

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 6. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 7. Februar 2019
(FE170877-L)**

Rechtsbegehren des Klägers und Berufungsklägers:

(Urk. 7/61 S. 1)

"Die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2007, seien vorsorglich unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen und der Beklagten sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom

7. Februar 2019:

(Urk. 7/66 S. 30 ff. = Urk. 2 S. 30 ff.)

1. Das Gesuch des Klägers, die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2007, seien vorsorglich unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen und der Beklagten sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen, wird abgewiesen.
2. Die mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 im Sinne einer superprovisorischen Massnahme verfügte Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung vom 23. Februar 2018 und das Wiederaufleben der Anordnungen gemäss Urteil vom 20. September 2016, Dispositiv-Ziffer 1 (Geschäfts-Nr. EE160098-L), betreffend das Kontaktrecht zwischen dem Kläger und den Kindern C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2007 (Geschäfts-Nr. EE160098-L), wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme im Scheidungsverfahren bestätigt.
3. [...]
4. [...]
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittel.]

Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers:

(Urk. 1 S. 2)

"Die Dispositiv-Ziffern 1-2 der Verfügung vom 07.02.2019 (FE170877) des Bezirksgerichtes Zürich seien aufzuheben und die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2007 seien vorsorglich unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen und der Berufungsbeklagten sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag (Urk. 1 S. 2):

1. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 4'000.– zu bezahlen.
2. Eventualiter sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt/Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind die miteinander verheirateten Eltern der gemeinsamen Kinder D._____, geboren am tt.mm.2007, und C._____, geboren am tt.mm.2010.

1.2. Mit Eheschutzurteil vom 10. Dezember 2015 wurde auf gemeinsamen Antrag der Parteien hin die Obhut über die beiden Kinder der Beklagten zugeteilt und dem Kläger ein Besuchsrecht gewährt (Urk. 7/4/5/9 Disp. Ziff. 2 und Disp. Ziff. 3/2c). Mit Abänderungsurteil vom 20. September 2016 wurde das Besuchsrecht des Klägers angepasst (Urk. 7/24 Disp. Ziff. 1/1c).

1.3. Am 7. November 2017 reichte der Kläger vor Vorinstanz die Scheidungsklage ein. Gleichzeitig ersuchte er darum, dass die beiden Kinder superprovisorisch unter seine alleinige Obhut gestellt werden (Urk. 7/1 S. 4). Die Vorinstanz wies das superprovisorisch gestellte Massnahmegesuch mit Verfügung vom 14. November 2017 ab und wies darauf hin, dass das Gesuch als vorsorgliches Massnahmebegehren weiterbehandelt werde (Urk. 7/6 Disp. Ziff. 1). Das vorsorgliche Massnahmebegehren wurde schliesslich mit Verfügung vom 23. Februar 2018 abgewiesen und ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet (Urk. 7/34 Disp. Ziff. 1). In dieser Verfügung setzte sich die Vorinstanz insbesondere mit dem klägerischen Vorwurf, die Kinder würden sowohl vom Grossvater mütterlicherseits als auch von der Beklagten geschlagen und erniedrigend behandelt, sowie mit dem mehrfach geäusserten Wunsch der Kinder, beim Kläger wohnen zu dürfen, auseinander. Sie gelangte zum Ergebnis, dass die vom Kläger behaupteten Gewaltvorwürfe nicht glaubhaft dargelegt worden seien. Im Weiteren erwog sie, D._____ habe nicht die Fähigkeit, sich unabhängig von einer Beeinflussung Dritter, insbesondere des Klägers, über die Frage zu äussern, wo er in Zukunft leben wolle. Der Wunsch von C._____, beim Kläger leben zu wollen, sei nicht als

ihr eigenständiger Wille zu betrachten. Vielmehr wiederhole sie den Wunsch von D._____. Dessen Wunsch sei auch ihr Wunsch (siehe Urk. 7/34, insbesondere E. 5.3.5. und E. 5.4.). Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wurde von der I. Zivilkammer des Obergerichts mit Urteil vom 16. August 2018 abgewiesen (Urk. 7/53 Disp. Ziff. 1). Mit Verfügung vom 17. Juli 2018 wies die Vorinstanz ein weiteres Gesuch des Klägers mit dem Antrag, es sei der Beklagten superprovisorisch der Wegzug mit den Kindern nach Winterthur unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, ab (Urk. 7/51 Disp. Ziff. 1).

1.4. Noch während des laufenden Rechtsmittelverfahrens holte die Vorinstanz in Bezug auf die Kinderbelange (Obhut, elterliche Sorge und Betreuung resp. Besuchsrecht) ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Parteien ein (Urk. 7/40-41; Urk. 7/44; Urk. 7/46; vgl. auch Urk. 7/34 E. 11). Dieses ging der Vorinstanz am 27. September 2018 zu (Urk. 7/55). Gestützt auf die Erkenntnisse im Gutachten hob die Vorinstanz von Amtes wegen mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 das von ihr mit Verfügung vom 23. Februar 2018 angeordnete begleitete Besuchsrecht des Klägers "im Sinne einer superprovisorischen Massnahme" auf (Urk. 7/57 Disp. Ziff. 1). Gleichzeitig teilte sie mit, dass die Parteien an der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen, zu welcher noch vorgeladen werde, die Gelegenheiten erhalten würden, sowohl zu Dispositivziffer 1 des vorsorglichen Entscheids vom 4. Oktober 2018 als auch zu den Dispositivziffern 1 und 2 des vorsorglichen Entscheids vom 17. Juli 2018 Stellung zu nehmen (Urk. 7/57 Disp. Ziff. 2). An der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 15. Januar 2019 stellte der Kläger das eingangs wiedergegebene Begehren.

1.5. Die Vorinstanz fällte unter dem Datum des 7. Februar 2019 den vorne zitierten Entscheid (Urk. 2 S. 30 ff.). Hiergegen erhob der Kläger innert Frist (vgl. Urk. 7/67/2) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1).

1.6. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden. Am 7. und 19. März 2019 sowie am 12. April 2019 gingen dem Gericht jeweils zwei Briefe von D._____ und C._____ zu (Urk. 8 bis 10). Diese sind den Parteien mit diesem Endentscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2. Vorbemerkungen

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2.2. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen sind im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unabhängig der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Ausgangslage

3.1. Die beiden Kinder D._____ und C._____ stehen seit dem Eheschuttscheid vom 10. Dezember 2015 unter der alleinigen Obhut der Beklagten. Die Beklagte arbeitet seit dem 1. Dezember 2016 im Restaurant eines F._____ in Winterthur (Prot. I S. 33; Urk. 7/23/19; Urk. 7/55 S. 15). Im September 2018 zog sie mit den beiden Kindern von Zürich nach Winterthur (Urk. 7/64/2 S. 2 und Urk. 7/55 S. 15).

3.2. In seinem neuerlichen Gesuch um vorsorgliche Obhutsumteilung stellte sich der Kläger vor Vorinstanz im Wesentlichen auf den Standpunkt, das Erziehungsfähigkeitsgutachten käme zu Befunden, die sich mit der aktuell gültigen Obhut- und Betreuungsregelung nicht vereinbaren liessen. Insbesondere brachte er vor, das Gutachten zeige, dass die aktuelle Betreuungssituation klar ungenügend sei,

zumal die Beklagte selbst nichts dazu beitrage, sondern die Betreuung vom Hort und den Grosseltern übernommen werde. Die Grosseltern seien jedoch nicht in der Lage, eine intellektuelle Anregung und Förderung der Kinder zu erzeugen. Das Gutachten komme zum Schluss, dass die Beklagte theoretisch fähig sei, die Betreuung der Kinder zu gewährleisten, aufgrund der Absorption durch ihre Arbeitsstelle dazu aber nicht in der Lage sei. Zudem priorisiere die Beklagte ihre berufliche Entwicklung, was sich auch darin zeige, dass sie zwar angegeben habe, die Kinder sollten auch in Winterthur eine psychotherapeutische Unterstützung erhalten, sie jedoch nicht wisse, ob die aktuelle Therapeutin eine Überweisung mache. Es wäre jedoch Sache der Beklagten gewesen, sich um die Angelegenheit zu kümmern. Selbst wenn mittlerweile ein Erstgespräch stattgefunden haben sollte, so hätten während vier Monaten keine Therapiesitzungen stattfinden können. Dasselbe Bild zeichne sich auch in Bezug auf den Kinderhort ab (Urk. 7/61; siehe auch Urk. 2 E. 3.1.).

Demgegenüber brachte die Beklagte vorinstanzlich insbesondere vor, dass die Anträge des Klägers bereits mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Februar 2018 beurteilt worden seien (Prot. I S. 51).

Die Vorinstanz trat – nachdem sie sich mit dem Einwand der abgeurteilten Sache auseinandergesetzt hatte (vgl. Urk. 2 E. II.) – auf das neue Massnahmegesuch ein, beurteilte es materiell und wies es in der Folge ab. Gegen diese Abweisung richtet sich die vorliegende Berufung des Klägers.

4. Materielle Beurteilung

4.1. Die Vorinstanz erwog nach Darlegung der Erkenntnisse des Gutachtens (Urk. 2 E. 2), dass der Beklagten keine Untätigkeit bei der Suche nach einer neuen Therapieperson oder bei der Organisation eines Hortplatzes [für die Kinder] vorgeworfen werden könne, da hierfür an sich die Beistandsperson zuständig gewesen wäre. Der diesbezügliche Vorwurf des Klägers, die Beklagte kümmere sich nicht um die Angelegenheiten der Kinder und priorisiere stattdessen ihre persönliche Entwicklung, werde mit "diesem Vorfall" nicht belegt. Des Weiteren halte das Gutachten fest, dass es nachvollziehbar wäre, wenn die Beklagte angesichts der

massiven Vorwürfe und Beschimpfungen von D._____ Ohrfeigen verteilt hätte (mit Verweis auf Urk. 7/55 S. 64). Damit sei jedoch nicht gesagt, dass die gutachterliche Abklärung die Anwendung körperlicher Gewalt durch die Beklagte bestätigt hätte. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte keine physische Gewalt auf die Kinder ausgeübt habe. Bezüglich der angeblichen Gewalt seitens des Grossvaters mütterlicherseits besage das Gutachten, die Befunde der psychologischen Untersuchung würden auf eine hohe Wahrscheinlichkeit hinweisen, dass es zu vereinzelt Schlägen gekommen sei, aber nicht im von D._____ zeitweise geschilderten Ausmass (mit Verweis auf Urk. 7/55 S. 65). Selbst wenn man aber diesbezüglich von den schlimmsten von D._____ und C._____ erzählten Versionen ausgehen würde, wäre in den vermuteten Vorfällen zwischen dem Grossvater mütterlicherseits und den Kindern allein noch kein Grund zu sehen, der Beklagten die Obhut zu entziehen. Dies deshalb, da einerseits die Beklagte alleinige Obhutsinhaberin sei und andererseits in diesem Fall mildere Massnahmen eher in Frage kämen, die das Wohl der Kinder im Fokus hätten. Dies sei bereits in der Verfügung vom 23. Februar 2018 so festgehalten worden und diesen Überlegungen könne nach wie vor gefolgt werden.

Auch die Berücksichtigung des neu eingegangenen Schreibens von D._____ und C._____ vom 31. Januar 2019 würde nicht zu einer anderen Entscheidung führen. Vielmehr bestätige das Schreiben den Eindruck des Gutachters, wonach die Kinder sich in einem Loyalitätskonflikt befänden. Vorliegend gehe es jedoch um die Frage der Erziehungsfähigkeit der Beklagten, welche der Kläger in Abrede stelle. Der Wille der Kinder sei hierfür nicht "beizuziehen" und für die Beurteilung nicht relevant.

Das grösste Problem erkenne das Gutachten in der Vereinbarkeit der Anstellung der Beklagten mit dem Bedürfnis der Kinder auf persönliche Betreuung. Es erscheine jedoch glaubhaft, dass die Beklagte nach ihrem Umzug nach Winterthur unter Einberechnung des nun erheblich kürzeren Arbeitswegs erst nach Weggang der Kinder in die Schule die Wohnung verlassen müsse, zumal sie auch bereits früher – als sie noch in E._____ gewohnt habe – angegeben habe, das Haus jeweils um 7:15 Uhr für die Arbeit zu verlassen. Der Kläger bestreite zwar, dass die

Beklagte montags erst um 10:00 Uhr mit der Arbeit beginne. Es spiele jedoch keine Rolle, ob die Beklagte montags um 8:00 Uhr oder 10:00 Uhr mit der Arbeit beginne, da sie so oder anders die Kinder morgens noch persönlich betreuen könne.

Die Beklagte anerkenne, dass sie in der Nebensaison jeweils Montag- bis Mittwochabend sowie an den Wochenenden aufgrund ihrer Arbeit die Kinder nicht persönlich betreuen könne. Auch erscheine es nachvollziehbar, dass ihr die Übernahme der Betreuungsaufgaben in den Sommermonaten lediglich bei schlechtem Wetter möglich sei. Diesbezüglich kritisiere der Kläger zu Recht, dass die Beklagte die Betreuung zu oft ihren Eltern überlasse. Ein Kriterium für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil sei, dass dieser die Möglichkeit und den Willen habe, die Kinder persönlich zu betreuen. Die Beklagte führe an, dass sie spätestens in einem Jahr an ihrem aktuellen Arbeitsort eine neue Funktion übernehmen könne und dann am Abend nicht mehr arbeiten müsse. Falls dem tatsächlich so sein sollte, hätte die Beklagte genügend Kapazität, um die Kinder in der Freizeit mehrheitlich persönlich zu betreuen, zumal die Kinder bis auf ein Wochenende pro Monat alle Wochenenden beim Kläger verbringen würden. Es sei auch nicht das erste Mal, dass die Beklagte ausführe, sie könne an ihrer neuen Arbeitsstelle (eventuell) eine neue Aufgabe übernehmen. Bereits dem Gutachter gegenüber habe sie offenbar angegeben, dass sie möglicherweise an ihrem Arbeitsplatz aufsteigen könnte. Weiter besage das Gutachten, dass sich die Beklagte in einem Emanzipationsprozess befinde, sie sich an ihrem Arbeitsplatz voll engagieren müsse, sie stolz auf ihre berufliche Entwicklung sei und diese weiterführen wolle (mit Verweis auf Urk. 7/55 S. 63). Es erscheine demzufolge glaubhaft, dass die Beklagte – angesichts ihres übermässigen Engagements – in näherer Zukunft eine neue Funktion mit angepassten Arbeitszeiten annehmen werde (Urk. 2 E. 4.1. ff.; zu den – vorliegend nicht relevanten – weiteren Bemerkungen der Vorinstanz zur aktuellen Anstellung der Beklagten siehe auch Urk. 2 E. 4.3. S. 26 f.).

Unter Hinweis auf BGE 138 III 565 E. 4.3.2. erwog die Vorinstanz sodann, es sei zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend nicht um eine erstmalige Obhutszuteilung handle, sondern eine (vorsorgliche) Obhutsumteilung angebeht werde. Mit-

hin sei nicht die Frage zu beantworten, bei welchem Elternteil das Kind besser aufgehoben sei, sondern ob wichtige Gründe für eine Obhutsumteilung vorlägen. Soweit der Kläger vorbringen wolle, die Kinder seien in seiner Obhut besser aufgehoben, sei dies daher unbehelflich.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen werde ersichtlich, dass zur Zeit die Möglichkeiten der Beklagten, die Kinder persönlich zu betreuen, aufgrund ihrer aktuellen Erwerbstätigkeit eingeschränkt seien. Es gäbe indes keinerlei Hinweise, dass das Kindeswohl unter der Obhut der Beklagten unmittelbar gefährdet wäre. Das Gutachten habe die Gewaltvorwürfe nicht im Geringsten im ursprünglich vorgebrachten Ausmass bestätigt. Auch enthalte das Gutachten keinerlei Hinweise, dass bei der Beklagten das Kindeswohl unmittelbar gefährdet wäre. Das Gesuch des Klägers um vorsorgliche Obhutszuteilung sei daher abzuweisen (Urk. 2 E. 4.3 f.).

4.2. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt (vgl. Urk. 2 E. 4.4.), ist bei Obhutsfragen zu berücksichtigen, dass kurzfristige oder häufige Veränderungen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen vermögen. Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid zur Frage des Aufschubs der Vollstreckung eines die Obhut regelnden erstinstanzlichen Massnahmeentscheids Folgendes fest: Verbleibt das Kind gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid bei jenem Elternteil, der sich unmittelbar vor dem Eintritt der Umstände, die Anlass zum Massnahmeverfahren gegeben haben, hauptsächlich um das Kind gekümmert hat, ist von einer Umteilung der Obhut grundsätzlich abzusehen. Vorbehalten bleiben jedoch wichtige Gründe, namentlich wenn die bisherige Obhutszuteilung das Kindeswohl unmittelbar gefährdet, was von der Berufung erhebenden Partei darzutun ist, oder der Entscheid als solcher offensichtlich unhaltbar erscheint (BGE 138 III 565 E. 4.3.2.). Diese Grundsätze dürften auch Geltung beanspruchen, wenn über eine *vorsorgliche* Obhutsumteilung zu entscheiden ist, besteht doch andernfalls die Gefahr, dass das Kind mit Blick auf das noch laufende (Haupt-)Verfahren und die im Endentscheid zu beurteilende Obhutszuteilung (innert kurzer Zeit) erneut mit einem Obhutswechsel konfrontiert wäre. Dem Kriterium der Stabilität ist damit entscheidendes Gewicht zuzumessen.

4.3. Vorliegend ist kein wichtiger Grund ersichtlich, der eine vorsorgliche Obhutsumteilung zu rechtfertigen vermöchte:

a) Erziehungsfähigkeit der Beklagten

Der Kläger bringt vor, die Ausführungen der Beklagten in Bezug auf ihre künftige Funktion bei ihrem Arbeitgeber seien als nicht glaubhaft einzustufen, es sei davon auszugehen, dass sie auch in Zukunft die bisherige Position im F._____ Winterthur beibehalten und es somit zu keiner Besserung in Bezug auf ihre Arbeitszeiten kommen werde. Das Erziehungsgutachten komme zum Schluss, dass die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit der Beklagten aufgrund der sozialen Gegebenheiten massiv eingeschränkt sei. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte zur Geschäftsführerin des F._____ Winterthur befördert werden würde, würde sich in den nächsten 12 Monaten nichts an der derzeitigen Situation ändern (Urk. 1 Rz. 23 ff.). Entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 1 Rz. 24 ff.) erscheinen die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten indes zumindest als plausibel: Die Beklagte soll gemäss ihren Angaben die Leitung des Restaurants desjenigen F'._____ übernehmen, in dem sie aktuell tätig ist. In Bezug auf diesen Gastrobetrieb verfügt die Beklagte denn auch über Erfahrung, arbeitet sie doch bereits seit einiger Zeit dort. Der Einwand des Klägers, dass die Beklagte über keinerlei Ausbildung verfüge, insbesondere nicht im Gastrobereich, und ein Aufstieg der Beklagten von einer Hilfskraft direkt zur Geschäftsführerin des Hauptsitzes eines Unternehmens, das aus 19 F._____ und G._____ bestehe, nicht glaubhaft sei (Urk. 1 Rz. 24), geht daher ins Leere. Im Weiteren führte die Beklagte aus, dass ihr derzeitiger Vorgesetzter Inhaber von 18 weiteren Geschäften sei, wobei alles "familiär geregelt sei" und dessen Schwestern und Cousins aushelfen würden (vgl. Prot. I S. 54). Diesbezüglich stellt sich – wie der Kläger vorbringt (Urk. 1 Rz. 24) – zwar durchaus die Frage, weshalb der Vorgesetzte die Leitung des Restaurants des F'._____ nicht einem Familienmitglied übergeben will. Dies allein lässt die Angaben der Beklagten jedoch noch nicht insgesamt als unplausibel erscheinen, sind doch auch Gründe denkbar, die Leitung eines Restaurants – nicht jedoch die Inhaberschaft selbst – jemandem ausserhalb der Familie zu übergeben. Abgesehen davon helfen die Familienmitglieder (Schwestern und Cousinen) gemäss Angaben der Beklagten in den übrigen "Geschäften" lediglich

aus (vgl. Prot. I S. 54). Was die Arbeitszeiten betrifft, brachte die Beklagte zwar vor, dass ihr Vorgesetzter täglich von Montag bis Sonntag, 10:00 Uhr bis 19:00 Uhr, im Geschäft sei (Prot. I S. 54). Dies bedeutet – wovon der Kläger offenbar ausgeht (vgl. Urk. 1 Rz. 25) – jedoch nicht, dass die Beklagte zwangsläufig ebenfalls zu diesen Zeiten arbeiten müsste. Es ist nicht einsichtig, weshalb die Beklagte ihre Arbeitsstunden nicht anders einteilen können sollte, zumal das Restaurant offenbar bereits morgens öffnet (vgl. Urk. 63 S. 1 und Prot. I S. 51 ff.). Soweit der Kläger geltend macht, es dürfte auch nicht im Sinne des Chefs sein, die Beklagte zur Geschäftsführerin des Hauptsitzes zu befördern, damit diese mehr verdiene, jedoch weniger arbeite und zusätzlich noch eine neue Arbeitskraft einstellen müsste (Urk. 1 Rz. 26 mit Verweis auf Prot. I S. 53), ist festzuhalten, dass mit der Übernahme einer neuen Funktion, die auch mehr Verantwortung mit sich bringt, üblicherweise – jedoch nicht zwangsläufig – ein Mehrverdienst einhergeht. Der Vorgesetzte könnte sich hingegen bei einem Rückzug in einem grösseren zeitlichen Umfang um seine anderen 18 "Geschäfte" kümmern, was ihm durchaus auch in finanzieller Hinsicht Vorteile einbringen dürfte (Prot. I S. 54). Mit einem Rückzug des Vorgesetzten dürfte sodann das Einstellen einer zusätzlichen Hilfskraft unabdingbar sein, haben doch bereits jetzt offenbar mindestens zwei Personen (die Beklagte und ihr Vorgesetzter) im Restaurant gearbeitet und könnten die anfallenden Aufgaben wohl kaum von nur einer Person bewältigt werden. Insgesamt erscheint es daher plausibel, dass die Beklagte in sechs bis zwölf Monaten über genügend Kapazität verfügen dürfte, um die Kinder in der Freizeit mehrheitlich persönlich zu betreuen. Zuzustimmen ist dem Kläger zwar insofern, als im heutigen Zeitpunkt unklar ist, wie sich die wirtschaftliche Lage noch entwickeln wird und ob der Vorgesetzte seinen geplanten Rückzug aus dem Geschäft umsetzen wird oder nicht (vgl. Urk. 1 Rz. 27). Indes spricht gerade auch eine solche Unsicherheit in Bezug auf die berufliche Entwicklung der Beklagten gegen eine Umteilung der Obhut im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen, da in sechs bis zwölf Monaten eine gänzlich neue Gesamtsituation vorliegen dürfte, die eine neuerliche Beurteilung der Obhutszuteilung erforderlich machen könnte, sei es, dass die Beklagte die neue Funktion übernehmen kann, oder sei es, dass sie ihr Arbeitspensum reduziert oder sich beruflich gänzlich umorientiert. Die berufliche Situation der Beklagten und damit einhergehend die aktuelle Betreuungssituation

vermag damit im *heutigen* Zeitpunkt keinen wichtigen Grund darzustellen, der eine (sofortige) vorsorgliche Obhutsumteilung zu rechtfertigen vermöchte. An dieser Einschätzung ändern auch die vom Kläger im Weiteren in seiner Berufungsschrift zitierten Passagen des Gutachtens nichts (vgl. Urk. 1 Rz. 33). Soweit der Kläger schliesslich in Abrede stellt, dass die Beklagte seit ihrem Umzug nach Winterthur die Kinder morgens persönlich betreue, da dies nicht zum Bild passe, welches das Erziehungsfähigkeitsgutachten aufgrund der Erzählungen der Kinder liefere (Urk. 1 Rz. 22), kritisiert er den vorinstanzlichen Entscheid lediglich in allgemeiner Weise, ohne sich mit den diesbezüglichen schlüssigen Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 E. 4.2. S. 24) rechtsgenügend auseinanderzusetzen.

b) Vernachlässigung der Angelegenheiten der Kinder

Der Kläger macht in seiner Berufungsschrift geltend, entgegen der Vorinstanz zeige das Verhalten der Beklagten hinsichtlich der Suche nach einer neuen Therapieperson und bei der Organisation eines Hortplatzes sehr wohl, dass sich die Beklagte nicht um die Angelegenheiten der Kinder kümmere und stattdessen ihre persönliche Entwicklung priorisiere (Urk. 1 Rz. 10). Indes ist mit Bezug auf die während vier Monaten nicht stattgefundenen Therapiesitzungen der Kinder (Urk. 1 Rz. 10) mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es angesichts des Aufgabenkatalogs grundsätzlich der Beistandsperson oblegen hätte, sich um die Organisation eines Hort- sowie Therapieplatzes zu kümmern (vgl. Urk. 7/34 S. 34). Auch lässt der Umstand, dass sich die Beklagte nach ihrem Umzug nach Winterthur nicht bei der zuständigen Beistandsperson hinsichtlich der Therapiesitzungen erkundigt habe, selbst wenn diese Behauptung zutreffen sollte, nicht darauf schliessen, dass sie sich grundsätzlich nicht um die Angelegenheiten der Kinder kümmere. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Kläger – der die elterliche Sorge gemeinsam mit der Beklagten ausübt (vgl. auch Urk. 7/4/5/9 Disp. Ziff. 3./2a) – diesbezüglich nachgefragt hätte. Dass sich die Beklagte bereits vor ihrem Umzug erst auf Intervention des Beistandes hin bei der für die Sitzungen zuständigen Diplompsychologin gemeldet habe soll (Urk. 1 Rz. 10), vermag ebenfalls nicht zu belegen, dass die Beklagte sich grundsätzlich nicht um die Angelegenheiten der Kinder kümmere. Soweit der Kläger diesbezüglich weitere Hinweise im Gutachten erkennen will (siehe Urk. 1 Rz. 11), sind die dort zitierten

Feststellungen im Zusammenhang mit der Anstellung der Beklagten und der damit verbundenen eingeschränkten Betreuungsmöglichkeiten zu sehen. Diesbezüglich kann auf das unter littera a Ausgeführte verwiesen werden.

c) Wunsch der Kinder

Der Kläger moniert, es sei in Nachachtung des Bundesgerichtsentscheids BGer 5A_57/2014 vom 16. Mai 2015, E. 2.1., dem unzweideutigen und unbeeinflussten Kinderwillen Rechnung zu tragen. C._____ und D._____ hätten in unzähligen Kinderbriefen den Wunsch geäussert, beim Kläger wohnen zu wollen (Urk. 1 Rz. 15 ff.). Diesbezüglich ist jedoch zunächst festzuhalten, dass der mehrfach geäusserte Wunsch der Kinder, beim Kläger leben zu wollen, bereits in der Verfügung vom 23. Februar 2018 im Zusammenhang mit dem damaligen Gesuch des Klägers um Obhutsumteilung einlässlich behandelt wurde (siehe Urk. 7/34 E. 5.4.). Das Gutachten vom 26. September 2018 enthält diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse, die eine abweichende Sichtweise rechtfertigen würden. Vielmehr hält das Gutachten fest, dass D._____ seinen Loyalitätskonflikt derart gelöst habe, dass er sich eindeutig für den Vater entschieden habe. Bei ihm sehe er nur das Positive, bei der Beklagten nur das Negative. D._____ fühle sich von seinem Vater abgeschnitten und entwickle in der Folge Phantasien, wie der Kläger ihm all das bieten würde, was er sich wünsche, und vernachlässige ob dieser Träume die eigene Entwicklung. D._____ schätze die erzieherische Fähigkeit seiner Mutter als gering ein, wäre jedoch wahrscheinlich für sie zu gewinnen, wenn sie sich mit ihm abgeben würde (Urk. 7/55 S. 54). In Bezug auf C._____ hält das Gutachten fest, dass sie unter dem Loyalitätskonflikt leide und sich aufgrund innerer Unsicherheit und mangelnder Geborgenheit ihrem Bruder anschliesse (Urk. 7/55 S. 56). C._____ habe sich zeitweise der Kritik ihres Bruders angeschlossen, habe ebenfalls mehrfach den Wunsch geäussert, beim Kläger wohnen zu wollen, habe jedoch auch Mitleid mit der Beklagten und wolle sie nicht im Stich lassen (Urk. 7/55 S. 63). Gestützt auf diese Feststellungen ist damit auch zum heutigen Zeitpunkt nicht davon auszugehen, dass dem mehrfach geäusserten Wunsch der Kinder ein gefestigter und wohlüberlegter Entscheid zugrunde liegt, sondern dieser Wunsch vielmehr aus der aktuellen Situation und dem Loyalitätskonflikt, in welchem sich die Kinder befinden, entstanden ist (vgl. auch

Urk. 7/34 E. 5.4.). Insofern kann auch offenbleiben, ob der Kläger den von den Kindern geäusserten Wunsch, bei wem sie zukünftig leben wollen, initiiert hat oder nicht (vgl. Urk. 1 Rz. 17 und 19).

d) Gewalteinwirkungen

In Bezug auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu den Gewaltvorwürfen gegenüber der Beklagten und dem Grossvater mütterlicherseits bringt der Kläger vor, die "vorinstanzliche Sichtweise" sei "zu monieren". Die Vorinstanz scheine "diesen Umstand" sowie auch die weiteren Gegebenheiten (massive Einschränkung der Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit, emotionale und intellektuelle Unterversorgung der beiden Kinder, Desinteresse der betreuenden Grossmutter mütterlicherseits etc.) isoliert zu betrachten, ohne jedoch eine Würdigung der Gesamtumstände vorzunehmen. Die einzelnen Umstände vermöchten allenfalls alleine keine Obhutsumteilung zu rechtfertigen, eine Gesamtbetrachtung der Situation ergebe jedoch ein ganz anderes Bild. So sei im Gutachten nicht nur von Schlägen seitens des Grossvaters mütterlicherseits die Rede, sondern auch von Ohrfeigen seitens der Beklagten (Urk. 1 Rz. 14 f.). Dem ist insofern zu widersprechen, als dass sich die Vorinstanz mit den aktuellen Gegebenheiten einlässlich auseinandersetzte und in einer Gesamtwürdigung zu Recht zum Ergebnis gelangte, dass insgesamt keinerlei Hinweise auf eine unmittelbare Kindeswohlgefährdung vorlägen (vgl. Urk. 2 E. 4.5.; siehe auch nachfolgend Ziffer 4.4.).

4.4. Fazit

Nachdem der Kläger keinen wichtigen Grund, insbesondere keine *unmittelbare* Gefährdung des Kindeswohls, glaubhaft gemacht hat und sich auch den Akten keine objektiven Anhaltspunkte entnehmen lassen, die eine (sofortige) Obhutsumteilung dringlich erscheinen lassen, ist der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der beantragten Abänderung der Obhutsumteilung nicht zu beanstanden und damit zu bestätigen. Soweit der Kläger geltend macht, dass auch eine fehlende Erziehungsfähigkeit eine Kindeswohlgefährdung darstelle (vgl. Urk. 1 Rz. 32), ist darauf hinzuweisen, dass das Gutachten der Beklagten die Erziehungsfähigkeit nicht abspricht, sondern aufgrund der *aktuellen Situation* von einer massiven Einschränkung ausgeht. Dieser Umstand rechtfertigt – wie dargelegt – keine vorsorgliche Obhutsumteilung (vgl. insbesondere vorstehend Ziff. 3.3. lit. a). Wie die Ob-

hut *langfristig* mit Blick auf die berufliche Entwicklung der Beklagten und der damit einhergehenden zeitlichen Verfügbarkeit zuzuteilen sein wird, wird letztlich im Hauptverfahren zu prüfen sein.

Was die beantragte Aufhebung von Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids betrifft (vgl. Urk. 1 S. 2), so macht der Kläger keine Ausführungen zu einer allfälligen Abänderung für den Fall eines Unterliegens in Bezug auf die Obhutsfrage. Insofern bleibt es auch in Bezug auf diese Dispositivziffer beim vorinstanzlichen Entscheid.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen. Ausgangsgemäss ist sie dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren nicht zuzusprechen: Dem Kläger zufolge seines Unterliegens, der Beklagten mangels relevanten Aufwands.

5.2. Der Kläger hat im Berufungsverfahren ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von einstweilen Fr. 4'000.–, eventualiter ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2). Der anwaltlich vertretene Kläger unterlässt es jedoch darzulegen, inwiefern die Beklagte seiner Ansicht nach leistungsfähig sein soll. Er begnügt sich mit dem Hinweis, dass ihm die (aktuellen) finanziellen Verhältnisse der Beklagten unbekannt seien, weshalb vorsorglich ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gestellt werde (Urk. 1 Rz. 36). Indem er überhaupt keine Behauptungen hinsichtlich einer allfälligen Leistungsfähigkeit der Beklagten aufstellt, kommt er der ihm diesbezüglich zukommenden Mitwirkungspflicht indes nicht rechtsgenügend nach, sodass die Leistungsfähigkeit der Beklagten nicht beurteilt werden kann. Entsprechend ist das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen

Rechtspflege abzuweisen. Im Übrigen wäre das Gesuch angesichts der strengen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Obhutsumteilung infolge Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren (vgl. Art. 117 lit. b ZPO) ohnehin abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 7. Februar 2019 werden bestätigt.
2. Der Antrag des Klägers um Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Beilage einer Kopie von Urk. 8/1-2, Urk. 9/1-2 und Urk. 10/1-2, an die Beklagte zudem unter Beilage des Doppels von Urk. 1, 4 und 5/3-19, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Mai 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
am