

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY240008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Widmer

Urteil vom 15. Mai 2024

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. sc. nat. et lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung auf Klage (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Dielsdorf vom 2. Februar 2024; Proz. FE220101**

Massnahmebegehren:

des Berufungsklägers vom 24. Januar 2024 (act. 6/36 S. 2):

1. Es sei die Obhut über die Kinder C._____, geb. tt.mm 2012 und D._____, geb. tt.mm 2015, einstweilen zu 100% auf den Kläger zu übertragen und es seien die Besuchsrechte der Beklagten einstweilen zu sistieren.
2. Es sei ein Gutachten über die Beklagte erstellen zu lassen zur Klärung folgender Fragen:
 - a. Ist die Beklagte grundsätzlich erziehungsfähig?
 - b. Gibt es eine psychiatrische Diagnose betreffend die Beklagte?
 - c. Wie weit hängt die Erziehungsfähigkeit der Beklagten von ihrer jeweiligen psychischen Verfassung ab?
 - d. Durch was für Ursachen kann die psychische Verfassung der Beklagten und dadurch deren Erziehungsfähigkeit negativ beeinflusst werden?
 - e. Wie stabil ist die Beklagte psychisch?
3. Eventualiter sei jedenfalls das Besuchsrecht der Beklagten vom Mittwoch auf den Donnerstag aufzuheben, und es sei neu ein 14-tägiges Besuchsrecht, jeweils vom Freitagabend, 18:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, anzuordnen.

Die Feiertags- und Ferienbesuchsrechte seien wie bisher beizubehalten.

Bei der Durchführung der Besuchsrechte seien die Wünsche und Bedürfnisse der Kinder angemessen zu beachten, und diese seien nicht gegen den Willen der Kinder zu erzwingen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

der Berufungsbeklagten vom 24. Januar 2024 (act. 6/19 S. 2 f. i.V.m. act. 6/38 Rz. 7 f.; sinngemäss):

1. Die Anträge des Klägers seien abzuweisen.
2. Dispositiv Ziff. 4 des Beschlusses und Urteils vom 13. Juli 2023 des Obergerichts des Kantons Zürich im Verfahren LE220048 sei wie folgt abzuändern:

Die Beklagte sei zu berechtigten und zu verpflichten, die Kinder wie folgt zu betreuen:

- An jedem zweiten Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Montag Schulbeginn und jeden zweiten Mittwoch nach Schulschluss bis Donnerstag Schulbeginn. Dabei sei die Beklagte zu berechtigen und zu verpflichten, die Kinder direkt in der Schule abzuholen und direkt in die Schule zu bringen.
- In Jahren mit ungerader Jahreszahl über Ostern (Karfreitag bis Ostermontag), am 25. Dezember und über Silvester sowie
- In Jahren mit gerader Jahreszahlen über Pfingsten (Pfingst Samstag bis Pfingstmontag) sowie am 24. Dezember.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache seinen vorbehalten.

Die Schule E. _____ sei vom Gericht oder der Beiständin darüber zu informieren, dass die Beklagte die Kinder am Mittwoch und Freitag direkt von der Schule abholen kann.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Verfügung des Einzelgerichtes:

1. In Anpassung der Betreuungsregelung gemäss Dispositiv-Ziffer 1.4 des Urteils LE220048 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2023 wird die Beklagte berechtigt und verpflichtet, die Kinder C. _____, geb. tt.mm.2011, und D. _____, geb. tt.mm.2015, wie folgt zu betreuen:

- in geraden Kalenderwochen jeweils am Freitag ab Schulschluss bis Montag, Schulbeginn;
- in ungeraden Kalenderwochen jeweils am Mittwoch ab Schulschluss bis Donnerstag, Schulbeginn;
- in Jahren mit ungerader Jahreszahl über Ostern (Karfreitag bis Ostermontag), am 25. Dezember und über Silvester sowie
- in Jahren mit geraden Jahreszahlen über Pfingsten (Pfingst Samstag bis Pfingstmontag) sowie am 24. Dezember.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Die Beklagte wird verpflichtet, an ihren Betreuungstagen die Kinder jeweils am Mittwoch und am Freitag von der Schule abzuholen und sie am Donnerstagmorgen sowie Montagmorgen in die Schule zu bringen.

Das weitergehende Betreuungsrecht der Beklagten gemäss Dispositiv-Ziffer 1.4 des Urteils LE220048 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2023 wird einstweilen sistiert.

2. Den Parteien wird die Weisung erteilt, für ein Funktionieren der vorstehenden Betreuungsregelung besorgt zu sein. Insbesondere haben sie die Kinder jeweils auf die Betreuung beim anderen Elternteil vorzubereiten und diesbezüglich zu motivieren.
3. Die Aufgaben der mit Urteil EE200078-D des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 8. Dezember 2021 angeordneten Beistandschaft werden um die Unterstützung der Kindeseltern in schulischen Angelegenheiten wo nötig und angezeigt erweitert.
4. Die weitergehenden oder anderslautenden Massnahmebegehren der Parteien werden abgewiesen.
- 5./6. [Mitteilungssatz/Rechtsmittelbelehrung]
7. [Hinweis auf Nichtgeltung des Fristenstillstands]

Berufungsanträge:

(act. 2 S. 2 f.):

- A. Es seien die Ziffern 1, 2, 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben.
- B. An deren Stelle sei folgendes festzusetzen:
 1. Die gemeinsamen Kinder
 - a) C._____, geboren tt.mm.2011 und
 - b) D._____, geboren tt.mm.2015

seien bei gemeinsamer elterlicher Sorge unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen, und es seien die Besuchsrechte der Beklagten einstweilen zu sistieren.

2. Es sei ein Gutachten über die Beklagte erstellen zu lassen zur Klärung folgender Fragen:
 - a. Gibt es eine psychiatrische Diagnose betreffend die Beklagte?
 - b. Wie weit hängt die Erziehungsfähigkeit der Beklagten von ihrer jeweiligen psychischen Verfassung ab?
 - c. Durch was für Ursachen kann die psychische Verfassung der Beklagten und dadurch deren Erziehungsfähigkeit negativ beeinflusst werden?
 - d. Wie stabil ist die Beklagte psychisch?
3. Eventualiter sei jedenfalls das Besuchsrecht der Beklagten vom Mittwoch auf den Donnerstag aufzuheben, und es sei neu ein 14-tägiges Besuchsrecht, jeweils vom Freitagabend, 18:00 Uhr, anzuordnen.

Die Feiertags- und Ferienbesuchsrechte seien wie bisher beizubehalten.

Bei der Durchführung der Besuchsrechte seien die Wünsche und Bedürfnisse der Kinder angemessen zu beachten, und diese seien nicht gegen den Willen der Kinder zu erzwingen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder C._____, geb. am tt.mm.2012 und D._____, geb. am tt.mm.2015. Am 26. Oktober 2020 machte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) beim Bezirksgericht Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) ein Eheschutzverfahren hängig. Mit Urteil vom 8. Dezember 2021 stellte die Vorinstanz beide Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Berufungsbeklagten und legte das Besuchsrecht des Berufungsklägers fest (act. 6/4 Dispositiv-Ziff. 2, 4, 5). Für die Kinder wurde eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet

(act. 6/4 Dispositiv-Ziff. 6, 7) und der Berufungskläger wurde zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen zugunsten der Kinder und der Berufungsbeklagten verpflichtet (act. 6/4 Dispositiv-Ziff. 8, 9). Dagegen erhob der Berufungskläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. In seinem Beschluss und Urteil vom 13. Juli 2023 – soweit vorliegend interessierend – stellte das Obergericht die Kinder ab dem 1. August 2023 unter die alternierende Obhut der Parteien und legte den Betreuungsteil der Beklagten auf rund 33% fest (OGer ZH LE220048 vom 13. Juli 2023). Eine dagegen vom Berufungskläger erhobene Beschwerde ist vor Bundesgericht hängig.

2. Am 28. Juni 2022 machte der Berufungskläger das Scheidungsverfahren vor der Vorinstanz hängig (act. 6/1 – 5). Im Laufe des Verfahrens stellten beide Parteien (superprovisorische) Massnahmebegehren (Berufungskläger: act. 6/13 – 15, Berufungsbeklagte: act. 6/19 – 21). Die jeweiligen Anträge auf Erlass superprovisorischer Massnahmen wurden abgewiesen (act. 6/17, act. 6/22). Am 24. Januar 2024 fand die vorinstanzliche Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (vorinstanzliches Prot. S. 12 ff.). Am 2. Februar 2024 erging die oben wieder-gegebene Verfügung der Vorinstanz zu den vorsorglichen Massnahmen (act. 6/40 = act. 4/2 = act. 5 Aktenexemplar [nachfolgend act. 5]).

3.1. Gegen diese Verfügung erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 15. Februar 2024 (Postaufgabe gleichentags) Berufung beim Obergericht (act. 2). Mit Verfügung vom 4. März 2024 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 7). Der Kostenvorschuss ging am 7. März 2024 (Valutadatum) fristgerecht ein (act. 9). Am 21. März 2024 (Poststempel gleichentags [act. 10]) und am 12. April 2024 (Poststempel gleichentags [act. 11 f.]) reichte der Berufungskläger zwei Stellungnahmen ein.

3.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden – soweit entscheiderelevant – beigezogen (act. 6/1 – 41). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Insbesondere erübrigt sich die Einholung einer Berufungsantwort, da sich die Berufung als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagten ist ein Doppel der Berufungsschrift inkl. Beilagen (act. 2, 4) sowie der Stellungnahmen vom 21. März 2024 (act. 10) und vom 12. April 2024 inkl.

Beilagen (act. 11, 12) mit vorliegendem Entscheid zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die angefochtene Verfügung wurde dem Berufungskläger am 5. Februar 2024 zugestellt (act. 6/40). Indem dieser die Berufungsschrift am 15. Februar 2024 einreichte (Datum Poststempel), wurde die Rechtsmittelfrist gewahrt (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.1. Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). In der schriftlichen Begründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufung führende Partei muss sich dazu mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_291/2019 vom 20. August 2019 E. 3.2; 5A_573/2017 vom 19. Oktober 2017 E. 3.1). In der Rechtsmitteleingabe sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Die Berufung führende Partei hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat (OGer ZH LA210006 vom 12. November 2021 E. II.2). Es genügt nicht, bloss auf die Vorbringen vor der ersten Instanz zu verweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise zu kritisieren (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2). Dies gilt auch im Bereich des (eingeschränkten und uneingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 310 N 5 f. und Art. 311 N 36 ff., insbes. N 37 m.w.H.).

In Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten entscheidet das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO). Ob ein

Rechtsmittel ergriffen werden soll und in welchem Umfang, steht jedoch in der Disposition der Parteien, unabhängig davon, ob sie über das streitige Recht verfügen können oder nicht. Die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens setzt damit auch unter der *Offizialmaxime* voraus, dass eine Partei ein form- und fristgerechtes Rechtsschutzersuchen an die Rechtsmittelinstanz richtet (BGE 137 III 617 ff. E. 4.5). Die Berufung hat neben der Begründung auch Berufungsanträge zu enthalten. Bei diesen darf sich eine Berufung führende Partei nicht damit begnügen, einzig die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides oder die Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz zu beantragen. Sie hat auch einen Antrag in der Sache selbst zu stellen und grundsätzlich im Rechtsbegehren anzugeben, wie im Fall der Gutheissung der Berufung zu entscheiden wäre. Das folgt zwangsläufig aus der reformatorischen und nicht bloss kassatorischen Natur der Berufung (vgl. etwa OGer ZH LE110051 vom 10. November 2011; BGer 4D_61/2011 vom 26. Oktober 2011). Mindestens aber muss sich der Berufungsantrag aus der Begründung des Antrags oder aus dem angefochtenen Urteil ergeben (vgl. OGer ZH LC150004 vom 12. Mai 2015 E. II.2.1 mit Verweis auf OGer ZH RU120018 vom 12. Juni 2012 E. 3.2.1; IWO W. HUNGERBÜHLER/MANUEL BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 23; BGE 137 III 617 E. 4.2.2, BGE 134 III 235 E. 2 = Pra 97 [2008] Nr. 133).

2.2. Die Vorinstanz erwog, dass die Anpassung der im oberinstanzlichen Eheschutzentscheid getroffenen Regelung der Obhut und der Betreuung zu prüfen sei. Soweit der Berufungskläger ein altes Thema wieder aufrollen wolle (Begutachtung der Berufungsbeklagten [m.V.a. act. 6/13 Rz. 23]), werde auf seine Vorbringen nicht eingetreten (act. 5 E. 3.1.3.). Mit dieser Begründung des Nichteintretens setzt sich der anwaltlich vertretene Berufungskläger nicht auseinander (vgl. act. 2 Rz. 47 – 51 sowie teilweise act. 10, 11), weshalb punkto Erstellung eines Gutachtens auf die Berufung nicht einzutreten ist. Auch mit den vorinstanzlichen Ausführungen zur erteilten Weisung an die Parteien (act. 5 E. 3.3.6.), zur Erweiterung des Aufgabenkatalogs der Beiständin (act. 5 E. 3.3.5.) und zur Abweisung weitergehenden oder anderslautenden Massnahmebegehren (act. 5 E. 3.3.7. – 3.3.9.) setzt sich der Berufungskläger nicht auseinander. Er legt insbesondere

nicht dar, weshalb diese Massnahmen nicht notwendig seien. Diesbezüglich ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Untersteht das Verfahren allerdings wie hier der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), sind Noven auch im Berufungsverfahren unabhängig von den erwähnten Einschränkungen noch bis zur Urteilsberatung zulässig (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGer 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2; OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.1.2). Die vom Berufungskläger im vorliegenden Berufungsverfahren neu vorgebrachten Behauptungen und Beweismittel sind folglich zu berücksichtigen.

III.

1.1. Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung die rechtlichen Grundlagen und massgeblichen Kriterien für die Abänderung vorsorglicher bzw. eheschutzrechtlicher Massnahmen zutreffend dar (act. 5 E. 3.1.1.). Da diese Erwägungen vom Berufungskläger nicht in Frage gestellt werden, kann auf eine Wiederholung verzichtet und darauf verwiesen werden.

1.2. In der angefochtenen Verfügung erwog die Vorinstanz, dass der Berufungskläger einerseits im Wille der Kinder und andererseits in den vor Vorinstanz thematisierten Vorfällen vom 27. Oktober 2023, sowie vom 3. und 17. November 2023 eine wesentliche Veränderung erblicke. Sie verneinte, dass gestützt auf diese beiden Punkte eine wesentliche Veränderung eingetreten sei (act. 5 E. 3.2.9., E. 3.2.11.). Jedoch sei zu berücksichtigen, dass die im oberinstanzlichen Eheschutzentscheid festgelegte Betreuungsregelung bisher nicht umgesetzt werden konnte und es seit dem 1. August 2023 nie zu einer regelmässigen Betreuung der Kinder durch die Berufungsbeklagte gekommen sei. Dieser geringe und unregelmässige Kontakt der Kinder zur Berufungsbeklagten sei nicht vereinbar mit dem Kindeswohl, weshalb die Betreuungsregelung anzupassen sei (act. 5 E. 3.2.12., E. 3.3.).

Die vorinstanzlichen Erwägungen, weshalb eine wesentliche Veränderung gestützt auf die besagten Vorfälle zu verneinen, aufgrund der geringen und unregelmässigen Betreuung der Kinder durch die Berufungsbeklagte seit Erlass des oberinstanzlichen Eheschutzurteils jedoch zu bejahen sei, werden vom Berufungskläger nicht in Frage gestellt. Die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz (act. 5 E. 3.2.9. und 3.2.11.), auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann, vermögen denn auch inhaltlich zu überzeugen. In der Folge ist somit einzig zu prüfen, ob zu Recht eine wesentliche Veränderung gestützt auf den Kindswillen verneint wurde (vgl. E. III.1.3. unten), ob die in den Schreiben vom 21. März 2024 und 12. April 2024 geltend gemachten Tatsachenbehauptungen eine wesentliche Veränderung darstellen (vgl. E. III.1.4.) und ob die vorinstanzliche Anpassung der Betreuungsregelung korrekt ist (vgl. E. III.1.5.).

1.3.1. Punkto Willen der Kinder hielt die Vorinstanz einleitend fest, aus der Kindesanhörung vom 25. Januar 2023 am Obergericht ergebe sich, dass beide Kinder gerne beim Berufungskläger wohnen und mehr Zeit mit ihm verbringen möchten. Sie hätten jedoch auch den Wunsch geäussert, an den Wochenenden oder am Mittwochnachmittag Zeit mit der Berufungsbeklagten zu verbringen. Auch die Beiständin halte in ihrem Schreiben fest, dass zwischen den Kindern und beiden Elternteilen eine gute Beziehung bestehe (act. 5 E. 3.2.2.). Anhaltspunkte dafür, dass sich an diesem Willen der Kinder oder an der Beziehung der Kinder zu den Elternteilen etwas Wesentliches verändert habe, lägen nicht vor. Die Sprachnachrichten seien Ausfluss des Loyalitätskonflikts, für dessen Entwicklung oder Verstärkung Anzeichen erkennbar seien (act. 5 E. 3.2.3.). Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Kinder mitbekommen, dass beide Elternteile die vom Obergericht festgelegte Betreuungsregelung ablehnen – dies aufgrund des tiefgreifenden Konflikts und der Vehemenz, mit welcher die Parteien die Regelung ablehnen. Ferner würden beide Parteien die Kinder stark in die Betreuung einbeziehen und ihnen Entscheidungsrechte auferlegen. Die Kinder würden unmittelbar in den Konflikt miteinbezogen und müssten sich mit den gegenteiligen Positionen der Elternteile auseinandersetzen (act. 5 E. 3.2.4., E. 3.2.5.).

Dass ein solcher Loyalitätskonflikt die Aussagen von Kindern beeinflusse, sei gerichtsnotorisch (act. 5 E. 3.2.5.; detailliert wiedergegeben in E. III.1.3.3. unten) und sowohl die Sprachnachrichten, welche die Kinder beim Berufungskläger aufnehmen, als auch das Verhalten der Kinder am 3. November 2023 würde dazu passen (act. 5 E. 3.2.5., E. 3.2.6.). Auch würden die Sprachnachrichten selber Auffälligkeiten hinsichtlich Formulierung, Aufbau und Wortwahl aufweisen (act. 5 E. 3.2.7.). Ferner habe die in der Sprachnachricht kommunizierte ablehnende Haltung der Kinder nicht auf eigenen Erfahrungen mit der neuen Betreuungsregelung basieren können, da die Sprachnachrichten der Kinder bereits begonnen hatten, bevor die vom Obergericht festgelegte Betreuungsregelung überhaupt einmal umgesetzt wurde (act. 5 E. 3.2.9.).

Gestützt darauf zog die Vorinstanz den Schluss, die in Form der Sprachnachrichten oder gegenüber dem Kläger gemachten Aussagen der Kinder seien keine wesentliche Veränderung ihres Wunschs bzw. Willens, sondern Ausfluss des seit Erlass des Obergerichtsentscheids entstandenen oder verstärkten Loyalitätskonflikts (act. 5 E. 3.2.).

1.3.2. Dagegen bringt der Berufungskläger vor, die Erwägungen der Vorinstanz würden beweisen, dass diese die konkrete Sache entweder nicht verstehe oder zumindest nicht ernst nehme, die Wünsche und Interessen der Kinder nicht erkenne und die Unterstellungen gegen ihn unhinterfragt und ohne Begründung übernehme. Der Vorwurf der unterbewussten Beeinflussung habe von Personen, welche die Kinder noch nie gesehen hätten, zu unterbleiben (act. 2 Rz. 35). Dass die Sprachnachrichten der Kinder mehrheitlich mit seinen rechtlichen Begehren übereinstimmen, sei darauf zurückzuführen, dass er ihren Wunsch durchzusetzen versuche (act. 2 Rz. 36). Hinsichtlich der weiteren Begebenheiten, in denen sich gemäss der Vorinstanz der Loyalitätskonflikt widerspiegle bzw. in denen das Verhalten der Kinder den Ausflüssen eines Loyalitätskonflikts entspreche, führt der Berufungskläger was folgt ins Feld: Am Abend des 3. Novembers 2023 hätten die Kinder genau gewusst, wie sie sich zu verhalten hätten, um der Berufungsbeklagten keine Probleme zu bescheren. Das Verhalten der Kinder sei unhinterfragt als kindergerecht sowie "echt" und – anders als die Sprachnachrichten – nicht als

vom Loyalitätskonflikt gesteuert betrachtet worden (act. 2 Rz. 40). Zudem seien die Formulierungen der Sprachnachrichten völlig falsch interpretiert worden. Bei einem Telefonat an ihn müssten sich die Kinder nicht vorbereiten und nichts begründen, da sie wüssten, dass auf ihre Wünsche eingegangen werde. Bei den Sprachnachrichten an die Berufungsbeklagte müssten sich die Kinder dagegen vorab überlegen, wie sie dieser erklären könnten, dass sie nicht zu ihr kommen möchten. Die Erklärungen würden immer von den Kindern selbst stammen und primär für den Empfänger formuliert sein, was bei der Berufungsbeklagten schwieriger sei, als bei ihm (act. 2 Rz. 41 f.). Zu schlussfolgern, dass die erste ablehnende Sprachnachricht der Kinder gar nicht auf deren Erfahrungen beruhen können, sei weltfremd. Die Kinder hätten nämlich die Umstände bei der Berufungsbeklagten gekannt und damit bereits negative Erfahrungen gemacht (act. 2 Rz. 37 – 39).

1.3.3. Die vorinstanzlichen Erwägungen, weshalb sich seit dem oberinstanzlichen Eheschutzentscheid bei den Kindern ein Loyalitätskonflikt entwickelt bzw. verstärkt habe, werden vom Berufungskläger nicht in Frage gestellt (vgl. act. 5 E. 3.2.3. – 3.2.5.) und überzeugen. Auch unterlässt er es, sich mit den vorinstanzlichen Ausführungen, wie sich ein solcher Loyalitätskonflikt auf die Aussagen von Kindern auswirkt, und der diesbezüglich referenzierten Rechtsprechung (act. 5 E. 3.2.5. m.H.a. OGer ZH LY220034 vom 15. September 2022 E. 3.6.2), auseinanderzusetzen bzw. aufzuzeigen, inwiefern diese mangelhaft bzw. fehlerhaft seien. So führte die Vorinstanz mit Verweis auf einschlägige Rechtsprechung aus, dass Kinder, die sich in einem Loyalitätskonflikt befänden, dazu neigten, demjenigen Elternteil, bei dem sie sich gerade aufhielten, diejenigen Dinge zu sagen, von denen sie wissen oder spüren, dass sie diesem Elternteil wichtig seien. Entsprechend passe es, dass die Kinder in den Sprachnachrichten, die sie beim Berufungskläger aufnehmen, eine Betreuung durch die Berufungsbeklagte ablehnen würden, da dies dem Wunsch des Berufungsklägers entspreche. Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers wurde folglich nicht erwogen, die Kinder würden bloss sagen, was der Berufungskläger von ihnen verlangt bzw. hören will. Eine Instrumentalisierung oder bewusste Beeinflussung der Kinder durch den Be-

rufungskläger hat die Vorinstanz vielmehr ausdrücklich nicht bejaht (act. 5 E. 3.2.5.).

Punkto 3. November 2023 übersieht der Berufungskläger einerseits, dass das Verhalten der Kinder am Abend im Kontext des Tagesablaufs gewürdigt wurde: Die Vorinstanz stellte fest, dass die Kinder zuerst in einer Sprachnachricht sagten, sie möchten nicht zur Berufungsbeklagten gehen, C._____ bei der Abholung noch eine Ablehnungshaltung zeigte, die Polizeipatrouille am Abend bei der Berufungsbeklagten indes zufrieden wirkende und bastelnde Kinder vorfand. Die Vorinstanz schlussfolgerte daraus, dass, sobald die Kinder bei der Berufungsbeklagten waren, keine Ablehnungshaltung mehr feststellbar gewesen war. Andererseits verneinte die Vorinstanz Indizien für eine Inszenierung. Ein unhinterfragtes Betrachten des Verhaltens ist damit entgegen dem Berufungskläger zu verneinen.

Betreffend die Sprachnachrichten hat die Vorinstanz festgehalten, es handle sich nicht um Formulierungen, die bei einer freien, unbeeinflussten Willensäußerung von Kindern im entsprechenden Alter zu erwarten wären. Das trifft zu. Wie die Vorinstanz (a.a.O.) erwogen hat, besteht ein auffällig argumentativer Aufbau der Sprachnachrichten ("Erstens...", "Plus...") und eine aussergewöhnliche Wortwahl (mehrfache Verwendung des Wortes "akzeptieren", allerdings mit falscher Aussprache). Selbst wenn sich, wie es der Berufungskläger empfindet, die Kinder bei Nachrichten an die Berufungsbeklagte, anders als bei Nachrichten an ihn, gewissenhaft vorbereiten müssten, so wäre damit keineswegs erklärbar, weshalb die Kinder bei Nachrichten an die Berufungsbeklagte Fremdwörter gebrauchen, die sie falsch aussprechen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz festhielt, gestützt darauf entstehe der Eindruck, dass die Kinder sehr bewusst versuchten, die "richtigen" Sätze zu sagen. Es kann mit der Vorinstanz durchaus geschlossen werden, dass die Aussagen vom Loyalitätskonflikt geprägt sind und nicht den frei gebildeten Kindswillen widerspiegeln. Dass sich die Auswirkungen des Loyalitätskonflikts primär bei Sprachnachrichten zeigen, die beim Berufungskläger aufgenommen wurden, ist nicht ausschlaggebend. Der Berufungskläger übersieht ferner, dass bei den vorinstanzlichen Erwägungen unter E. 3.2.8. der Fokus auf den fehlenden Erfahrungen mit der oberinstanzlichen Betreuungsrege-

lung liegt. Folglich sind die vom Berufungskläger vorgebrachten Ereignisse bzw. geltend gemachten Erfahrungen (act. 2 Rz. 38 – 40, Rz. 43 – 45) nicht einschlägig, da auch damals die oberinstanzliche Betreuungsregelung nicht praktiziert wurde.

1.3.4. Die Vorinstanz hat damit zu Recht eine wesentliche Veränderung des Kindswillens verneint.

1.4.1. Mit Schreiben vom 21. März 2024 und vom 12. April 2024 wandte sich der Berufungskläger an die Rechtsmittelinstanz (act. 10 ff.). Er sei am 18. März 2023 überfallen worden: Jemand, der behauptet habe, es käme eine Postzustellung, habe ihm Pfefferspray ins Gesicht gesprüht, ihn niedergeschlagen und die Wohnung verwüstet. Bereits eine Woche davor sei in sein Keller eingebrochen und der Tresor gestohlen worden. Auch bei seinen Eltern sei eingebrochen worden. Die Berufungsbeklagte sitze derzeit in Untersuchungshaft. Er selber habe das Spital verlassen können, wohne mit den Kindern jedoch zurzeit nicht in der Wohnung. Dies bestätige, dass die Berufungsbeklagte oft unberechenbar agiere und ihre Emotionen nicht im Griff habe, was abzuklären sei. Er sei nicht mehr bereit, die Kinder der Berufungsbeklagten zu überlassen.

1.4.2. Sofern der Berufungskläger mit diesen Ausführungen um Begutachtung der Berufungsbeklagten ersuchen wollte, ist darauf nicht einzutreten (vgl. E. II. 2.2. oben). Im Falle, dass der Berufungskläger geltend machen wollte, aufgrund der behaupteten Vorkommnisse sei die Obhuts- und Betreuungsregelung anzupassen, ist ihm nicht zu folgen: Im eingereichten Schreiben wird der Berufungskläger über seine Rechte in einer u.a. gegen die Berufungsbeklagten wegen Raub etc., begangen am 4. März 2024 bis 15. März 2024, geführten Strafuntersuchung informiert (act. 12/1). Ein Bezug zum geltend gemachten Ereignis vom 18. März 2024 besteht nicht. Ferner ist weder aus dem geltend gemachten Vorfall vom 18. März 2024 – für welchen notabene die Urheberschaft resp. der Bezug zur Berufungsbeklagten offen ist – noch aus der offenbar laufenden Strafuntersuchung gegen die Berufungsbeklagte auf eine Gefährdung des Kindeswohls zu schliessen. Anders wäre es etwa, wenn die Berufungsbeklagte für längere Zeit in Untersuchungshaft sässe und so faktisch eine Kinderbetreuung durch sie unmöglich wäre. Solcherlei

macht der Berufungskläger indes nicht geltend. Eine wesentliche Veränderung, aufgrund welcher die Betreuung durch die Berufungsbeklagte anzupassen wäre, ist demnach zu verneinen. Auch insofern ist die Berufung abzuweisen.

1.5.1. Es bleibt die vorinstanzliche Anpassung der Betreuung durch die Berufungsbeklagte zu überprüfen. Mit der Anpassung bezweckte die Vorinstanz eine regelmässige Umsetzung der Betreuungsregelung sowie eine Reduktion des Konfliktpotentials (act. 5 E. 3.3.1.). Im Rahmen eines schrittweisen Wiederaufbaus der Betreuung durch die Berufungsbeklagte und dies auch unter der Woche, sei im Zwei-Wochen-Rhythmus eine Betreuung von Mittwoch auf Donnerstag einzubeziehen (act. 5 E. 3.3.2.). Die vom Obergericht gewählte Hol-und-Bring-Regelung habe sich nicht bewährt, sondern stelle einen grossen Konfliktpunkt dar. Da sich die Beklagte bereit erklärt habe, das Holen der Kinder zu übernehmen und dadurch einerseits Diskussionen verhindert und andererseits Begegnungen sowie Konfliktpotential zwischen den Parteien reduziert werden könnten, werde die Berufungsbeklagte verpflichtet, die Kinder von der Schule abzuholen bzw. in die Schule zu bringen (act. 5 E. 3.3.4.).

1.5.2. Gegen eine Betreuung der Kinder durch die Berufungsbeklagte von Mittwoch bis Donnerstag bringt der Berufungskläger vor, die Kinder sollten – auch nach ihrer Auffassung – von ihm aus zur Schule gehen, damit sie mit ihm lernen könnten (act. 2 Rz. 52, Rz. 59, Rz. 61). Das Abholen per Schulschluss sei unsinnig, wenn die Schule nicht gleichzeitig für die Kinder ende, was zurzeit am Mittwoch und Freitag der Fall sei (m.V.a. act. 4/12, 4/13 [act. 2 Rz. 53]). Auch könnte eine entsprechende Regelung sich mit potentiellen Hobbies überschneiden (act. 2 Rz. 54, Rz. 61) und in F._____ seien die Kinder, im Gegensatz zu E._____, nicht vernetzt (act. 2 Rz. 61, Rz. 62). Die Alltagsstruktur solle möglichst einfach gehalten werden (act. 2 Rz. 64). Punkto Übergabe macht der Berufungskläger geltend, die Übergabe von einem Elternteil an den anderen sei schon oft und an sich problemlos gemacht worden (act. 2 Rz. 56). Bei einer Übergabe bei der Schule wären die Kinder der Berufungsbeklagten schutzlos ausgeliefert und Letztere könnte ihr Besuchsrecht erzwingen (act. 2 Rz. 57, Rz. 60). Die Kinder seien deshalb bei

ihm zu Hause am Abend zu übergeben (act. 2 Rz. 55, Rz. 59 f.), wobei die Wünsche der Kinder zu beachten seien (act. 2 Rz. 65).

1.5.3. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Betreuung durch die Beklagte unter der Woche wieder aufzubauen ist, was auch dem von den Kindern anlässlich der Anhörung geäußerten Wunsch entspricht, am Mittwochnachmittag Zeit mit der Berufungsbeklagten verbringen zu können (vgl. E. III.1.3.1. oben). Dies überwiegt gegenüber den vom Berufungskläger geltend gemachten Argumenten. Die Betreuung der Kinder durch die Berufungsbeklagte in ungeraden Kalenderwochen am Mittwoch ab Schulschluss bis Donnerstag, Schulbeginn, ist zu bestätigen. Die angerufene Rechtsmittelinstanz geht unter Verweis auf die einschlägigen Aktenstellen (act. 6/13 Rz. 11; act. 6/19 Rz. 31, Rz. 36; erstinstanzliches Prot. S 16 f., S. 36 f.) mit der Vorinstanz einher, dass die oberinstanzliche Hol-und-Bring-Regelung nicht funktioniert hat und einen Konfliktpunkt darstellt. Das Abholen von der Schule bzw. das Bringen zur Schule ist deshalb zu bestätigen. Da die Kinder noch jung sind und der Paarkonflikt, der auch auf die Elternebene übergreift, zwischen den Parteien sehr intensiv ist, ist die Entscheidung über die Betreuungsregelung nicht den Kindern aufzubinden. Die vorinstanzliche Abänderung der Betreuung ist zu bestätigen.

1.6. Zusammenfassend sind damit die Anträge des Berufungsklägers zur elterlichen Sorge sowie der Obhuts- resp. Besuchsregelung (Anträge B.1 sowie B.3) abzuweisen.

2. Zu prüfen bleibt der prozessuale Antrag auf eine (erneute) Kindesanhörung (act. 2 S. 3).

2.1. Auch für die Kindesanhörung wurden die rechtlichen Grundlagen und massgeblichen Kriterien von der Vorinstanz zutreffend dargelegt (act. 5 E. 2.1.). Da diese Erwägungen vom Berufungskläger nicht in Frage gestellt werden, kann auf eine Wiederholung verzichtet und darauf verwiesen werden.

2.2. Die Vorinstanz hielt fest, dass die beiden Söhne im Scheidungsverfahren selbst zwar noch nicht angehört wurden. Faktisch entsprechen das aktuelle Verfah-

ren, in dem im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen über die Anpassung der im oberinstanzlichen Eheschutzentscheid getroffenen Obhut- und Betreuungsregelung zu entscheiden sei, aber einer Fortsetzung des Eheschutzverfahrens. Im Eheschutzverfahren sei C._____ zweimal (am 9. Dezember 2020 durch die erste Instanz sowie am 25. Januar 2023 durch das Obergericht) und D._____ einmal (am 25. Januar 2023 durch das Obergericht) angehört worden. Die ersuchte Anhörung würde die dritte Anhörung innert drei Jahren darstellen. Auch eine Stellungnahme der Beiständin vom 1. Februar 2023 liege bei den Akten (act. 5 E. 2.2.). Die Anhörung würde zu einer hohen Belastung für die Kinder, jedoch zu keinem nennenswerten Erkenntnismehrwert führen (act. 5 E. 2.3.). Da sich die Kinder in einem Loyalitätskonflikt befinden würden, hätte die Kindesanhörung in der vorliegenden Konstellation überdies überhaupt keinen Erkenntniswert (act. 5 E. 2.4.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass aktuell von einer Anhörung der beiden Kinder abzusehen sei (act. 5 E. 2.5.).

2.3. Dagegen bringt der Berufungskläger vor, das Bestehen eines Loyalitätskonflikts könnte nicht von Personen eruiert werden, welche die Kinder noch nie gesehen hätten (act. 2 Rz. 35) und eine Kindesanhörung führe nur dann zu Stress, wenn sie nicht richtig durchgeführt werde (act. 2 Rz. 46). Vorliegend könnten die nötigen Erkenntnisse nur durch eine Anhörung gewonnen werden (act. 2 Rz. 45).

2.4. Die vom Berufungskläger vorgebrachten Rügen vermögen nicht zu überzeugen. Mit der vorinstanzlichen Begründung, weshalb die Anhörung zu einer hohen Belastung für die Kinder führen würde (die Kindseltern seien sehr auf die Aussagen der Kinder fokussiert, würden die Kinder zu Meinungsäusserungen bzw. Entscheidungen auffordern und möchten die in den Anhörungen gemachten Aussagen mit ihnen ausdiskutieren [act. 5 E. 2.3.]), setzt sich der Berufungskläger in der Rechtsmitteleingabe nicht auseinander. Sein pauschales Vorbringen, Stress entstehe bei einer Kindesanhörung nur bei deren falschen Handhabung, trifft offenkundig nicht zu und verkennt die Situation, in welcher sich die Kinder in dieser Konstellation befinden. Wie dargelegt (vgl. E. 1.3.3. oben), stellte die Vorinstanz korrekterweise einen Loyalitätskonflikt fest. Da – wie von der Vorinstanz zu Recht hervorgehoben – bei Vorliegen eines starken Loyalitätskonflikts die gemachten

Aussagen insoweit nicht dem unbeeinflussten Willen eines Kinds entsprechen können (act. 5 E. 2.4.), ist mit der Vorinstanz einherzugehen, dass die Aussagen einer erneuten Anhörung innert kurzer Zeit keinen nennenswerten Erkenntniswert hätten. Auch in antizipierter Beweiswürdigung kann deshalb auf eine Anhörung verzichtet werden. Unter Berücksichtigung, dass es sich beim vorliegenden vorsorglichen Verfahren faktisch um eine Fortsetzung des Eheschutzverfahrens handelt, in dem beide Kinder bereits angehört wurden (letztmals vor weniger als einhalb Jahren), verneinte die Vorinstanz die Durchführung einer erneuten Kindesanhörung zu Recht.

IV.

1. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Berufungskläger unterliegt mit seiner Berufung und wird ausgangsgemäss kostenpflichtig.
2. Die Gerichtsgebühr für das Rechtsmittelverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV auf Fr. 2'500.– festzusetzen und dem Berufungskläger aufzuerlegen. Sie ist mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.
3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Berufungskläger nicht, weil er mit seiner Berufung unterliegt, und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt. Sie wird mit dem von ihm geleisteten Vorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:

- die Parteien (an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, 4, 10, 11 und 12) gegen Empfangsschein
- die Beiständin gegen Empfangsschein
- die KESB Bezirk Dielsdorf gegen Empfangsschein
- an das Bezirksgericht Dielsdorf gegen Empfangsschein
- das Schweizerische Bundesgericht in die Akten des Verfahrens 5A_600/2023 mit A-Post.

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:

MLaw C. Widmer

versandt am: