

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 21. Januar 2020

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 26. November 2019 (FE180115-L)**

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 26. November 2019:

1. C._____, geboren am tt.mm 2009, wird in Abänderung von Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 24. November 2014 ab dem 1. Februar 2020 und für die weitere Dauer des Verfahrens unter die alleinige Obhut des Klägers gestellt.
2. Ab dem 1. Februar 2020 und für die weitere Dauer des Verfahrens erfolgt in Abänderung resp. Aufhebung von Ziffer 6.3. lit. a) Abs. 1 alinea 1-5 und Ziffer 6.3 lit. b) des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 24. November 2014 die Betreuung durch die Beklagte wie folgt:
 - Jedes 2. Wochenende jeweils ab Freitagabend (18.00 Uhr oder Ende Schule/Hort) bis Montagmorgen (08.00 Uhr oder Beginn Schule/Hort), erstmals am Wochenende vom 14. bis 16. Februar 2020;
 - Am Mittwochnachmittag (12.00 Uhr oder Ende Schule/Hort) bis Donnerstagmorgen (08.00 Uhr oder Beginn Schule/Hort), wobei die Beklagte C._____ jeweils direkt von der Schule abholt und ihn dorthin zurück begleitet, erstmals am 19./20. Februar 2020;
 - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
 - in den Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr, und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr;
 - während 6 Wochen Ferien pro Jahr.
3. Dem Kläger wird die Weisung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB erteilt, die Schulanmeldung sowie die schulergänzende Betreuung im Hinblick auf die Obhutsumteilung und den damit verbundenen Zuzug von C._____ nach Zürich zu organisieren.
4. Die für C._____ errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB wird beibehalten und erweitert. Der Beiständin wird zusätzlich die Aufgabe übertragen, für die Einhaltung der dem Kläger auferlegten Weisung (Ziffer 3) besorgt zu sein.
5. Der Antrag der Beklagten, es sei ein psychologisch-psychiatrisches Gutachten zur Feststellung der Erziehungsfähigkeit der Beklagten einzuholen, wird abgewiesen.
6. Der Antrag des Klägers, wonach die Beklagte anzuweisen sei, den Schweizer und den Nicaraguanischen Pass von C._____ innert 3 Tagen dem Gericht zu übergeben, wird abgewiesen.
7. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Urteils werden im Endentscheid geregelt.
8. [Schriftliche Mitteilungen]
9. [Rechtmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

"1.

1.1

Es sei Ziff. 1 des Urteils vom 26. November 2019 aufzuheben.

1.2

Es sei der Berufungsklägerin die alleinige Obhut für den Sohn C._____, geboren am tt.mm 2009, zuzuteilen.

2.

2.1

Es sei Ziff. 2 des Urteils vom 26. November 2019 aufzuheben.

2.2

Es sei dem Berufungsbeklagten für berechtigt und verpflichtet zu erklären, den Sohn C._____ jedes 2. Wochenende jeweils ab Freitagabend (18.00 Uhr oder Ende Schule/Hort) bis Montagmorgen (08.00 Uhr oder Beginn Schule/Hort).

Am Mittwochnachmittag (12.00 Uhr oder Ende Schule/Hort) bis Donnerstagmorgen (08.00 Uhr oder Beginn Schule/Hort), wobei der Berufungsbeklagten C._____ jeweils direkt von der Schule abholt und sie ihn dorthin zurückbegleitet.

Jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr:

In den Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag 10.00 Uhr bis Ostermontag 19.00 Uhr, und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl am Pfingstsamstag 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag 19.00 Uhr.

Während 6 Wochen Ferien pro Jahr.

3.

Es sei Ziff. 3 des Urteils vom 26. November 2019 aufzuheben.

4.

Es sei Ziff. 4 des Urteils vom 26. November 2019 aufzuheben.

5.

Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es sei die unterzeichnende Rechtsanwältin als deren unentgeltliche Vertreterin einzusetzen."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen sich seit Februar 2018 vor dem Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren gegenüber und sind die

Eltern eines Sohnes (geboren am tt.mm 2009), welcher seit dem Eheschutz-Entscheid des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 24. November 2014 unter der alternierenden Obhut der Parteien stand. Am 7. Februar 2019 beantragte der Kläger und am 10. April 2019 die Beklagte je die alleinige Obhut für sich, je unter Einräumung eines gerichtsblichen Besuchsrechts für die Gegenpartei. Am 5. Juni 2019 stellte die Beiständin des Sohnes aufgrund von Gefährdungsmeldungen den Antrag, die Umteilung an den Kläger zu prüfen. Am 27. Juni 2019 fand die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt. In der Folge holte die Vorinstanz im Zusammenhang mit der fraglichen Obhutzuteilung einen Abklärungsbericht ein, welcher am 9. Oktober 2019 einging (Urk. 2 S. 3 f.). Mit Urteil vom 26. November 2019 erliess die Vorinstanz die eingangs aufgeführten vorsorglichen Massnahmen (Urk. 2 S. 19 f.).

b) Gegen dieses ihr am 3. Dezember 2019 zugestellte (Vi-Urk. 140/2) Urteil erhob die Beklagte am 13. Dezember 2019 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Eingabe vom 10. Januar 2020 zeigte die bisherige Rechtsvertreterin der Beklagten das Ende ihres Mandats und mit Eingabe vom 16. Januar 2020 der neue Rechtsvertreter die neue Mandatierung an (Urk. 8, Urk. 10). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden; im Ergebnis bedeutet dies, dass die

Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern es geht um die Überprüfung des vom Erstgericht getroffenen Entscheids aufgrund von konkret dagegen erhobenen Beanstandungen (vgl. dazu BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 142 III 413 E. 2.2.4; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36).

b) Mit der Berufung angefochten ist einzig die Obhutszuteilung an den Kläger (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 1; die übrigen formell angefochtenen Dispositiv-Ziffern sind aufgrund der Berufungsbegründung nicht davon unabhängig angefochten, vgl. unten Erw. 2.e). Die Vorinstanz erwog hierzu im Wesentlichen, der eingeholte Abklärungsbericht stelle fest, dass das Kindeswohl des Sohnes bei der Beklagten nur knapp genügend gewährleistet sei; die symbiotische Beziehung der Beklagten zum Sohn werde diesen in seiner weiteren Entwicklung zurückbinden und bei einem weiteren Verbleib bei der Beklagten sei die Gefahr gross, dass er weder sein kognitives Potential ausschöpfen noch eine altersentsprechende emotionale Ablösung vollziehen könne; nachdem insbesondere auch mittels der früher eingesetzten sozialpädagogischen Familienbetreuung keine nachhaltigen Fortschritte hätten erzielt werden können, sei ein Obhutswechsel zum Kläger vorzunehmen (Urk. 2 S. 9). Es bestehe keine Veranlassung, nicht auf diesen Abklärungsbericht abzustellen; dieser decke sich auch mit den Einschätzungen der involvierten Behörden. So habe auch die Schulpflege festgehalten, dass aus ihrer Sicht eine Kindeswohlgefährdung vorliege, weil die Verlässlichkeit und Elternmitwirkung bei der Beklagten nicht gegeben sei. Auch gemäss dem vom Sohn besuchten Tageshort habe sich die Gesamtsituation trotz Familienbegleitung eher verschlechtert; ein eventueller Wechsel zum Kläger könne eine Möglichkeit darstellen. Und auch die Beiständin des Sohnes habe ausgeführt, dass trotz vieler Bemühungen der Schule, des Horts und der Familienbegleitung keine Verbesserung erreicht worden sei; dies mangels Motivation und Fähigkeit der Beklagten zur Veränderung, welche nicht in der Lage sei, sich den Herausforderungen zu stellen (Urk. 2 S. 10). Dem Einwand der Beklagten, die Wohnsituation beim Kläger biete keine kindsgerechte Umgebung, widerspreche der Abklärungsbericht,

wonach der Sohn draussen spielen könne und es viele Kinder im Quartier habe. Der Kläger werde allerdings seine Wohnsituation so gestalten müssen, dass der Sohn ein eigenes Zimmer habe. Dem Einwand der Beklagten, dass seit Beginn der Abklärungen kaum mehr Schulabsenzen zu verzeichnen seien, sei entgegenzuhalten, dass der Abklärungsbericht zwar eine Verringerung der Fehltage bestätige, dabei aber von Schein-Kooperation der Beklagten spreche; an der Grundproblematik (mangelnde Mitwirkung und Verlässlichkeit der Beklagten) ändere dieser Rückgang jedenfalls nichts (Urk. 2 S. 10 f.). Der Einwand der Beklagten, der Abklärungsbericht stimme nicht mit der aktuellen familiären Situation überein, es seien lediglich Akten aus der Vergangenheit berücksichtigt worden, sei weder verständlich noch begründet. Den Sachverständigen hätten sämtliche Akten, auch die aktuellen, zur Verfügung gestanden und es sei nicht ersichtlich, dass diese nicht in die Erwägungen eingeflossen wären (Urk. 2 S. 12). Soweit die Beklagte geltend mache, auch der Sohn selbst bezeichne die bisherige Betreuungsregelung als für ihn ideal, sei dazu zu sagen, dass die Aussagen jüngerer Kinder für die Zuteilungsfrage nur einen beschränkten Wert hätten. Vorliegend sei aufgrund der gerichtlichen Anhörung am 28. Mai 2018 und des Einbezugs im Rahmen der Abklärungen augenscheinlich, dass sich der Sohn in einem gravierenden Loyalitätskonflikt befinde (Urk. 2 S. 13 f.). Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Beziehung des Sohnes zu beiden Elternteilen von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sei. Allerdings seien die erzieherischen Fähigkeiten des Klägers als eindeutig besser bzw. diejenigen der Beklagten als stark eingeschränkt zu beurteilen. Bei dieser hätten auch durch die angebotenen Hilfestellungen keine Verbesserungen erzielt werden können und seien entsprechende Massnahmen mangels Erfolgsaussichten und vor allem mangels Motivation der Beklagten abgebrochen worden. Das Gericht teile die Auffassung der Sachverständigen, dass der Sohn im jetzigen Setting weder sein Potential ausschöpfen noch eine altersentsprechende emotionale Ablösung vollziehen könne; damit bestehe eine Kindeswohlgefährdung. Dagegen bestehe beim Kläger ein kindgerechtes Umfeld bzw. könne ein solches geschaffen werden. Insgesamt erscheine es damit im Kindeswohl, den Sohn unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen (Urk. 2 S. 14 f.).

c) Die Beklagte macht in ihrer Berufung im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe auf den Abklärungsbericht abgestellt. Dieser stimme aber nicht mit der aktuellen familiären Situation überein; es seien lediglich die Akten aus der Vergangenheit berücksichtigt worden. Der Kläger habe keine kindsgerechte Umgebung; in der Zweieinhalbzimmerwohnung sei kein Platz vorhanden und der Sohn schlafe zusammen mit dem Kläger im gleichen Bett und dusche auch mit diesem zusammen. Sodann seien seit Beginn der Abklärungen kaum mehr Absenzen zu sehen, was die positive Verbesserung zeige. Dass im Abklärungsbericht stehe, dass eine enge symbiotische Beziehung sichtbar sei, die als Parentifizierung bezeichnet werden müsse, sei eigenartig; solche Vermutungen müssten durch eine Fachperson bzw. einen Psychiater abgeklärt werden. Entgegen der Auffassung des Abklärungsberichts würden vorliegend keine objektiven Anhaltspunkte bestehen, welche ihre Erziehungsfähigkeit ernsthaft in Frage stellen würden. Das kognitive Potential des Sohnes habe nichts mit ihr zu tun. Die Schulabsenzen seien aufgrund von Krankheit erfolgt, wie ihr im November 2018 empfohlen worden sei. Seit dem 12. Dezember 2019 besuche der Sohn einen Psychologen; bevor ein definitiver Entscheid vorliege, sei eine kinderpsychiatrische Abklärung nötig. Gemäss Protokoll der Kinderanhörung habe der Sohn lieber bei der Beklagten bleiben wollen; beim Kläger habe er keine Freunde, kein eigenes Zimmer und sei selten mit dem Kläger alleine. Die Zuweisung des Sohnes unter die Obhut der Beklagten werde folglich dem Kindeswohl eindeutig gerechter (Urk. 1 S. 3-5).

d) Die Berufungsschrift besteht praktisch ausschliesslich aus einer Darlegung der eigenen Sach- und Rechtsauffassung der Beklagten, ohne Bezug zu konkreten vorinstanzlichen Erwägungen. Dies genügt nicht. Dass im Abklärungsbericht (nur) Akten aus der Vergangenheit berücksichtigt worden seien und dieser nicht der aktuellen familiären Situation entspreche, hatte die Beklagte bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht; auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz geht sie nicht ein. Auch das Vorbringen der angeblich nicht kindsgerechten Umgebung beim Kläger hat die Vorinstanz verworfen; auch auf diese Erwägungen wird nicht eingegangen. Dass angebliche Vermutungen im Abklärungsbericht durch eine Fachperson bzw. einen Psychiater abgeklärt wer-

den müssten, geht ins Leere: Einerseits sind im Abklärungsbericht Fachpersonen zu Wort gekommen, und andererseits ist die vorinstanzliche Abweisung des Antrags der Beklagten, dass ein psychologisch-psychiatrisches Gutachten einzuholen sei (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 5) mit der Berufung nicht angefochten worden. Sodann bildet der eingeholte Abklärungsbericht entgegen dem entsprechenden Berufungsvorbringen einen im Summarverfahren durchaus genügenden objektiven Anhaltspunkt für die beeinträchtigte Erziehungsfähigkeit der Beklagten. Und schliesslich hat die Vorinstanz auch das Vorbringen, gemäss der Anhörung wolle der Sohn lieber bei der Beklagten leben, verworfen; auch zu diesen Erwägungen äusserst sich die Berufungsschrift nicht.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die gegen die Obhutszuteilung gerichtete Berufung als unbegründet. Bei den übrigen formell angefochtenen Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 ist aufgrund der Berufungsbegründung davon auszugehen, dass diese nur dann als angefochten zu gelten hätten, wenn die Berufung betreffend Obhutszuteilung mindestens teilweise gutgeheissen worden wäre (vgl. beso. Urk. 1 S. 5 vor Ziff. 2). Hinsichtlich dieser Dispositiv-Ziffern enthält die Berufungsschrift denn auch keine Begründung. Die Berufung ist demgemäss vollumfänglich abzuweisen.

3. a) Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Beklagte hat ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Berufungsantrag 5 und Urk. 10 S. 2). Ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege setzt allerdings – neben der Bedürftigkeit bzw. Mittellosigkeit – in jedem Fall voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen. Die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende

Erwägungen), weshalb die Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen sind.

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, dem Kläger mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren werden abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit dem nachstehenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 26. November 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3, 5/3-7 und 8–10,
 - die Beiständin D._____, Bildungsdirektion Kanton Zürich, kjz Pfäffikon, ...-strasse ..., Postfach ..., 8330 Pfäffikon ZH,

- die KESB des Bezirkes Pfäffikon und
 - die Vorinstanz,
- je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 in einem Verfahren 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, 21. Januar 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
am