

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY190023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

## Beschluss und Urteil vom 11. Dezember 2019

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 30. April 2019 (FP180027-C)**

**Rechtsbegehren der Klägerin:**

(Urk. 5/1 S. 2; Urk. 5/23 S. 2)

1. In Abänderung von Ziff. 2.3 der mit Scheidungsurteil genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung vom 25. September 2017, sei die hälftige Betreuung der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, durch den Beklagten sofort aufzuheben.
2. Es sei über den Beklagten ein Gutachten über dessen Gesundheitszustand, eventualiter über seine Erziehungsfähigkeit einzuholen.
3. In Abänderung von Ziff. 2.3 der mit Scheidungsurteil genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung vom 25. September 2017 sei dem Beklagten betreffend die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, ein begleitetes Besuchsrecht einzuräumen.
4. In Abänderung von Ziff. 3 und Ziff. 4.1 - Ziff. 4.9 der mit Scheidungsurteil genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung vom 25. September 2017 sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Kosten und die Erziehung der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten.

**Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 30. April 2019:**

(Urk. 5/51 S. 23 f. = Urk. 2 S. 23 f.)

1. Das Gesuch der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird hinsichtlich der Anträge Ziffer 3, 4 und 5 abgewiesen und hinsichtlich des Antrags Ziffer 2 gutgeheissen.
3. In Abänderung bzw. Ergänzung von Ziffer 2.2. der mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. September 2017 genehmigten Scheidungsvereinbarung, befindet sich der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, bis am 31. Juli 2019 beim Beklagten und die Kinder besuchen die Schule in E.\_\_\_\_\_.

Ab 1. August 2019 und für die weitere Dauer des Verfahrens befindet sich der zivilrechtliche Wohnsitz der beiden Kinder bei der Klägerin und sie besuchen die Schule in F. \_\_\_\_\_.

4. Der Klägerin wird unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Art. 292 Strafgesetzbuch (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.–) untersagt, die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006 und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, während des laufenden Schuljahres 2018/2019 an ihren jeweiligen Schulen in E.\_\_\_\_\_ abzumelden.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittelbelehrung.]

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 1B S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 2.2. der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung vom 25. September 2017 abzuändern und die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006 und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 seien unter die alleinige Obhut der Klägerin zu stellen.
2. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 2.2. der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung vom 25. September 2017 sei der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ bis 31. Juli 2019 an ihrem bisherigen Wohnsitz in E.\_\_\_\_\_ zu belassen, wo sie bis zum am 1. August 2019 erfolgenden Wohnsitz- und Schulwechsel in F.\_\_\_\_\_ noch die Schule besuchen.
3. In Gutheissung der Berufung sei Ziff. 2.3. der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung vom 25. September 2017 aufzuheben und es sei der persönliche Verkehr des Beklagten mit den Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zu regeln.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrsteuer zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 26 S. 2):

- "1. Die Anträge der Berufungsklägerin seien vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Prozessuales Gesuch:

"Es sei dem Berufungsbeklagten für das Verfahren vor der zweiten Instanz ebenfalls die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien heirateten am tt. Juni 2011. Sie haben die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 (Urk. 5/8/1 und Urk. 5/8/15). Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 25. September 2017 wurden die Parteien geschieden und die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen sowie unter die alternierende Obhut gestellt. Im Weiteren wurde die zwischen den Parteien geschlossene Konvention genehmigt (Urk. 5/8/55 S. 2 ff.). Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) hat erneut geheiratet und lebt mit ihrem Ehemann zusammen. Aus dieser Ehe ist ein weiteres Kind, G.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.2018), hervorgegangen (vgl. Prot. I S. 23).

2. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2018 machte die Klägerin eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 25. September 2017 anhängig (Urk. 5/1). Gleichzeitig stellte sie den Antrag um vorsorgliche Aufhebung der mit diesem Urteil angeordneten hälftigen Betreuung der beiden Kinder (Urk. 5/1 S. 2). An der Verhandlung vom 24. Januar 2019 stellte der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) seinerseits vorsorgliche Massnahmeanträge (Urk. 5/25 S. 1 f.). Am 30. Januar 2019 fand eine Anhörung der beiden gemeinsamen Kinder statt (Prot. I S. 33 ff.). Der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_ liess dem Gericht am 5. April 2019 einen handgeschriebenen Brief zukommen (Urk. 5/49). Im Übrigen kann betreffend den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 E. I.). Am 30. April 2019 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 51 = Urk. 2).

3. Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 20. Mai 2019 Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1B S. 2). Nachdem fraglich erschien, ob die Berufung rechtzeitig erhoben worden war, wurde der Klägerin mit Beschluss vom 4. Juni 2019 hierfür der Hauptbeweis auferlegt. Gleichzeitig wurden die Zeugeneinvernahmen von H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ beschlossen. Überdies wurde die Klägerin zur Leistung eines Vorschusses für die Beweiserhebung von Fr. 500.– sowie für die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'000.– verpflichtet (Urk. 8). Mit Eingabe vom 21. Juni 2019 stellte die Klägerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 9). Der einverlangte Kostenvorschuss für die Beweiserhebung von Fr. 500.– ging am 26. Juni 2019 ein (Urk. 12). Mit Verfügung vom 2. Juli 2019 wurde die Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten einstweilen abgenommen (Urk. 13 Disp. Ziff. 1). Am 15. August 2019 ersuchte die Vorinstanz darum, bei der Zeugeneinvernahme betreffend Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung auch Fragen betreffend die fristgerechte Einreichung der Klagebegründung im (vorinstanzlichen) Hauptverfahren zu stellen und das Protokoll hernach in Kopie der Vorinstanz zuzustellen (Urk. 18; siehe auch Urk. 17). Die Beweisverhandlung fand am 20. August 2019 statt (Urk. 16; Urk. 19-20; Prot. II S. 5 f.). Unterm 23. August 2019 wurde den Parteien sowie der Vorinstanz eine Kopie der Protokolle der Zeugeneinvernahmen zugestellt (Urk. 24/1-3). Mit Beschluss vom 4. September 2019 wurde vorgemerkt, dass die Berufung der Klägerin rechtzeitig erhoben worden war (Urk. 25 Disp. Ziff. 1). Die Kosten der Beweiserhebung von insgesamt Fr. 590.– wurden der Rechtsvertreterin der Klägerin auferlegt (Urk. 25 Disp. Ziff. 3).

Die Berufungsantwort des Beklagten datiert vom 19. September 2019 (Urk. 26; siehe auch Urk. 25 Disp. Ziff. 4). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 30. September 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 29). Diese liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

4. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-58). Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit entscheidrelevant eingegangen.

## II.

### 1. Allgemeines

1.1. Die Dispositivziffern 2 und 4 der Verfügung vom 30. April 2019 wurden nicht angefochten. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

1.2. 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; 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). Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

1.3. Was die Besonderheiten des summarischen Verfahrens sowie die vorliegend anwendbaren Prozessmaximen anbelangt, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. III.).

### 2. Vorsorgliche Abänderung der Obhutszuteilung

2.1. Nach Anhebung eines Verfahrens auf Abänderung des Scheidungsurteils unterliegt die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen, die sich nach den Bestimmungen betreffend Eheschutzmassnahmen richtet (Art. 284 Abs. 3 i.V.m.

Art. 276 Abs. 1 ZPO), restriktiven Voraussetzungen: Das Scheidungsurteil als abgeurteilte Sache kann im Rahmen von vorsorglichem Rechtsschutz nur abgeändert werden, wenn besondere Umstände dies dringend erfordern (BGer 5A\_274/2016 vom 26. August 2016, E. 4.1, zusammengefasst wiedergegeben in: ZKE 2016, S. 220 ff., S. 221; 5A\_641/2015 vom 3. März 2016, E. 4.1).

Für die vorsorgliche Abänderung der Obhut oder des persönlichen Verkehrs bedeutet dies, dass eine bereits im Scheidungsurteil getroffene Obhutsregelung nur dann nicht mehr angemessen erscheint und eine vorsorgliche Neuregelung bedingt, wenn das Wohl des Kindes eine andere Ordnung gebietet bzw. unter der geltenden Regelung als gefährdet erscheint (vgl. BGer 5P.323/2001 vom 13. November 2001, E. 2c; Urteil ZK1 18 53 der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 19. Dezember 2018, E. 3.4 mit Hinweis auf das vorgenannte Urteil des Bundesgerichts; vgl. auch *OGer ZH LY190004 vom 04.03.2019*, E. 3.2.2.).

2.2. Mit Bezug auf die von der Klägerin beantragte vorsorgliche Abänderung der bestehenden Betreuungsregelung erwog die Vorinstanz, die Klägerin zweifle an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten. Sie werfe ihm namentlich vor, dass er die festgelegten Betreuungszeiten bzw. Abmachungen nicht einhalte, in komatöse Schlafzustände ggf. infolge Substanzmissbrauchs verfalle, den Sohn in erniedrigender Weise beschimpfe und ein generelles Desinteresse gegenüber den Kinderbelangen zeige. Diese Vorwürfe würden allesamt vom Beklagten bestritten bzw. als einmalige Vorkommnisse erklärt.

Vorliegend bestünden keine rechtsgenügenden Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte – wie es die Klägerin vorbringe – nicht erziehungsfähig sein könnte bzw. eine akute, nachweisbare Kindswohlgefährdung vorliege. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens erscheine nicht notwendig. Eine solche Notwendigkeit ergebe sich auch nicht aus den Vorbringen der Klägerin. Auch seien keine Beweismittel eingereicht oder benannt worden, welche die von der Klägerin geäusserten Zweifel an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten bzw. eine allfällige psychische Störung von Krankheitswert untermauern würden. Aus dem Umstand, dass ein Elternteil – möglicherweise – eine Abmachung nicht einhalte, könne nicht

auf eine Einschränkung der Erziehungsfähigkeit geschlossen werden. Selbst die Kinder hätten sich an der Kinderanhörung dahingehend geäußert, dass die aktuelle Betreuungssituation zwar anstrengend sei, aber gut funktioniert habe. Es sei zu keinen Vorfällen gekommen und es gebe nichts Konkretes, was dem Beklagten vorgeschlagen werden könnte, um die Situation zu verbessern (mit Hinweis auf Prot. I S. 36 f.). Der Beklagte habe hingegen eingestanden, dass seine Tochter ihn einmal nicht habe aufwecken können, da er aufgrund einer Schmerzmedikation derart tief geschlafen habe. Indes habe er glaubhaft gemacht, dass es sich hierbei um einen einmaligen Vorfall gehandelt habe und er ansonsten die Aufsicht über die Kinder nicht in einem sie gefährdenden Masse vernachlässigt habe. Die übrigen Aussagen der Klägerin seien lediglich als bestrittene Parteibehauptungen zu taxieren. Sie sprächen nicht gegen die allgemeine Erziehungsfähigkeit des Beklagten, vermöchten die geäußerten Zweifel nicht glaubhaft zu machen und das Gericht nicht von einer Gefährdung des Kindeswohls zu überzeugen. Auch der handgeschriebene Brief von C.\_\_\_\_\_, wonach der Beklagte ihn am 1. April 2019 beim Mittagessen beleidigt habe und ihn – als C.\_\_\_\_\_ in sein Zimmer gegangen sei – an die Wand gedrängt und beschimpft habe, wobei sich solche Vorfälle bereits früher ereignet hätten, vermöge keine fundierten Zweifel an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten zu begründen. Zum einen sei fraglich, ob sich ein 13-jähriger Junge aus eigenem Antrieb beim Gericht melde, um über einen Streit mit seinem Vater zu berichten. Zum anderen stehe die Aussage, dass sich bereits in der Vergangenheit ähnliche Vorfälle ereignet hätten, im Widerspruch zu den Ausführungen an der Kinderanhörung. Vor diesem Hintergrund erscheine es vielmehr so, dass C.\_\_\_\_\_ instruiert worden sei, dieses Schreiben aufzusetzen. Schliesslich sei anzuführen, dass dieses Vorkommnis an sich ebenfalls nicht für eine Einschränkung der Erziehungsfähigkeit spreche. Nachdem keine nachweisbare Kindesgefährdung vorliege, sei keine Änderung der gemäss Scheidungsurteil festgelegten Betreuungsregelung angezeigt. Der Antrag auf Anordnung eines Gutachtens über die Erziehungsfähigkeit des Beklagten sei nicht indiziert und einstweilen abzuweisen (Urk. 2 E. V./2. ff.).

2.3. Die Klägerin wendet ein, entgegen der Vorinstanz liege ein kindswohlgefährdendes verändertes Verhalten des Beklagten vor. Der Beklagte falle immer

wieder in komatöse Zustände, in denen er von den Kindern nicht mehr geweckt werden könne. Dies sei auch tagsüber der Fall. Dass dies nur einmal passiert sei, treffe nicht zu, denn am 4. Februar 2019 hätten die Kinder ihn erneut nicht wecken können, nachdem er sich am Mittag – betrunken – zunächst übergeben und sich danach zum Schlafen hingelegt habe. Am 5. Februar 2019 habe der Beklagte sodann die an einer Bushaltestelle in der Kälte wartenden Kinder 15 Minuten zu spät abgeholt. Am 6. Februar 2019 habe der Beklagte die Kinder nicht mit dem Bus bis zur Schule begleitet, sondern sie unvermittelt am Flughafen alleine gelassen, während er mit einem anderen Bus nach Hause gefahren sei. D. \_\_\_\_\_ habe – auf sich alleine gestellt – in der Folge den Halteknopf nicht rechtzeitig gedrückt und sei an der Bushaltestelle ihrer Schule vorbeigefahren. Der Bus habe erst in J. \_\_\_\_\_ wieder angehalten, wo D. \_\_\_\_\_ dann ausgestiegen sei und die Klägerin angerufen habe. Diese habe D. \_\_\_\_\_ dann erklärt, wie sie wieder zurückfahren könne. D. \_\_\_\_\_ habe dann ganz alleine, verängstigt und gefährdet an der Bushaltestelle an einem ihr völlig fremden Ort warten müssen. Dies zeige klar, dass der Beklagte nicht in der Lage sei, die Bedürfnisse und Fähigkeiten von D. \_\_\_\_\_ einzuschätzen. Überdies zeige dieses Beispiel auf, dass der Beklagte unzuverlässig und wohl auch nicht erziehungsfähig sei. Am 24. Februar 2019 habe C. \_\_\_\_\_ wegen des Beklagten ohne seine Winterstiefel und teils ohne geeignete Bekleidung ins Skilager fahren müssen. Der Beklagte sei erst am Morgen der Abfahrt mit den Kleidern beim Bus in E. \_\_\_\_\_ erschienen, was für C. \_\_\_\_\_ äusserst unangenehm vor seinen Kameraden gewesen sei. Die Winterstiefel habe der Beklagte vergessen. Und schliesslich werfe der Beklagte D. \_\_\_\_\_ bei ihren Besuchen – ohne bestimmten Anlass – immer wieder Kuschhändchen zu, was D. \_\_\_\_\_ als befremdend empfinde (Urk. 1B Ziff. II./1.2.1. ff.).

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist mit diesen Vorfällen bzw. Verhaltensweisen des Beklagten keine Kindswohlgefährdung dargetan, die eine sofortige Obhutsumteilung dringlich erscheinen liessen: Ihre Behauptung betreffend die wiederholten komatösen Zustände des Beklagten – die von ihm mit Ausnahme eines Vorfalls bestritten werden – untermauerte die Klägerin durch keine objektiven Anhaltspunkte. Ohnehin ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern durch diese Zustände eine unmittelbare Kindswohlgefährdung bestanden hätte. Die Klägerin

führt hierzu jedenfalls nichts aus, und angesichts dessen, dass die Kinder 13- und 11-jährig sind, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie in einer solchen Situation hilflos wären. Vielmehr zeigt die Schilderung, dass D.\_\_\_\_\_ ihre Mutter anrief, als sie es verpasst hatte, rechtzeitig den Halteknopf des Busses zu drücken, dass auch sie als das Jüngere der beiden Kinder in der Lage ist, im Bedarfsfall Hilfe zu suchen. Des Weiteren kann von einem 11- sowie 13-jährigen Kind erwartet werden, dass es den Schulweg – auch mit dem Bus – alleine zurücklegen kann, zumal die Klägerin insbesondere nicht vorbringt, der Schulweg sei nur schwerlich zu bewältigen oder sogar gefährlich. Dass dies, als D.\_\_\_\_\_ die Strecke zur Schule erstmals und allenfalls ungenügend vorbereitet alleine mit dem Bus zurücklegte, noch nicht klappte, bedeutet nicht, dass ihr dies grundsätzlich nicht möglich wäre. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die eigenständige Zurücklegung des Schulweges mit dem Bus einzig daran scheiterte, dass der Halteknopf des Busses nicht korrekt gedrückt wurde. Es ist davon auszugehen, dass D.\_\_\_\_\_ inzwischen weiss, wie sie den Halteknopf korrekt drücken muss oder ihr dies jedenfalls gezeigt werden kann. Dass sich der Beklagte einmalig 15 Minuten verspätete und die Kinder in der Kälte warten mussten, ist ärgerlich, stellt aber ebenfalls noch keine relevante Gefährdung des Kindeswohls dar. Gleiches gilt in Bezug auf die weiteren Vorwürfe der Klägerin im Zusammenhang mit C.\_\_\_\_\_s Winterkleidern und Winterstiefeln. Die D.\_\_\_\_\_ vom Beklagten zugeworfenen Kuschhändchen können zwar befremdlich wirken und es wäre durchaus nachvollziehbar, wenn dieses Verhalten des Beklagten der 11-jährigen D.\_\_\_\_\_ nicht behagt, doch stellt auch dies nicht eine relevante Gefährdung des Kindeswohls dar.

2.4. Im Weiteren führt die Klägerin aus, am 1. April 2019 sei es gemäss den Erzählungen der Kinder zu einem einschneidenden Vorfall gekommen. C.\_\_\_\_\_ habe das Mittagessen nicht geschmeckt, woraufhin der Beklagte C.\_\_\_\_\_ plötzlich angeschrien, ihn erneut als "Tubel" bezeichnet und den sich in sein Zimmer zurückziehenden C.\_\_\_\_\_ an die Wand gedrängt habe, was diesen verängstigt habe. Ferner habe er ihn aufgefordert, er solle abhauen, nie wieder zu ihm [dem Beklagten] kommen und ihn [den Beklagten] vergessen. Daraufhin habe C.\_\_\_\_\_ fluchtartig – eine halbe Stunde bevor er sich auf den Weg zur Schule hätte ma-

chen müssen – die Wohnung des Beklagten verlassen und sich seither geweigert, den Beklagten zu besuchen (Urk. 1B Ziff. II./1.2.5.).

Die Parteien stimmen überein, dass es am 1. April 2019 beim Mittagessen zu Unstimmigkeiten zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ kam (so auch der Beklagte in Urk. 26 Rz. 14). Hinsichtlich des genauen Ablaufs wurden aber unterschiedliche Versionen vorgetragen (vgl. Urk. 1B Ziff. II./1.2.5.; Urk. 26 Rz. 13 ff.; Urk. 5/49). Was sich an diesem Mittag genau zugetragen hat, kann jedoch offenbleiben. Wäre von der Version der Klägerin auszugehen, würde es sich zwar um einen durchaus gravierenden Vorfall handeln, vermöchte dieser aber aufgrund seiner Einmaligkeit, noch keinen vorsorglichen Obhutsentzug zu rechtfertigen. Dass die beiden Kinder seit diesem Vorkommnis nicht mehr zum Beklagten gehen wollen und von diesem nicht mehr betreut wurden (Urk. 1B Ziff. II./1.3.; Urk. 26 Rz. 19), macht ebenfalls keine unmittelbare Kindeswohlgefährdung glaubhaft.

2.5. Schliesslich moniert die Klägerin, die Vorinstanz habe C.\_\_\_\_\_s Willen nicht berücksichtigt. C.\_\_\_\_\_ habe an der Kinderanhörung (mit Verweis auf Prot. I S. 34 ff.) sowie auch nach dem Vorfall vom 1. April 2019 ausdrücklich mitgeteilt, dass er bei der Klägerin wohnen und den Beklagten nur besuchen möchte (Urk. 1B Ziff. II./1.3. f.).

Diesbezüglich ist nochmals daran zu erinnern, dass eine vorsorgliche Obhutsumteilung im Rahmen eines Verfahrens auf Abänderung des Scheidungsurteils nur in Betracht kommt, wenn das Kindeswohl dies dringend gebietet. Aus der blossen Willensäusserung, bei der Klägerin wohnen zu wollen, geht nicht hervor, worauf der angebliche Wunsch gründet. Aus ihr kann daher nicht abgeleitet werden, dass das Wohl von C.\_\_\_\_\_ beim Beklagten unmittelbar gefährdet ist. Abgesehen davon führte C.\_\_\_\_\_ (wie auch D.\_\_\_\_\_) an der Kinderanhörung aus, dass die momentane Betreuung zwar anstrengend sei, aber bisher gut funktioniert habe. Es sei zu keinen Vorfällen gekommen (Prot. I S. 36). Die Klägerin macht geltend, dass es den Kindern schwer falle, Dritten von Vorkommnissen bei einem Elternteil zu erzählen bzw. dass es schwierig sei, Kindern diesbezüglich Informationen zu entlocken. Dies habe die Kinderanhörung gezeigt, an welcher die Kinder

keine Vorfälle genannt hätten (Urk. 1B Ziff. II./1.4.). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich beide Kinder an der Anhörung durchaus offen zur aktuellen Situation äusserten. Insbesondere C.\_\_\_\_\_ wies darauf hin, dass es beim Beklagten langweiliger, er abends – wenn es dunkel sei – meistens am Handy und der Fernseher beim Beklagten defekt sei. Auch konnte er offen äussern, dass er sich wohler und "sauberer" bei der Klägerin fühle und nicht sagen könne, was der Beklagte verbessern könnte (Prot. I S. 35 ff.). Es ist daher nicht einsichtig, weshalb sowohl C.\_\_\_\_\_ als auch D.\_\_\_\_\_ schwerwiegende und sie belastende (weitere) Vorkommnisse hätten verschweigen bzw. diesbezüglich sogar nicht wahrheitsgemäss aussagen sollen.

2.6. Nachdem die Klägerin keine *unmittelbare* Gefährdung des Kindeswohls glaubhaft zu machen vermochte und sich auch den Akten keine objektiven Anhaltspunkte entnehmen lassen, die eine sofortige Obhutsumteilung dringlich erscheinen liessen, ist der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der beantragten vorsorglichen Abänderung der Obhutzuteilung nicht zu beanstanden und damit zu bestätigen. Wie die Obhut *langfristig* – allenfalls nach Durchführung einer erneuten Kindsanhörung – zuzuteilen sein wird, wird im Hauptverfahren zu prüfen sein, wobei der geäusserte Wunsch des Kindes nur eines von mehreren Kriterien darstellt.

2.7. Unter diesen Umständen besteht auch keine Veranlassung, den persönlichen Verkehr zwischen dem Beklagten und den Kindern zu regeln (siehe hierzu Urk. 1B Ziff. II./3.).

### 3. Wohnsitz der Kinder

3.1. Die Klägerin beantragt, der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sei bis 31. Juli 2019 an ihrem [d.h. der Klägerin] bisherigen Wohnsitz in E.\_\_\_\_\_ zu belassen und nicht – wie die Vorinstanz es angeordnet habe – am Wohnsitz des Beklagten (siehe Ziffer 2 der Berufungsanträge; Urk. 2 Disp. Ziff. 3).

3.2. Der 31. Juli 2019 ist im heutigen Zeitpunkt bereits verstrichen. Überdies gehen die Kinder unbestrittenermassen bereits in F.\_\_\_\_\_ zur Schule. Das Rechts-

mittelverfahren gegen Dispositivziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 30. April 2019 ist daher gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben (Art. 242 ZPO; vgl. BK ZPO-Killias, Art. 242 N 1 und N 4; ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 3).

#### 4. Fazit

Nach dem Gesagten ist der angefochtene vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 ZPO).

### III.

#### 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 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.

1.2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren Kinderbelange. In (nicht vermögensrechtlichen) Kinderbelangen (Obhut, Besuchsrecht, Wohnsitz) sind die Kosten praxisgemäss den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn sie gute Gründe für ihre Rechtsstandpunkte hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Davon ist vorliegend auszugehen. Entsprechend sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die gegenseitigen Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wettzuschlagen.

#### 2. Unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Beide Parteien beantragten für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 9 S. 2 und Urk. 26 S. 2).

2.2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos

erscheint (Art. 117 ZPO). Ausserdem kann ihr eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt werden, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint, insbesondere wenn auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.3. In Bezug auf den Beklagten ist mit Blick auf seine dargelegten Einkommens- und Vermögensverhältnisse von einer offenkundigen Mittellosigkeit auszugehen (siehe Urk. 27/5-6). Sein Prozessstandpunkt kann nach den vorstehenden Erwägungen sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden und er war als nicht rechtskundige Partei im vorliegenden Verfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Entsprechend ist ihm für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

2.4. Auch die Klägerin ist – selbst unter Anpassung einzelner Bedarfspositionen – als mittellos im Sinne des Gesetzes anzusehen (siehe hierzu Urk. 9 S. 4 ff.; Urk. 11/1-8). Nachdem nicht von vornherein gesagt werden konnte, dass die Gewinnaussichten der Klägerin beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren, und die Klägerin ausserdem auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Interessen angewiesen war, ist auch ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Zu prüfen ist jedoch, auf welchen Zeitpunkt hin der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist.

Grundsätzlich wird die unentgeltliche Rechtspflege ab dem Zeitpunkt bewilligt, in welchem das Gesuch gestellt worden ist. Dabei können Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit einer gleichzeitig eingereichten Rechtsschrift entstanden sind, berücksichtigt werden (vgl. BGE 122 I 203 E. 2c; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 118 N 25). Nur in Ausnahmefällen kann die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend erteilt werden (Art. 119 Abs. 4 ZPO), wobei von dieser Möglichkeit nur äusserst restriktiv Gebrauch zu machen ist (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 12). Dies ist namentlich der Fall bei zeitlicher Dringlichkeit oder dann, wenn die nicht anwaltlich vertretene gesuchstellende Person ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht kannte, weil sie seitens des Gerichts über ihren

Anspruch nicht aufgeklärt wurde (BGE 122 I 203 E. 2d ff.; BSK ZPO-Rüegg, Art. 118 N 5 und Art. 119 N 5; ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 4).

Die Klägerin ersuchte vorliegend mit Eingabe vom 21. Juni 2019 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das gesamte Berufungsverfahren und damit rückwirkend per Einreichung der Berufung am 20. Mai 2019 (Urk. 9 S. 2, Urk. 1B S. 1). Die anwaltlich vertretene Klägerin führt jedoch nicht aus, weshalb ihr die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend zu bewilligen wäre. Nachdem dies auch nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, ist der Klägerin damit im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege erst ab dem 21. Juni 2019 zu bewilligen und es ist ihr Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ erst ab diesem Zeitpunkt als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 30. April 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Klägerin wird im Berufungsverfahren mit Wirkung per 21. Juni 2019 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, und die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 30. April 2019 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Dezember 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:  
sn