zurücklag. Zum anderen wurde auch gar nicht vorgebracht, es habe seit der Geburt von C._____ damit zusammenhängende Vorfälle oder Schwierigkeiten gegeben. Dass die Gefahr eines erweiterten Suizides bestehen oder bestanden haben soll, wurde im eingeleiteten Kindesschutzverfahren (nachfolgend auch: Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat oder Beschwerdeverfahren vor der Kammer) ebenfalls nicht behauptet (vgl. OGer ZH PQ240037 vom 10. Juli 2024 E. 3.3, 4. und 5.9; s.a. act. 6/134 S. 29 E. 4.4).

1.3 Mit Beschluss vom 25. August 2023 (act. 6/12) ordnete die KESB gestützt auf Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB vorsorgliche Massnahmen an; sie stellte C._____ vorsorglich unter die alleinige Obhut des Vaters und räumte der Mutter ein begleitetes Besuchsrecht ein. Gleichzeitig errichtete sie eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB und setzte H._____, kjz I._____, als Beiständin ein,

der sie unter anderem aufgab, eine sozialpädagogische Familienbegleitung für die Parteien zu organisieren (vgl. a.a.O.). Die KESB führte in der Begründung insbesondere aus, die Mutter verfüge über viele Ressourcen, könne ihr Verhalten reflektieren und versuche, Abhilfe zu schaffen. Ausserdem hätten sie und ihre an der Anhörung anwesenden Vertrauenspersonen glaubhaft vermitteln können, dass sie über ein stabiles und stützendes Umfeld verfüge. Es komme bei der Mutter in Überforderungssituationen jedoch zu Verhaltensweisen gegenüber C._____, die sich negativ auf deren Befindlichkeit und Entwicklung auswirken würden sowie die Beziehung zu ihr beeinträchtigen könnten (a.a.O. S. 4 f.).

Die Mutter focht diesen Beschluss einzig in Bezug auf die Zuteilung der alleinigen Obhut an den Vater an und stellte auch im entsprechenden Beschwerdeverfahren vor der Kammer (Geschäfts-Nr. PQ240037) nicht in Frage, dass im damaligen Zeitpunkt Kindesschutzmassnahmen angezeigt waren.

1.4 Nach diesem Beschluss der KESB spitzten sich die Verhältnisse weiter zu:

1.4.1 Bereits einen Monat später wies die KESB in ihrer Vernehmlassung vom 20. September 2023 (act. 6/30) im Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat Horgen (nachfolgend: Bezirksrat) darauf hin, dass sich die Verhältnisse seit ihrem Beschluss massgeblich verändert hätten. Der Vater widersetze sich willentlich dem Beschluss, verweigere in Bezug auf das Besuchsrecht jegliche Kooperation, enthalte C._____ der Mutter vor und arbeite auf eine Kindesentfremdung hin, womit er das Kindeswohl gefährde. Dieses Vorgehen des Vaters dürfe nicht unterstützt werden (vgl. act. 6/30 S. 4 und 5; act. 6/49 S. 10). Ausserdem sei aufgefallen, dass nicht alle Zitate des Vaters aus dem Tagebuch der Mutter exakt so dort zu finden seien (act. 6/30 S. 3).

Die Beiständin sah sich veranlasst, mit Eingabe vom 29. September 2023 (act. 6/37) beim Bezirksrat und der Vorinstanz um vorsorgliche Anpassung der von der KESB getroffenen vorsorglichen Massnahmen (Kontaktrecht von C._____ und der Mutter) zu ersuchen. Die Kontaktregelung sei vorsorglich anzupassen, weil die Kontaktregelung gemäss Beschluss der KESB vom 25. August 2023 nicht umgesetzt werden könne. Der Vater befolge diese nicht, widersetze sich ihrer

Aufforderung und lehne kategorisch alle Vertrauenspersonen der Mutter als Begleitpersonen ab, auch die im Beschluss der KESB vom 25. August 2023 namentlich erwähnten. Das Kindeswohl sei gefährdet und es drohe eine Entfremdung zwischen C._____ und der Mutter (vgl. a.a.O. S. 3 und 5). Sie schlage deshalb vor, den Begleiteten Besuchstreff (BBT) einzubinden. Damit seien die Parteien einverstanden (vgl. a.a.O. S. 6; s.a. act. 6/49 S. 18 f.). Die Vorinstanz stellte diese Eingabe den Parteien zwar zu, holte aber keine Stellungnahmen von ihnen dazu ein, weil der Bestand der von der KESB getroffenen vorsorglichen Massnahmen davon abhing, ob die KESB zu deren Erlass zuständig war, und dies vom Bezirksrat erst noch zu entscheiden war (vgl. act. 6/39).

1.4.2 Anfangs Oktober 2023 lief die Familienbegleitung bei den Parteien an (vgl. act. 6/101 S. 1). In der ersten Begleitperiode bis 15. Dezember 2023 begleitete Frau J._____ beide Parteien (vgl. act. 6/101 und act. 6/102 S. 1). Nach der Kindesübergabe am 28. November 2023 war der Vater jedoch der Ansicht, die Mutter instrumentalisieren die Familienbegleitung. Trotz der Erklärung der Teamleiterin, das unterstützende Wirken der Familienbegleitung gehöre zur Kindesübergabe, konnte sich der Vater eine Zusammenarbeit nicht mehr vorstellen und verlangte nach einer männlichen Begleitperson (act. 6/101 S. 3). In der zweiten Begleitperiode vom 16. Dezember 2023 bis 30. April 2024 war neu K._____, die Teamleiterin, für die Begleitung des Vaters zuständig (vgl. act. 6/140 S. 1).

1.4.3 Mit Beschluss vom 26. Oktober 2023 (act. 6/49) hiess der Bezirksrat im Beschwerdeverfahren gegen den erwähnten Beschluss der KESB den superprovisorischen Antrag der Mutter vom 16. Oktober 2023 gut und verpflichtete den Vater unter Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB, C._____ ihrer Mutter im Minimum gemäss dem mit Beschluss festgesetzten Betreuungsplan (inkl. Übernachtungen an jedem zweiten Wochenende von Freitag bis Sonntag) in Begleitung der Begleitpersonen Frau L._____, Frau M._____, Frau N._____ und des Lebenspartners der Mutter zu überlassen. Der Bezirksrat hielt unter anderem fest, da nur wenige Besuche von C._____ bei der Mutter und deren Umfeld hätten stattfinden können, drohe eine Kindesentfremdung, die zu einem gewissen Teil bereits eingetreten sei. Dies stelle eine Kindeswohlgefährdung dar (a.a.O. S. 23 E. 4.5). Es

sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beiständin beantrage, die Übernachtungen bei der Mutter zu sistieren und damit das Kontaktrecht der Mutter zu vermindern. Die Besuchsregelung habe doch insbesondere aufgrund des Verhaltens des Vaters nicht funktioniert. Auch im Hinblick auf die erstrebenswerte alternierende Obhut, welche die Parteien in ihrer Scheidungskonvention auch vereinbart hätten, sei dies nicht nachvollziehbar. Vielmehr sei darauf hinzuwirken, dass die Kontakte ausgebaut würden, um die alternierende Obhut zu ermöglichen (vgl. a.a.O. S. 24 E. 4.6). Dass der Lebenspartner der Mutter als Begleitperson nicht geeignet sei, habe der Vater nicht glaubhaft machen können (a.a.O. S. 26 E. 4.7). Einer allfälligen Beschwerde gegen seinen Beschluss entzog er die aufschiebende Wirkung (a.a.O. S. 32 Dispositiv-Ziffer XI.). Der Bezirksrat ging davon aus, dass mit der Strafandrohung nun sichergestellt sei, dass die zur Wahrung des Kindeswohls notwendigen Massnahmen zeitnah durchgesetzt werden könnten (a.a.O. S. 26 E. 4.7). Damit schien sich auch der Vorschlag der Beiständin, den BBT bei der Umsetzung des Kontaktrechts der Mutter einzubinden, erledigt zu haben.

Statt einer Durchsetzung dieses Kontaktrechts von C. _____ und der Mutter folgte jedoch eine weitere Eskalation, die in (weiteren [vgl. act. 6/37 S. 3]) Strafanzeigen mündete: Die Mutter gab an, am 9. November 2023 im Gespräch mit der Beiständin in Anwesenheit des Vaters erwähnt zu haben, dass ihr aufgefallen sei, dass C. _____ öfters im Intimbereich gerötet sei, und dass sie auf Rat von Frau J. _____ (der für sie zuständigen Familienbegleiterin) ein Tagebuch darüber führe (vgl. act. 6/61 [E-Mail vom 21. November 2023 und Schreiben vom 22. November 2023]). Mit Schreiben vom 9. November 2023 informierte die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich die KESB darüber, dass eine Strafuntersuchung gegen die Mutter wegen Verletzung der Fürsorgepflicht etc. zum Nachteil von C. _____ anhängig gemacht worden sei (vgl. act. 6/75 S. 2). Am 15. November 2023 (act. 6/54) folgte eine (weitere) Strafanzeige des Vaters bei der Kantonalpolizei Zürich, in welcher er Anschuldigungen gegen den Lebenspartner der Mutter betreffend eine sexuelle Handlung zum Nachteil von C. _____ erhob, die anfangs November 2023 passiert sein soll (a.a.O. Antwort 10). Am 21. November 2023 (act. 6/60) erstattete die Mutter eine Gefährdungsmeldung, weil der Vater den Kontakt von ihr zu C. _____ systematisch verhindere (vgl. a.a.O. S. 2 und 3). Am

Tag darauf reichte sie bei der Kantonspolizei F._____ eine Strafanzeige gegen den Vater betreffend sexuelle Handlungen zum Nachteil von C._____ (act. 6/73) ein, die am 1. Oktober 2023, 22. Oktober 2023 und 20. November 2023 passiert sein sollen (a.a.O. Antworten 11-13; s.a. act. 6/60 und act. 6/61 [E-Mail vom 22. November 2023]). Die KESB setzte O._____ als Prozessbeiständin für C._____ in allen drei Strafverfahren ein (vgl. act. 6/75 und act. 6/91).

Am 21. November 2023 ersuchte die Mutter den Bezirksrat erneut um Erlass superprovisorischer Massnahmen. Unter anderem verlangte sie, es sei – statt einer Busse nach Art. 292 StGB – Haft anzudrohen, weil der gewünschte Effekt nicht eingetreten sei (act. 6/72 S. 24 E. 5.2). Mit Beschluss vom 23. November 2023 (act. 6/72) wies der Bezirksrat dieses Gesuch ab. Gleichzeitig bestätigte er die erwähnte, mit Beschluss vom 26. Oktober 2023 erlassene Besuchsregelung vorsorglich weitestgehend. Er erwog insbesondere, es sei davon auszugehen, dass sich der Vater erneut weigern werde, C._____ an die Mutter herauszugeben, wenn er mit einer von der Beiständin im Interesse von C._____ festgesetzten Regelung nicht einverstanden sei (vgl. a.a.O. S. 19 E. 4.2). Neu wurde in der Besuchsregelung die Auswahl der Begleitpersonen in das Ermessen der Beiständin gestellt, wobei der Lebenspartner der Mutter – aufgrund des gegen ihn laufenden Strafverfahrens (a.a.O. S. 21 E. 4.4) – als Begleitperson nicht mehr als geeignet angesehen wurde. Auch wurden keine Übernachtungen von C._____ bei der Mutter mehr vorgesehen (a.a.O. S. 28 Dispositiv-Ziffer I), sondern es wurde ins Ermessen der Beiständin gestellt, ob und wie oft diese (mit geeigneten Begleitpersonen) stattfinden sollen (a.a.O. S. 21 E. 4.4). Das Strafverfahren gegen den Lebenspartner der Mutter wurde von der Staatsanwaltschaft in der Folge nicht anhand genommen (vgl. OGer ZH PQ240037 vom 10. Juli 2024 E. 1.3; act. 6/134 E. 1.12).

1.4.4 Am 4. Dezember 2023 ersuchte der Vater den Bezirksrat u.a. – im Widerspruch zur damals geltenden Besuchsregelung – darum, superprovisorisch dazu berechtigt zu werden, C._____ vom 22. Dezember 2023 bis 5. Januar 2024 in die Ferien zu nehmen. Er wolle mit ihr und Freunden wegfahren, weil die aktuellen Konflikte und Vorkommnisse C._____ belasten würden. Die Mutter könne

C._____ jeweils am Samstag und Sonntag davor und danach betreuen. Der Bezirksrat wies darauf hin, dass alle Weihnachtsfeiertage und der Jahreswechsel in der vom Vater beantragten Ferienzeit lägen, und wies seinen Antrag superprovisorisch mit Beschluss vom 6. Dezember 2023 ab (vgl. act. 6/93 E. 1.11 f., E. 4 und Dispositiv-Ziffer III.). Mit Beschluss vom 21. Dezember 2023 hiess der Bezirksrat Anträge der Mutter und des Vaters betreffend Besuchsrecht während der Weihnachtsferien jeweils teilweise gut und änderte die Mindestkontaktregelung bis zum 7. Januar 2024 ab (vgl. act. 6/134 E. 1.15). Die Ende 2023 von den Parteien einvernehmlich ausgeweitete Betreuungsregelung konnte laut der Beiständin bereits anfangs 2024 nicht mehr umgesetzt werden (vgl. act. 6/138 S. 2).

1.5 Am 5. bzw. 12. März 2024 reichte die Beiständin dem Bezirksrat einen Bericht zur aktuellen Situation (act. 6/136) ein. Die Beiständin führte darin unter anderem aus, C._____ sei vom Vater ohne elterliche Absprache für das nächste Jahr an der ... (recte: ...) D._____ registriert worden (act. 6/136 S. 3).

1.6 Mit Eingabe vom 22. März 2024 (act. 6/121) stellte der Vater bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen. Er beantragte, ihm sei – in Einschränkung der gemeinsamen elterlichen Sorge – die alleinige Entscheidkompetenz hinsichtlich der Anmeldung von C._____ für D._____ für die Dauer des Verfahrens einzuräumen. Eventualiter sei die Anmeldung für das Schuljahr 2024/2025 an der D._____ in E._____ als Kindesschutzmassnahme anzuordnen.

Mit Verfügung vom 26. März 2024 (act. 6/124) wies die Vorinstanz dieses superprovisorische Massnahmebegehren ab und räumte der Mutter anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. Mai 2024 Gelegenheit ein, zum Gesuch des Vaters Stellung zu nehmen (vgl. act. 6/127 und Prot. Vi. S. 53 ff.). Im Hinblick auf die Instruktionsverhandlung holte die Vorinstanz beim kjz I._____, der Familienbegleitung P._____ und der D._____ Kurzberichte zum Wohlbefinden von C._____ ein (vgl. act. 6/129/1-2, act. 6/138, act. 6/139, act. 6/140, und act. 6/142).

Mit Eingabe vom 12. Juni 2024 (act. 6/156) ergänzte der Vater seine ursprünglichen Anträge mit dem Subeventualantrag, es sei der Wohnsitz von

C._____ für die Dauer des Verfahrens von der Mutter (in F._____) zu ihm (nach E._____) zu verlegen. Es folgten weitere Eingaben der Parteien vom 4. Juli 2024 (act. 6/167; Vater) und vom 11. Juli 2024 (act. 6/171 und act. 6/172/1-5; Mutter).

1.7 In der Zwischenzeit hatte der Bezirksrat mit Urteil vom 8. Mai 2024 (act. 6/134) die Beschwerde der Mutter gegen den Beschluss der KESB vom 25. August 2023 teilweise gutgeheissen. Dabei wurde C._____ unter die alternierende Obhut der Parteien mit beinahe hälftiger Betreuungsverantwortung gestellt (a.a.O. S. 38 f. Dispositiv-Ziffern I.-III.). Der Wohnsitz von C._____ wurde nicht festgelegt (E. 3.2.1.). Dieses Urteil wurde von der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Entscheid vom 10. Juli 2024 (act. 6/176) bestätigt (OGer ZH PQ240037). Die Parteien gaben vor Vorinstanz an, diese Betreuungsregelung des Bezirkrates so zu leben (vgl. Prot. Vi. S. 56 ff.).

1.8 Mit Verfügung vom 12. Juli 2024 (act. 6/173 = act. 3 = act. 5 [Aktensexemplar]), nur zwei Tage nachdem der Entscheid der II. Zivilkammer ergangen war, legte die Vorinstanz den zivilrechtlichen Wohnsitz von C._____ per 12. Juli 2024 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens beim Vater in E._____ fest (a.a.O. Dispositiv-Ziffer 1) und wies die übrigen Anträge des Vaters auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (a.a.O. Dispositiv-Ziffer 2).

1.9 Mit Eingabe vom 22. Juli 2024 (act. 2) erhob die Mutter Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen.

1.10 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 6/1-176 [inkl. KESB-Akten, vgl. insb. act. 6/13/1-21 und 6/31/20-52]). Mit Verfügung vom 31. Juli 2024 (act. 7) wurde der Berufung superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme sowie zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 12. August 2024 (act. 9) reichte der Berufungsbeklagte eine Stellungnahme/Berufungsantwort samt Beilagen (act. 10/1-2) ein. Mit Beschluss vom 14. August 2024 (act. 11) wurde die mit Verfügung vom 31. Juli 2024 erteilte aufschiebende Wirkung bestätigt. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde des Berufungsbeklagten wies das Bundesgericht ab (act. 14). Weitere Eingaben sind nicht

eingegangen. Mit dem vorliegenden Urteil sind der Berufungsklägerin die Doppel der Stellungnahme/Berufungsantwort des Berufungsbeklagten (act. 9) samt Beilagen (act. 10/1-2) zur Kenntnisnahme zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

1.11 Im Rahmen der Entscheidbegründung ist zwar auf Einwände von Parteien einzugehen. Doch verpflichtet die Begründungspflicht das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen Einwand einer Partei eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2 m.w.H.). Nachfolgend sind daher nur die für den Entscheid über die Festlegung des zivilrechtlichen Wohnsitzes von C._____ wesentlichen Überlegungen darzulegen.

2. Prozessuales

2.1 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Festlegung des zivilrechtlichen Wohnsitzes von C._____. Damit liegt keine vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Die Berufung ist zulässig.

2.2 Die Berufungsklägerin reichte ihre Berufung fristgerecht (vgl. act. 6/174/2), mit klaren Anträgen und einer hinreichenden Begründung versehen bei der Kammer ein und ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Auch die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind gegeben. Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

2.3 Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zur unrichtigen Rechtsanwendung gehört auch die falsche Ermessensausübung, weshalb sie im Gesetz nicht eigens erwähnt wird. Da die Berufungsinstanz somit in Tatfragen über eine volle Kognition verfügt und das Recht von Amtes we-

gen angewendet, das heisst in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung, über eine uneingeschränkte Prüfungsbefugnis verfügt (BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021 E. 3; 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.1), kann sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1). Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht nähersteht (vgl. BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 310 N 3; KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). Mit anderen Worten setzt die Berufungsinstanz nicht einfach ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, in Ermessensentscheide einzugreifen, wenn dazu ein hinreichender Anlass besteht (vgl. etwa OGer ZH LY160036 vom 21. Februar 2017 E. 3a m.w.H.).

3. Materielles

3.1 Rechtliche Grundlagen

3.1.1 Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Das Gericht trifft seine Massnahmen aufgrund einer bloss summarischen Würdigung der Sach- und Rechtslage. Die Parteien müssen in einem Massnahmeverfahren ihren Standpunkt nicht voll beweisen, sondern bloss glaubhaft machen (vgl. BGer 5A_147/2023 vom 3. Juli 2023 E. 4.1 m.w.H.; OGer ZH LY180053 vom 26. Februar 2019 E. 2.2). Eine bestimmte Tatsache ist bereits dann glaubhaft, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch

mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2; 138 III 232 E. 4.1.1).

Anders als im Eheschutzverfahren besteht kein numerus clausus möglicher Massnahmen; das Scheidungsgericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO). Diese zielen darauf ab, die Verhältnisse innerhalb der Familie während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu regeln (sog. Regelungsmassnahmen). Nicht bzw. nur eingeschränkt anwendbar sind die allgemeinen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO. Grundsätzlich ist im Rahmen vorsorglicher Regelungsmassnahmen im Scheidungsprozess – gleichermassen wie im Eheschutzverfahren – weder ein Verfügungsgrund (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) noch eine besondere Dringlichkeit erforderlich. Davon ging auch die Vorinstanz aus (vgl. act. 5 E. 3.1). Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, bestimmt sich vielmehr nach dem materiellen Recht (vgl. OGer ZH LY180022 vom 22. August 2018 E. 4.9 m.w.H.).

3.1.2 Das Zivilgesetzbuch sieht vor, dass als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern gilt oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht (Art. 25 Abs. 1 erster Teilsatz ZGB); in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 zweiter Teilsatz ZGB). Die Parteien haben keinen gemeinsamen Wohnsitz, üben die elterliche Sorge gemeinsam aus und teilen sich (in Nachachtung des Urteils des Bezirksrates vom 8. Mai 2024 [act. 6/134 in welchem der Wohnsitz von C._____ nicht geregelt wurde]) die Obhut. Demnach hat C._____ ihren Wohnsitz grundsätzlich an ihrem Aufenthaltsort. Da die Parteien eine beinahe hälftige Betreuungsverantwortung übernehmen (vgl. act. 5 E. 3.3.1.2 und E. 3.3.1.3; act. 6/134 S. 38 f.; Prot. Vi. S. 56 ff.), hätte dies zur Folge, dass C._____s Aufenthalt und damit auch ihr zivilrechtlicher Wohnsitz immer wieder wechseln würde. Können sich in einem solchen Fall die Eltern nicht (oder wie hier nicht mehr) auf einen zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes einigen, hat – wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (vgl. act. 5 E. 3.1) – nach der Rechtsprechung das Gericht oder die KESB diesen festzulegen (vgl. BGer 5A_242/2022 vom 29. August 2022 E. 3.3.3 mit Verweis auf BGer 5A_310/2021

vom 30. April 2021 E. 3 m.w.H.; s.a. BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, 7. Aufl. 2022, Art. 298 N 9; BK ZGB-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Bern 2016, Art. 298 N 51).

Dabei hat das Gericht an den Ort anzuknüpfen, wo die engsten Beziehungen des Kindes – etwa familiäre Bindungen (Erziehungsverantwortliche, Geschwister, Grosseltern etc.) oder ausserfamiliäre soziale Verbindungen (z.B. Schule, Ausbildung, Sportverein, Peergroup) – bestehen (vgl. BK ZGB-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O. Art. 298 N 51; BK ZGB-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Bern 2016, Art. 315–315b N 44; BSK ZGB I-STAEHELIN, 7. Aufl. 2022, Art. 24 N 12 m.w.H.; FamKomm Scheidung-BÜCHLER/CLAUSEN, 4. Aufl. 2022, Art. 298 N 12; BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rn. 12 a.E.; BÜCHLER/CLAUSEN, Die elterliche Sorge - Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung, in: Fampra.ch 2018, S. 1 ff., S. 14; BGE 144 V 299 E. 5.3.3.1 f.; OGer ZH LE180060 vom 28. Februar 2019 E. II./1.7; LE210017 vom 31. März 2022 E. III./1.4.; LE220030 vom 30. August 2022 E. III.; siehe auch Bericht des Bundesamtes für Justiz 11.070, Die Begriffe "Obhut", "Betreuung" und "Aufenthaltsort" vom 11. Juni 2012 S. 7 [abgerufen am 10. September 2024]). Dies muss – so auch die Vorinstanz (vgl. act. 5 E. 3.3.1.5) – nicht zwingend der Ort sein, wo sich das Kind am häufigsten aufhält. Zudem ist insbesondere bei einem Kind im Kleinkindalter – wie bei C._____ – regelmässig schwierig zu ermitteln, zu welchem Aufenthaltsort es die engste Beziehung hat, weil Kleinkinder nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch sehr stark auf die Eltern bzw. nahen Bezugspersonen und weniger auf ihr sonstiges soziales Umfeld (z.B. Freunde, Bekannte etc.) oder gar auf Örtlichkeiten (z.B. bedingt durch Vereinsaktivitäten) ausgerichtet sind. Befinden sich die örtlichen Beziehungen des Kindes zudem ohnehin gerade in einem Wandel und stehen für das Kind wichtige und vom zivilrechtlichen Wohnsitz abhängige Entscheidungen – wie die Einschulung von C._____ – an, muss das Gericht für seinen Entscheid sämtliche für das Kindeswohl massgebenden Umstände berücksichtigen können (vgl. OGer ZH LY210019 vom 2. März 2022 E. III./2.3). Das Kindeswohl steht in allen Kinderbelangen, also auch beim Entscheid über den Wohnsitz des Kindes, an oberster Stelle. Das Gericht hat gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangen-

heit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen, welche Lösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes am besten entspricht (vgl. BGer 5A_242/2022 vom 29. August 2022 E. 3.3.3 m.w.H.).

3.1.3 Bei der Festlegung des Wohnsitzes durch das Gericht oder die KESB handelt es sich – entgegen der Ansicht der Mutter (vgl. act. 2 Rz. 3, 5, 6 und 19) – weder um eine Neuregelung der Obhutszuteilung noch um eine Kindesschutzmassnahme nach Art. 307 ff. ZGB. Vielmehr ist die Wohnsitzfrage nach Art. 25 ZGB wegen der Obhutsregelung (paritätisch alternierend) zu entscheiden, da niemand an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben kann (Art. 23 Abs. 2 ZGB), der Wohnsitz aber für verschiedene Fragen (Schulort [§ 10 VSG/ZH], örtliche Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen [Art. 315 ZGB] etc.) von grosser Bedeutung ist. Eine Kindeswohlgefährdung braucht hierfür somit nicht vorzuliegen, weshalb auf entsprechende Vorbringen der Mutter nicht weiter einzugehen ist.

3.2 Vorinstanz und Parteivorbringen

3.2.1 Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, gemäss Urteil des Bezirksrates vom 8. Mai 2024 stehe C._____ aktuell unter der alternierenden Obhut der Parteien mit beinahe hälftiger Betreuungsverantwortung. Dieser Entscheid sei vollstreckbar. Über den Wohnsitz von C._____ habe der Bezirksrat nicht entschieden, weshalb sich dieser – als Folge des diesbezüglichen elterlichen Entscheids von Anfang August 2023 (vgl. act. 6/160/1) – derzeit bei der Berufungsklägerin in F._____ befinde. Dieser elterliche Entscheid erscheine zwischenzeitlich überholt und nicht den aktuellen Verhältnissen entsprechend (act. 5 S. 7 f. E. 3.3.1.2). Mit Beschluss vom 25. August 2023 habe die KESB C._____ aus Gründen des Kindesschutzes vorsorglich unter die alleinige Obhut des Berufungsbeklagten gestellt und der Berufungsklägerin lediglich ein Mindestbesuchsrecht von zwei Kontakten pro Woche eingeräumt, wobei die Besuchskontakte vorerst stets in Anwesenheit von Drittpersonen stattfinden sollten. Während mehrerer Monate (ca. Ende August 2023 bis Ende Dezember 2023) habe die Berufungsklägerin C._____ nur im Beisein von Begleitpersonen betreut und Übernachtungen hätten nicht stattfinden können, weil der Berufungsbeklagte in Bezug auf das Besuchsrecht jegliche Ko-

operation verweigert habe. So sei der Kontakt von C._____ zur Berufungsklägerin über einen relevanten Zeitraum derart eingeschränkt gewesen, dass die KESB Anlass für weitere Kindesschutzmassnahmen gesehen habe, um einer drohenden Entfremdung von der Mutter entgegenzuwirken (vgl. act. 6/49 S. 4). Mit Beschlüssen des Bezirksrates vom 26. Oktober 2023 (act. 6/49) bzw. 23. November 2023 (act. 6/72) sei der Berufungsbeklagte unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB verpflichtet worden, dem Beschluss der KESB vom 25. August 2023 Folge zu leisten. Zwar hätten sich die Eltern von C._____ Ende 2023 offenbar auf eine ausgedehntere Betreuung durch die Berufungsklägerin (mit Übernachtungen) einigen können. Diese sei aber bereits ab dem 6. März 2024 nicht mehr umgesetzt worden. Seit dem 8. Mai 2024, das heisst seit rund zwei Monaten, stehe C._____ nun unter der alternierenden Obhut der Parteien mit annähernd ausgeglichenen Betreuungsanteilen (vgl. act. 6/134 S. 25 ff. und S. 33). Diese Regelung werde nach den Angaben der Parteien auch so gelebt (act. 5 S. 8 E. 3.3.1.3 mit Verweis auf Prot. Vi. S. 56 ff.). Angesichts dieser Ereignisse erscheine es insbesondere aufgrund der Auswirkungen des Wohnortes auf den Schulort von C._____ angezeigt, die bestehende Wohnsitzregelung zu hinterfragen (a.a.O. S. 8 f. E. 3.3.1.4).

C._____ habe im vergangenen Jahr die meiste Zeit in E._____ verbracht: Sie habe in E._____ die D._____ besucht, die Krippe und sei – wenn sie nicht fremdbetreut worden sei – überwiegend vom Berufungsbeklagten oder dessen Eltern, ebenfalls in E._____, betreut worden. Vor diesem Hintergrund sei es naheliegend, dass C._____s Lebensmittelpunkt heute in E._____ zu verorten sei. Den Akten, insbesondere den Berichten des kjz I._____ (act. 6/138) und der Familienbegleitung P._____ (act. 6/139 und act. 6/140), lasse sich nichts entnehmen, was Anlass zu einer abweichenden Beurteilung gebe. Zwar gehe aus den Berichten klar hervor, dass auch die Berufungsklägerin, welche in F._____ wohne, für C._____ eine emotional warme, vertraute und verlässliche Bezugsperson darstelle. Eine für die Wohnsitzfestlegung ausschlaggebende persönliche Beziehung zur Berufungsklägerin (Stichwort Hauptbezugsperson) liege aber nicht vor. Die alternierende Obhut werde erst seit rund zwei Monaten gelebt und auch allfällige im Wohnquartier der Berufungsklägerin geschlossene Freundschaften würden an dieser Beurteilung nichts ändern. Ausserdem sei glaubhaft, dass vergleichbare

ausserfamiliäre soziale Beziehungen in E._____ bestünden (vgl. act. 5 S. 9 E. 3.3.1.6).

3.2.2 Die Berufungsklägerin hält dem im Wesentlichen entgegen, der Wohnsitz von C._____ habe sich aufgrund der Vereinbarung mit dem Berufungsbeklagten bei ihr in F._____ befunden. Entsprechend sei sie davon ausgegangen, dass C._____ ab Sommer 2024 den Kindergarten Q._____ an der R._____ -strasse in F._____ besuchen werde. C._____ sei diesem Kindergarten zugeteilt worden, habe die Lehrerinnen und zukünftigen Klassenkameraden bereits am Besuchsnachmittag am 2. Juli 2024 kennengelernt. Sie habe gesagt, dass sie dort zur Schule gehen wolle und freue sich auf den Schulbeginn dort am 19. August 2024 (vgl. a.a.O. Rz. 5, 9 und 14). Es sei unverhältnismässig, dass das Gericht einschreite, obwohl sie bereits alle Vorkehrungen für die Einschulung von C._____ in F._____ getroffen habe (a.a.O. Rz. 4 ff.). Der Kindergarten in F._____ sei perfekt gelegen. Er liege lediglich 200m von ihrem Wohnort entfernt und C._____ werde diesen nach kurzer Zeit selbstständig bewältigen können. Auch liege ihr Arbeitsplatz lediglich zehn Gehminuten davon entfernt, weshalb sie auch bei Notfällen rasch zur Stelle sein könne (a.a.O. Rz. 10). Sie habe zwischenzeitlich eine Tagesmutter organisiert, zu welcher auch C._____ ein sehr gutes Verhältnis habe. Ab 1. September reduziere sie (die Mutter) ihr Pensum auf 60 % und könne C._____ jeweils Montags und Dienstags persönlich betreuen (a.a.O. Rz. 11). Wie die Betreuung beim Vater gewährleistet wäre, sei unklar. Es liege kein Betreuungsplan vor und es sei unklar, wie er sich neben seiner Arbeit organisieren würde. Wo möglich würde er die Grosseltern einspannen, was jedoch keine nachhaltige und sinnvolle Lösung sei. Der Grossvater sei 80 Jahre alt, laufe an Krücken und die Grossmutter sei 1949 geboren und könne nicht mehr Auto fahren. Da der Vater davon ausgegangen sei, C._____ besuche die D._____, sei davon auszugehen, dass sie nicht in einem öffentlichen Kindergarten in E._____ angemeldet sei. C._____ würde somit irgendeinem der drei Kindergärten, welche sich im Umkreis des Wohnortes des Vaters befänden, zugeteilt (a.a.O. Rz. 12). Die Vorinstanz gefährde mit der Festlegung des Wohnsitzes in E._____ das Kindeswohl von C._____, weil sie nicht abgeklärt habe, ob der Vater überhaupt entsprechend organisiert sei, damit C._____ den öffentlichen Kindergarten besuchen könne, ob-

schon sie (die Mutter) bereits den Kindergarten in F._____ und die Tagesmutter organisiert habe (vgl. a.a.O. Rz. 7, 14 und 19).

C._____ sei mit ihren vier Jahren nicht orts- sondern personenbezogen. Kinder würden bis ungefähr zum Ende des ersten Lebensjahres zu einer Hauptbezugsperson eine besonders enge Bindung aufbauen; dies sei in der Regel derjenige Elternteil, welcher mit dem Kind viel Zeit verbringe, was vorliegend sie gewesen sei. Der Lebensmittelpunkt von C._____ sei bei ihr in F._____; sie sei nach wie vor C._____'s engste Bezugsperson. Dies sei stärker zu gewichten, als dass C._____ in E._____ die Krippe besucht habe. Ausserdem werde es mit der Einschulung ohnehin einen Wechsel bzw. einen Neuanfang mit neuen Freunden und Abläufen geben (vgl. a.a.O. Rz. 17). C._____ habe bereits Freundschaften mit Kindern im Quartier geschlossen und sei mit einem Mädchen im gleichen Kindergarten eingeteilt, das sie kenne. C._____ sei in F._____ mindestens genauso stark verwurzelt, wie in E._____, weil sie an beiden Orten einen Elternteil und Freunde habe (a.a.O. Rz. 18).

3.2.3 Der Berufungsbeklagte führt demgegenüber im Wesentlichen aus, C._____ würde im Kindergarten S._____ in E._____ eingeschult werden. Dieser sei ebenfalls perfekt gelegen, nur gut 300m von seinem Wohnort entfernt. Er habe sich den Kindergarten bereits mit C._____ angeschaut, sei mit ihr den Schulweg abgelaufen, habe im Quartier abgeklärt, welche befreundeten Kinder auch in diesen Kindergarten kommen würden und habe dies mit C._____ besprochen. C._____ kenne das Quartier, werde den Weg ebenfalls rasch selbstständig bewältigen können und im Notfall wären die Grosseltern rasch zur Stelle, da sie in der Nähe wohnen würden (vgl. a.a.O. Rz. 22 und 52). Auch sei die Betreuungssituation bei ihm bestens geregelt und organisiert. Er könne C._____ mittwochs, donnerstags und freitags am Nachmittag persönlich betreuen und weiterhin auf die Unterstützung der Grosseltern vertrauen. C._____ habe ein sehr enges Verhältnis zu ihnen. Die Grosseltern hätten sich seit ihrer Geburt sehr oft um C._____ gekümmert und es lägen keine gesundheitlichen oder altersbedingten Einschränkungen vor, welche sie an der Betreuung von C._____ hindern würden (vgl. a.a.O. Rz. 23 f.).

Es treffe nicht zu, dass C._____ bis zum Zeitpunkt des Obhutsentzugs durch die Mutter betreut worden sei. Da die Mutter ihre Erwerbstätigkeit in hohem Pensum (80 %) wieder aufgenommen habe, als C._____ gerade einmal vier Monate alt gewesen sei, habe er C._____ in hohem Masse mitbetreut. Er habe 100 % gearbeitet, die Grosseltern hätten unterstützt. Er habe mit C._____ die Krippeneingewöhnung gemacht. Ab dem Entscheid der KESB im August 2023 habe er die Obhut bis Mai 2024 alleine innegehabt. Für ein Kind im Alter von C._____ sei dies eine lange Zeitspanne. Spätestens seit dieser Zeit sei er für sie zur Hauptbezugsperson geworden. Dass C._____ nun unter die alternierende Obhut der Parteien gestellt worden sei, ändere nichts daran, dass er weiterhin die wichtigere Bezugsperson für C._____ sei (a.a.O. Rz. 38 und 59). Wenn überhaupt, seien beide Parteien Hauptbezugspersonen, nicht die Mutter allein. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass bei alternierender Obhut beide Elternteile als Hauptbezugspersonen anzusehen seien (a.a.O. Rz. 59). Ein Kind, das noch nicht eingeschult sei und mehr oder weniger durchgehend von der Mutter betreut werde, dürfe als personenbezogen gelten. Anders sehe dies jedoch bei Kindern aus, die sich viel ausserhalb der Kernfamilie bewegten, weil sie bspw. eine Vorschule besuchten, dort Freundschaften aufbauten, mit diesen Freunden in der Freizeit verkehrten, eine Krippe besuchten und dort dieselben Erfahrungen machten, in grossem Umfang von den in der Nähe wohnenden Grosseltern betreut würden, es gewohnt seien, diese auch spontan zu sehen, das Quartier gut kennen würden und mit Kindern aus dem Quartier von klein auf aufgewachsen seien, mit denen sie nun in den Kindergarten eintreten würden – wie C._____. Es greife zu kurz auf den Hauptbezug abzustellen, zumal die alternierende Obhut gelte und beide Parteien in ähnlichem Umfang betreuten (vgl. a.a.O. Rz. 60).

C._____ lebe seit ihrer Geburt in E._____. Auch die Grosseltern (seine Eltern) hätten C._____ seit ihrer Geburt massgeblich mitbetreut. Aus den eingeholten Berichten gehe hervor, dass C._____ nach ihrer "Nonna" gefragt habe (a.a.O. Rz. 39). Das übrige soziale Umfeld von C._____ bestehe ausschliesslich aus Menschen im Quartier und aus der D._____, die sich auch in E._____ befinde; zu F._____ habe C._____ abgesehen von der Mutter keinerlei Bezug (vgl. a.a.O. Rz. 40 und 41). T._____ und U._____, die laut der Mutter die besten Freunde von

C._____ seien, würden in E._____ leben; U._____ werde dieses Jahr in den Kindergarten eintreten und wäre voraussichtlich mit C._____ in einer Klasse (a.a.O. Rz. 41). Es sei notorisch, dass Schulwechsel soweit möglich zu vermeiden seien, weil diese regelmässig zu einer Destabilisierung und zu einem Verlust des sozialen Umfelds für ein Kind führen würden (a.a.O. Rz. 46). Es gebe keine Gründe, die für einen Wohnsitz in F._____ sprächen (a.a.O. Rz. 43). C._____ sei nach den negativen Erfahrungen mit der Mutter und den Belastungen des Scheidungsverfahrens auf Stabilität und Kontinuität angewiesen, damit ihre Entwicklung nicht gefährdet werde (a.a.O. Rz. 69). Der Wohnsitz sei an demjenigen Ort festzusetzen, wo C._____ mehr Stabilität und Kontinuität geboten werde. Dies sei offenkundig in E._____, weil er ihre Hauptbezugsperson sei. Er werde künftig mehr Betreuungsanteile übernehmen, weil er C._____ seit der Trennung mehr betreut habe als die Mutter. C._____ habe auch zu E._____ den wesentlich engeren Bezug (Vater, Grosseltern, Freundschaften, Quartierverbundenheit, D._____). Ihr einziger Bezug zu F._____ sei die Mutter und im besten Fall flüchtige Bekanntschaften (vgl. a.a.O. Rz. 62, 65, 67).

3.3 Würdigung

3.3.1 Die Parteien hatten sich nach ihrer Trennung darauf geeinigt, die Obhut über C._____ der Mutter zu übertragen und den gesetzlichen Wohnsitz von C._____ bei der Mutter festzulegen (vgl. oben E. 1.1). Selbst wenn der Vater dem nur deshalb zugestimmt haben sollte, weil er auf eine mündliche Abmachung vertraut habe, wonach C._____ in die D._____ (in E._____) gehen werde (act. 9 Rz. 50), würde dies nichts daran ändern, dass für die Einschulung der Wohnsitz massgebend ist und die Parteien diesen in F._____ festlegten.

Weil sich die Parteien über den Ort des Wohnsitzes von C._____ nicht mehr einig waren, keinen gemeinsamen Wohnsitz mehr hatten, die elterliche Sorge aber gemeinsam ausübten und sich die Obhut mit beinahe hälftiger Betreuungsverantwortung teilten, hatte die Vorinstanz diesen im Hinblick auf deren Einschulung im Sommer 2023 festzulegen. Wie bereits in der Verfügung vom 31. Juli 2024 und dem Beschluss vom 14. August 2024 angetönt (vgl. act. 7 E. 2.2 und act. 11 E. 2.4), greift der vorinstanzliche Ansatz, den Lebensmittelpunkt von

C._____ in E._____ zu verorten, weil sie dort im vergangenen Jahr die meiste Zeit verbracht habe, zu kurz. Ausserdem geht aus dem angefochtenen Entscheid weder hervor, wie die Vorinstanz zum Schluss gelangte, die persönliche Beziehung zwischen C._____ und ihrer Mutter sei für die Wohnsitzfestlegung nicht ausschlaggebend, noch, welches ihrer Ansicht nach die engsten Beziehungen von C._____ seien. Auch eine Würdigung der aktenkundigen Entwicklungen ab September 2023 (vgl. oben E. 1.4 ff.) fehlt. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

3.3.2 Vor der Trennung der Parteien ging C._____ nach Angaben des Vaters zwei Tage in die Kita, verbrachte zwei Tage bei seinen Eltern und wurde einen Tag von der Mutter betreut (vgl. Prot. Vi. S. 38 f., 54). Der Vater arbeitete 100 % (Prot. Vi. S. 58; ab 1. Januar 2024 dann 80 % [Prot. Vi. S. 55]) und die Mutter reduzierte nach dem Mutterschaftsurlaub ihre vormals vollzeitige Erwerbstätigkeit auf 80 % (Prot. Vi. S. 28 und 59; s.a. act. 9 Rz. 23, 37 und 59). Es erscheint daher zwar glaubhaft, dass C._____ häufig auch von Personen ausserhalb der Kernfamilie (nämlich in der Kinderkrippe, von den Grosseltern des Vaters und ab August 2023 in der D1._____ [Prot. Vi. S. 23 und 54]) betreut wurde bzw. auch noch wird (vgl. unten E. 3.3.3). Auch wenn sich C._____ "viel ausserhalb der Kernfamilie bewegt" habe, "mit Freunden in der Freizeit verkehrt" sei und eine Krippe besucht habe, wo sie (wohl: C._____ und ihre Krippengspändli) "dieselben Erfahrungen" gemacht hätten (vgl. act. 9 Rz. 60), ist nicht einzusehen, weshalb für C._____ – wie für andere Kinder in ihrem Alter – nicht die Eltern die Hauptbezugspersonen waren. Mit viereinhalb Jahren waren die Bindungen zu Personen in ihrem sonstigen sozialen Umfeld oder gar zu Örtlichkeiten nicht gleich wichtig wie die Bindung zu ihren Eltern; als Kind im Kleinkindalter ist und war C._____ entwicklungsbedingt abhängig von ihren allerengsten Bezugspersonen. Inwiefern der Vater C._____ während des Zusammenlebens neben seinem 100 %-Pensum "in hohem Masse" mitbetreut haben will, geht aus seiner Darstellung – insbesondere auch aufgrund seiner Angaben zur Betreuungssituation vor der Trennung – nicht konkret hervor. Insgesamt fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass er vor der Trennung die Hauptbezugsperson von C._____ gewesen sein könnte. Demgegenüber betreute die Mutter C._____ während des viermonatigen Mutterschaftsurlaubes und danach – nach Angaben des Vaters – an einem Tag alleine. Im bezirksrätli-

chen Verfahren blieb hierzu offenbar unbestritten, dass die Mutter vor der Trennung praktisch alleinerziehend gewesen ist, was zu ihrer teilweisen Überforderung geführt hat (vgl. act. 6/134 E. 3.2 mit E. 3.3). Im Verfahren bei der Kammer war unbestritten, dass die Mutter während des Zusammenlebens der Parteien einen wesentlichen Teil der Betreuungsarbeit übernommen hat (vgl. OGer ZH PQ240037 E. 6.4). Daher erscheint es naheliegend, dass die Mutter in den ersten dreieinhalb Lebensjahren von C._____ bzw. vor der Trennung der Parteien die Hauptbezugsperson von C._____ war.

Beide Parteien reklamieren für sich, heute (noch) die Hauptbezugsperson von C._____ zu sein. Der Vater ist der Ansicht, spätestens seit August 2023 zur Hauptbezugsperson geworden zu sein bzw. auf jeden Fall die "wichtigere" Bezugsperson (als ihre Mutter) zu sein. C._____ mag zwar von September 2023 bis im Frühling 2024, als die Parteien zum Modell der alternierenden Obhut übergangen (Prot. Vi. S. 56), mehr Zeit mit ihm bzw. in E._____ verbracht haben, als mit ihrer Mutter. Er hatte in dieser Zeit nicht nur die alleinige Obhut inne (vgl. oben E. 1.3 und E. 1.7). Er enthielt C._____ der Mutter auch vor, weil er den (begleiteten) Kontakt zur Mutter gemäss den behördlich und gerichtlich angeordneten Kontaktregelungen zum Wohl von C._____ nicht zulies. Obschon aus diesem Grund zwischenzeitlich sogar eine Entfremdung C._____s von ihrer Mutter drohte, brach der Kontakt zwischen den beiden nicht ab. Im Gegenteil: Mittlerweile üben die Parteien – wie ursprünglich von ihnen auch vorgesehen – die alternierende Obhut aus. Im Bericht der Familienbegleitung P._____ vom 6. Mai 2024 wird die Beziehung von C._____ und ihrer Mutter als vertrauensvoll und herzlich, und die Mutter als eine für C._____ emotional warme, vertraute und verlässliche Bezugsperson beschrieben. Seit der Kontakt zur Mutter (ab Weihnachten 2023) wieder vertieft werden konnte, wirkte C._____ auf die Familienbegleitung emotional stabiler (vgl. act. 6/139 S. 2 und 3). Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist auch heute von einer engen Verbundenheit von C._____ und ihrer Mutter auszugehen. Dem Bericht der Beiständin vom 30. April 2024 (act. 6/138) kann denn auch nichts entnommen werden, was zu einer abweichenden Beurteilung führen würde. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Mutter die Hauptbezugsperson für C._____ geblieben ist.

Daran vermag auch nichts mehr zu ändern, dass der Vater erklärt, in Zukunft gemäss dem aus seiner Sicht "idealen" Betreuungsplan (ohne Tagesmutter) mehr Betreuungsanteile (als die Mutter) übernehmen zu wollen, und eine Abänderung der Betreuungsregelung in Aussicht stellt, wenn diese "Ideallösung" nicht umgesetzt werde (vgl. act. 9 Rz. 26-28 und 65). Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass es nicht die Abweichung von einer vermeintlichen Ideallösung ist, die das Wohl von C._____ und ihre gesunde Entwicklung gefährdet, sondern der *Konflikt* der Eltern darüber (vgl. OGer ZH PQ240037 E. 5.13). Das Streben der Eltern nach subjektiv (für sie) idealen Lösungen für ihr Kind birgt nicht nur ein unendliches Konfliktpotential. Es hat auch zur Folge, dass Eltern die Bedürfnisse ihres Kindes aus den Augen verlieren.

3.3.3 Weitere Bezugspersonen im Beziehungsnetz von C._____ scheinen auch die Grosseltern väterlicherseits zu sein, namentlich die Grossmutter. Vor Vorinstanz war zwischen den Parteien unbestritten, dass C._____ oft bzw. regelmässig bei den Grosseltern war (vgl. act. 6/97 Ziff. 17 i.V.m. Prot. Vi. S. 16; act. 6/171 S. 3). Sie wohnen laut dem Vater ebenfalls in E._____. Die Beiständin erwähnte in ihrem Bericht vom 5. März 2024, es falle auf, dass C._____ bei den Übergaben oft nach der "Nana" frage (vgl. act. 6/136 S. 2). Zwischen September 2023 und Mai 2024 hatte der Vater die alleinige Obhut über C._____ inne. Ab 1. Januar 2024 reduzierte er sein Arbeitspensum von 100 % auf 80 %. Auch wenn C._____ einen erheblichen Teil der Woche in der D1._____ (inkl. ... und ...) und der Va-MuKi/Krippe (wohin sie zweimal pro Woche für einen Nachmittag mit dem Taxi gefahren wurde, weil sie noch zu klein sei, um den Schulbus zu nehmen) verbrachte (vgl. Prot. Vi. S. 23, 54 und 57 f.), ist daher davon auszugehen, dass auch die Grosseltern Betreuungsaufgaben übernommen haben. Ob die Grosseltern aktuell noch in der Lage sind, diese Unterstützung zu leisten, kann dahingestellt bleiben. Zweifellos stellt eine enge Beziehung zu den Grosseltern eine wichtige Ressource für C._____ dar. Auch als Betreuungs- und Auffangnetz im Rahmen der aktuellen Betreuungsregelung kommt den Grosseltern eine wesentliche und unterstützende Funktion zu. Die Beziehung von C._____ zu ihnen kann jedoch nicht mit der Beziehung zu ihren Eltern verglichen werden, weshalb diese bei der Festlegung des Wohnsitzes von C._____ nicht den Ausschlag geben kann.

3.3.4 In ihrem sonstigen sozialen Umfeld hat C._____ nach Darstellung der Parteien sowohl in F._____ als auch in E._____ Gspändli. Ob U._____ und T._____ nun die besten Freunde von C._____ sind (oder nicht, vgl. act. 9 Rz. 41 mit act. 6/160/3 S. 8), fällt bei der Gesamtabwägung nicht ins Gewicht. Aufgrund ihres Entwicklungsstandes ist C._____ als Viereinhalbjährige ohnehin in erster Linie auf ihre (erwachsenen) Bezugspersonen ausgerichtet, von denen sie abhängig ist. Es sind die Beziehungen zu ihnen, die einen wesentlichen Einfluss auf ihr Wohl haben. Zudem liegt es in der Natur einer Einschulung, dass sich das soziale Umfeld eines Kindes aufgrund der Aufteilung der Kinder auf verschiedene Kindergärten und/oder der Einteilung der Kinder in verschiedene Gruppen verändert. Dasselbe gilt im Übrigen auch für den späteren Übertritt in die erste Klasse, was gegebenenfalls das soziale Umfeld eines Kindergartenkindes nochmals verändert. Die Einschulung vermag entgegen der Befürchtung des Vaters für sich alleine – und anders als möglicherweise ein Schulwechsel bei einem Schulkind im Teenager-Alter – keine Destabilisierung von C._____ zu bewirken. Zweifellos wäre es zu begrüssen, wenn C._____ ihre derzeitigen ersten Freundschaften auch nach Eintritt in den Kindergarten weiterhin pflegen und beibehalten könnte. Im Kindergarten trifft C._____ jedoch auf unzählige neue Kinder in ihrem Alter und wird erfahrungsgemäss – wie dies beim Mädchen im Quartier in F._____ bereits der Fall gewesen zu sein scheint – neue Freundschaften schliessen. Mit Blick auf die künftige Entwicklung von C._____ kommt diesen ersten, im Vorschulalter allenfalls bereits geschlossenen Freundschaften nach der allgemeinen Lebenserfahrung keine massgebliche Bedeutung zu. Dies gilt auch für die behaupteten örtlichen Beziehungen von C._____ zum Quartier (im Sinne einer Quartierverbundenheit), die sich mit einer Einschulung ohnehin unausweichlich verändern.

3.3.5 Nach dem Gesagten ist unter Berücksichtigung aller für das Kindeswohl massgebenden Umstände der Wohnsitz von C._____ in F._____ bei der Mutter festzulegen. Die Berufung ist gutzuheissen. Die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Juli 2024 (FE230133) ist aufzuheben.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Die Vorinstanz hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Massnahmeverfahrens in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO dem Endentscheid vorbehalten (act. 5 Dispositiv-Ziffer 3). Dies ist weder angefochten noch aufgrund des Ausgangs des Berufungsverfahrens anders zu regeln. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist hingegen bereits an dieser Stelle zu befinden.

4.2 Nach der Grundnorm von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten (in Zweiparteienverfahren) der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Erfolgs- oder Unterliegerprinzip). Der Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip beruht auf dem Gedanken, dass die Prozesskosten von deren Verursacher zu tragen sind. Dabei wird vermutet, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat (vgl. BGE 145 III 153 E. 3.3.1 m.w.H.). Das Gericht kann jedoch auch von den Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (vgl. Art. 107 ZPO), etwa in familienrechtlichen Verfahren (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Praxisgemäss werden in familienrechtlichen Verfahren die Kosten des Verfahrens – unabhängig von dessen Ausgang – den Parteien je hälftig auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragsstellung hatten bzw. sie sich den Anträgen mit guten Gründen widersetzen. Da diese Praxis indes von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweicht, kann sie nicht unbesehen vom konkret zu beurteilenden Fall zur Anwendung gelangen, zumal Art. 107 ZPO nach seinem Wortlaut eine "Kann"-Bestimmung ist und das Gericht im Anwendungsbereich dieser Norm nicht nur über Ermessen darüber verfügt, *wie* es die Kosten verteilen will, sondern insbesondere auch bei der Frage, *ob* es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (vgl. OGer ZH PQ220048 vom 27. Juli 2022 E. 4.1; PC210026 vom 1. März 2022 E. 3.2.4 mit Verweis auf BGE 145 III 153 E. 3.2.1 und E. 3.3.2, BGE 139 III 358 E. 3 sowie BGer 4A_626/2018 vom 17. April 2019 E. 6.1). Die Berufungsklägerin obsiegt mit ihrer Berufung, die Vorinstanz hatte jedoch noch zu Gunsten des Berufungsbeklagten entschieden. Es

rechtfertigt sich deshalb, die Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die (je auf die Hälfte reduzierten) Parteientschädigungen wettzuschlagen. Im Umfang der zuzusprechenden (wenn auch vorliegend wettzuschlagenden) Parteientschädigung – hier 50 % – ist das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren (vgl. sogleich E. 5) abzuschreiben (vgl. OGer ZH LY210055 vom 17. Juni 2022 E. IV./1.4).

4.3 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist insbesondere mit Blick auf den Aufwand des Gerichts auf Fr. 2'800.– festzusetzen (vgl. § 12 i.V.m. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 8 GebV OG). Die (volle) Parteientschädigung ist auf Fr. 2'000.– festzusetzen (vgl. § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 Anw-GebV).

5. Gesuch der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

5.1 Die Berufungsklägerin beantragt die Zusprechung eines Prozessbeitrags in der Höhe von Fr. 2'500.– zzgl. MWST vom Berufungsbeklagten, und ersucht eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 2 S. 2).

5.2 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber dem familienrechtlichen Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten (Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB) subsidiär. Einem bedürftigen Ehegatten kann die unentgeltliche Rechtspflege daher nur bewilligt werden, wenn (und soweit) der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen (vgl. BGE 148 III 21 E. 3.1; 146 III 203 E. 6.3; 143 III 617 E. 7; 142 III 36 E. 2.3; BGer 5A_19/2023 vom 20. Dezember 2023 E. 3.1; 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2 m.w.H.). Die für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze gelten analog (vgl. OGer ZH LY230007 vom 7. Februar 2024 E. III./2). Das heisst, nebst der Mittellosigkeit des gesuchstellenden Ehegattens und der Nichtaussichtslosigkeit seiner Rechtsbegehren muss für die Zusprechung eines Prozess-

kostenvorschusses bzw. -beitrags zusätzlich die Leistungsfähigkeit des zu verpflichtenden Ehegatten gegeben sein, d.h. dieser muss in der Lage sein, neben seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen der gesuchstellenden Partei zu übernehmen (vgl. OGer ZH LY220050 vom 23. Dezember 2023 E. IV./2.2; BGer 5A_590/2019 vom 13. Februar 2020 E. 3.3 = Pra 110 [2021] Nr. 3). Wird für die gehörige Prozessführung ein Rechtsbeistand benötigt, sind auch dessen Kosten in die Berechnung einzubeziehen (vgl. OGer ZH LY230015 vom 26. Oktober 2023 E. 11.2).

Das Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege bildet ein separates Verfahren, das von einem durch die (umfassende) Mitwirkungsobliegenheit der gesuchstellenden Person eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird (vgl. BGer 5A_489/2023 vom 20. Oktober 2023 E. 3.1.3; 4A_79/2023 vom 3. Oktober 2023 E. 5.4.4 je m.w.H.). Es obliegt der gesuchstellenden Person, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse (umfassend) darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Dabei hat sie alle Massnahmen zu ergreifen, die vernünftigerweise von ihr erwartet werden können (vgl. OGer ZH LY220050 22. Dezember 2023 E. 2.2; BGer 5A_489/2023 vom 20. Oktober 2023 E. 3.1.3 und 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.2 je m.w.H.). Dies gilt auch für den Prozesskostenvorschuss (vgl. OGer ZH LY230045 vom 9. August 2024 E. III./B.2; PC220029 vom 11. November 2022 E. III./1.2). Die gesuchstellende Partei trägt die – auf das Beweismass des Glaubhaftmachens beschränkte – Beweislast bezüglich der anspruchsbegründenden Tatsachen (vgl. BGer 5A_489/2023 vom 20. Oktober 2023 E. 3.1.3; 5A_716/2021 vom 7. März 2022 E. 3). Bei Vorliegen eines unvollständigen oder unklaren Gesuchs muss bei einer anwaltlich vertretenen Partei nicht nachgefragt werden bzw. es ist keine Nachfrist zur Gesuchsverbesserung anzusetzen (vgl. BGer 5A_489/2023 vom 20. Oktober 2023 E. 3.1.3, 5A_716/2021 vom 7. März 2022 E. 3 und 4A_257/2021 vom 6. September 2021 E. 2.1 je m.w.H.).

Für Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren – wie hier – wird grundsätzlich kein Prozesskostenvorschuss, sondern ein Pro-

zesskostenbeitrag gewährt, über den zusammen mit dem Entscheid in der Sache befunden wird (vgl. OGer ZH PC170015 vom 15. September 2017 E. 3.6). Dies gilt auch im Rechtsmittelverfahren (vgl. OGer ZH LY230015 vom 26. Oktober 2023 E. 11.2).

5.3 Die Berufungsklägerin bringt vor, sie sei mittellos und der Berufungsbeklagte leistungsfähig. Ihr Einkommen betrage rund Fr. 5'000.– netto pro Monat und ihr Bedarf bleibe gegenüber dem bereits im vorinstanzlichen Verfahren belegten unverändert bei rund Fr. 5'000.– (inkl. Leistungen für C._____). Hierzu werde auf die Zusammenstellung des Bedarfs im Scheidungsverfahren (act. 95) verwiesen. Ihr Prozessstandpunkt sei nicht aussichtslos und sie sei auf anwaltlichen Beistand angewiesen (vgl. act. 2 Rz. 24-26 mit Verweis auf act. 4/7-12).

5.4 Der Berufungsbeklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, die Berufungsklägerin sei in der Lage, Prozesskosten von Fr. 2'500.– innerhalb von ein bis zwei Jahren abzubezahlen (vgl. act. 9 S. 25 f.).

5.5.1 Als bedürftig gilt eine Person, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Soweit das Vermögen einen angemessenen "Notgroschen" ("réserve de secours") übersteigt, ist der gesuchstellenden Person unbesehen der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden (vgl. BGE 144 III 531 E. 4.1 m.w.H.). Für die Beurteilung der Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Person zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen ist. Das Existenzminimum kann daher um einen angemessenen Zuschlag erhöht werden. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden; dabei sollte der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1 und OGer ZH LY170014 vom 17. Oktober 2017

E. 3.3 je m.w.H.). Das vorliegende Berufungsverfahren zählt zu den weniger aufwändigen Prozessen.

5.5.2 Die Bedarfsberechnung der Berufungsklägerin (vgl. act. 2 Rz. 26 i.V.m. act. 6/95 S. 4) enthält einen Zuschlag von 25 % in der Höhe von Fr. 300.– auf dem von ihr geltend gemachten Grundbetrag von Fr. 1'200.–. Die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums bilden die Grundlage für die Ermittlung der prozessualen Bedürftigkeit (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 S. 7221 ff., S. 7301). Dazu kommen im Rahmen der Berechnung der zivilprozessualen Bedürftigkeit, falls belegt, einige Positionen, die nicht zum Notbedarf im Sinne von Art. 93 SchKG gehören. Zum betriebsrechtlichen Notbedarf von Fr. 3'602.– (Fr. 1'200; Fr. 1'642; Fr. 393; Fr. 107; Fr. 85; Fr. 25; Fr. 150) rechnete die Berufungsklägerin insgesamt Positionen im Betrag von Fr. 1'194.– (Fr. 90; Fr. 68; Fr. 10; Fr. 320; Fr. 246; Fr. 160; Fr. 300 [u.a. Kosten für die Zusatzversicherung der Krankenkasse für C.____ (VVG), Taxifahrten, Essens- und Krippenkosten für C.____, Kommunikationskosten, Steuern]), zuzüglich Fr. 300.– unter dem Titel Zuschlag 25%, hinzu (act. 6/95 S. 4). Für die geltend gemachten Kosten für Taxifahrten, Essen und Krippe für C.____ von mehreren Hundert Franken im Monat fehlt es an aktuellen Ausführungen und Belegen. Die Ausgaben sind deshalb nicht nachvollziehbar und wären erklärungsbedürftig gewesen, zumal C.____ seit Sommer den öffentlichen Kindergarten in F.____ besucht. Diese Positionen im Betrag von Fr. 726.– (Taxifahrten, Essens- und Krippenkosten) können nicht berücksichtigt werden. Damit stehen Einnahmen von Fr. 5'000.– netto ausgewiesenen Ausgaben von Fr. 4'070.– (Fr. 1'200; Fr. 1'642; Fr. 393; Fr. 90; Fr. 107; Fr. 68; Fr. 10; Fr. 85; Fr. 25; Fr. 150; Fr. 300; [act. 6/95 S. 4]) gegenüber. Für die Abzahlung der Kosten für den heutigen Prozess vor der Kammer steht damit ein genug grosser Überschuss zur Verfügung, selbst wenn man einen Zuschlag auf den Grundbetrag berücksich-

tigen wollte. Deshalb kann die Berufungsklägerin nach dem Gesagten nicht als mittellos gelten.

5.5.3 Das Gesuch der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (resp. -beitrages) ist somit abzuweisen, soweit dieses nicht abzuschreiben ist (vgl. oben E. 4.2).

5.6 Das von der Berufungsklägerin eventualiter gestellte Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist aus demselben Grund (fehlende Mittellosigkeit) abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags in Höhe von Fr. 2'500.– wird abgewiesen, soweit es nicht abgeschrieben wird.
2. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 12. Juli 2024 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____, geboren tt.mm.2020, befindet sich per Entscheiddatum [12. Juli 2024] für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens bei der Gesuchstellerin in F._____"
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Doppel der Berufungsantwort (act. 9) samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 10/1-2), an die Beiständin H._____ sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

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 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. A. Götschi

versandt am: