

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ220022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

## Urteil vom 22. Februar 2023

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

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

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

sowie

1. **C.**\_\_\_\_\_,

2. **D.**\_\_\_\_\_,

3. **E.**\_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

1, 2, 3 vertreten durch Z.\_\_\_\_\_,

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 20. Mai 2022  
(FK200051-L)**

### **Rechtsbegehren:**

des Beklagten (Urk. 90 S. 1 f.):

- "1. C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seien durch das Gericht wieder für die gebundene Mittagsbetreuung der Tagesschule F.\_\_\_\_\_ anzumelden.
2. Eventualiter, sei der Klägerin zu befehlen, die Kinder C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ unverzüglich wieder für die gebundene Mittagsbetreuung der Tagesschule F.\_\_\_\_\_ anzumelden und ihr die Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Unterlassung anzudrohen.
3. Subeventualiter, sei die elterliche Sorge der Klägerin betreffend Fragen der Schule und der Fremdbetreuung der Kinder dahingehend zu beschränken, dass der Beklagte inskünftig alleine über diese entscheiden kann.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Klägerin."

### **Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich im summarischen Verfahren vom 20. Mai 2022**

(Urk. 93 S. 125 = Urk. 99 S. 125)

1. Das Begehren des Beklagten um vorsorgliche Massnahmen vom 5. April 2022 wird abgewiesen.
2. (Mitteilungssatz)
3. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage)

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 98 S. 2; Urk. 113 S. 2):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung – Einzelgericht, vom 20. Mai 2022 (FK200051-L), sei aufzuheben und C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seien durch das Gericht wieder für die gebundene Mittagsbetreuung der Tagesschule F.\_\_\_\_\_ *während der ganzen Schulwochen* anzumelden. Eventualiter sei der Klägerin zu befehlen, die Kinder C.\_\_\_\_\_, Ada und E.\_\_\_\_\_ unverzüglich wieder für die gebundene Mittagsbetreuung der Tagesschule, *soweit sie in die Zeit Mittwoch bis Freitag fällt*, anzumelden und ihr die Bestrafung nach Art. 292 StGB im Falle der Unterlassung anzudrohen.
2. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung – Einzelgericht, vom 20. Mai 2022 (FK200051-L), mit welcher

das Begehren des Beklagten um vorsorgliche Massnahmen vom 5. April 2022 abgewiesen wurde, aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung des Begehrens um vorsorgliche Massnahmen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 108 S. 2; Urk. 118 S. 2):

- "1. Es seien sämtliche Anträge des Beklagten abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Der Berufungskläger und Beklagte (fortan Beklagter) und die Berufungsbeklagte und Klägerin (fortan Klägerin) sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014, D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_, beide geboren am tt.mm.2017. Die Kinder werden seit der Trennung der Eltern im Mai 2019 von diesen hälftig betreut, wobei der Beklagte die Betreuung von Montagmorgen Schulbeginn bis Mittwochmittag, 12.00 Uhr, und die Klägerin die Betreuung von Mittwochmittag, 12.00 Uhr, bis Freitagabend übernimmt. An den Wochenenden und in den Ferien werden die Kinder von den Eltern abwechselnd betreut (Urk. 98 Rz. 5 f.; Urk. 108 Rz. 5). Mit der definitiven Einführung des Projekts "Tagesschule 2025" in der Stadt Zürich ab dem Jahr 2023 (Pilotphase bis 2022) ist vorgesehen, dass schulpflichtige Kinder an sämtlichen Tagen, an welchen sie sowohl vormittags als auch nachmittags den Schulunterricht oder den Kindergarten besuchen, über Mittag in der Schule betreut werden (sog. gebundene Mittagsbetreuung). Dies betrifft bei C.\_\_\_\_ Montag, Donnerstag und Freitag und bei D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ Montag und Freitag. Es gilt das Abmeldeprinzip und es ist grundsätzlich nicht möglich, sich von einzelnen gebundenen Mittagen abzumelden (Urk. 98 Rz. 12; Urk. 108 Rz. 7, Rz. 10). Nebst der gebundenen Mittagsbetreuung bestehen sogenannte ungebundene Betreuungsangebote, die eine Anmeldung an einzelnen Tagen erlauben, sich (mit Ausnahme der Preisstruktur) nicht von der gebundenen Mittagsbetreuung unterscheiden und am selben Ort durchgeführt wer-

den (Urk. 108 Rz. 8; Urk. 113 Rz. 12). Die Klägerin meldete die Kinder am 29. März 2022 ohne Einverständnis des Beklagten von der gebundenen Mittagsbetreuung ab August 2022 ab (Urk. 91/6; Urk. 98 Rz. 14 f.; Urk. 108 Rz. 12).

2. Am 20. Mai 2020 machte die Klägerin bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Aufenthaltsbestimmungsrecht, Obhut, Besuchsrecht und Unterhalt anhängig und beantragte unter anderem, dass ihr die alleinige Obhut zuzuteilen und ihr zu gestatten sei, den Aufenthaltsort der Kinder nach G. \_\_\_\_\_ (TI) zu verlegen (Urk. 1; Urk. 29; Urk. 38). Im Rahmen dieses Verfahrens stellte der Beklagte das eingangs wiedergegebene Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (Urk. 90). Für den vollständigen Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf das Urteil und die eingangs wiedergegebene Verfügung vom 20. Mai 2022 zu verweisen, womit die Vorinstanz ihr Verfahren erledigte. Unter anderem wurden die Kinder unter die alleinige Obhut der Klägerin gestellt und ihr erlaubt, den Aufenthaltsort der Kinder ins Tessin zu verlegen. Das Begehren des Beklagten um vorsorgliche Massnahmen wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Mai 2022 ab (Urk. 93 S. 125 f. = Urk. 99 S. 125 f.).

3. Gegen die Verfügung vom 20. Mai 2022 erhob der Beklagte mit Eingabe vom 13. Juni 2022 fristgerecht (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 95) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 98). Mit Verfügung vom 23. Juni 2022 wurde er aufgefordert, einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– zu leisten, welcher fristgerecht einging (Urk. 103 f.). Daraufhin wurde die Klägerin mit Verfügung vom 13. Juli 2022 aufgefordert, die Berufung zu beantworten (Urk. 106). Die Berufungsantwortschrift ging fristgerecht ein (Urk. 108) und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 17. August 2022 zur Stellungnahme und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 111). Die Stellungnahme des Beklagten ging ebenfalls fristgerecht ein (Urk. 113) und wurde der Klägerin und den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 12. September 2022 zugestellt, wobei der Klägerin Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde (Urk. 116). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 eine weitere Stellungnahme ein, welche dem Beklagten und den Verfahrensbeteiligten zur

Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 118, Urk. 120/1). Nachdem die Verfahrensbeteiligten im Verfahren LZ220027-O (Berufung gegen das Urteil vom 20. Mai 2022) auch das vorliegende Verfahren betreffende Ausführungen tätigte, wurde deren Eingabe im vorliegenden Verfahren zu den Akten genommen. Im Übrigen verzichteten die Verfahrensbeteiligten auf eine weitere Stellungnahme (Urk. 121-122). Daraufhin wurde der Klägerin und dem Beklagten mit Verfügung vom 25. November 2022 Frist angesetzt, um sich zu den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten betreffend das vorliegende Verfahren zu äussern (Urk. 123). Der Beklagte reichte eine weitere Stellungnahme ein, die der Klägerin und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 125), während die Klägerin auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 127). Nach Eingang der Honorarnote der Kindsvertreterin wurde diese den Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (Urk. 134). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-97). Die Angelegenheit erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 9. Januar 2023 bereits mitgeteilt wurde (Urk. 130). Auf die Ausführungen der Parteien ist im Folgenden nur so weit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## **II. Prozessuale Vorbemerkungen**

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

## **III. Materielles**

1. Die Vorinstanz erwog, das Begehren um vorsorgliche Massnahmen betreffend die gebundene Mittagsbetreuung der Tagesschule F.\_\_\_\_\_ sei angesichts des Aufenthaltswechsels der Kinder nach G.\_\_\_\_\_ nicht mehr zu prüfen, da

der Schulbesuch der Kinder im Schulhaus F.\_\_\_\_\_ im Schuljahr 2022/2023 nicht mehr vorgesehen sei. Das Begehren sei daher abzuweisen (Urk. 99 S. 53).

2. Der Beklagte macht zusammengefasst geltend, dass er insbesondere gegen die Bewilligung des Umzugs der Klägerin mit den Kindern in den Kanton Tessin Berufung erheben werde. Dieser werde daher einstweilen nicht möglich sein und die Kinder würden weiterhin von den Parteien hälftig betreut (Urk. 98 Rz. 7). Er rügt, die Vorinstanz habe sein Begehren um vorsorgliche Massnahmen materiell nicht geprüft. Der Entscheid hätte daher auf Nichteintreten lauten müssen und sei zudem offensichtlich falsch. Da die Kinder weiterhin das Schulhaus F.\_\_\_\_\_ besuchen würden, sei das Gesuch materiell zu beurteilen. Da die Vorinstanz keine Ausführungen zur Sache gemacht habe, mit denen er sich auseinandersetzen könne, bleibe ihm nur, seine vorinstanzlichen Ausführungen zu wiederholen (Urk. 98 Rz. 9 f.). Die Klägerin und er hätten als Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge den Entscheid über die Abmeldung von der gebundenen Mittagsbetreuung gemeinsam treffen müssen, da dies keine Entscheidung von alltäglichem Charakter sei (Urk. 98 Rz. 11; Urk. 113 Rz. 4). Die Klägerin habe die Kinder jedoch eigenmächtig und ohne sein Einverständnis abgemeldet, was sie nicht hätte tun dürfen, da die Abmeldung auch seine Betreuungszeit betreffe. Die vom Staat vorgegebene Normallösung sei die gebundene Mittagsbetreuung und die Eltern könnten nur bei Einigkeit davon abweichen (Urk. 98 Rz. 14 ff.; Urk. 113 Rz. 5, Rz. 19). Es würden in der Stadt Zürich immer mehr Tagesschulen eingeführt, da die Betreuung der Kinder im Rahmen einer Tagesschule als besser für die Kinder und deren Entwicklung betrachtet werde, als wenn sie mehr zuhause betreut würden. Für Entwicklungspsychologen sei klar, dass Kinder im Alter ab zwei bis drei Jahren Gleichaltrige und nicht Erwachsene als Interaktionspartner wählen. Es entspreche dem natürlichen Bedürfnis von Kindern, mit anderen Kindern zusammen zu sein. Auch wenn es um die Entwicklung von Sozialkompetenzen und Selbstregulation gehe, sei die Gesellschaft Gleichaltriger wichtiger als diejenige der Eltern, und von anderen Kindern lernten sie mehr. Es sei somit für das Wohl bzw. die günstige Entwicklung der Kinder besser, wenn sie die Tagesschule (inklusive der gebundenen Mittage) besuchen würden. Die Klägerin verhindere mit ihrem Verhalten die für die Kinder beste Betreuung und verletze damit

deren Wohl. Die Kinder könnten an einem wesentlichen Teil des Soziallebens ihrer "Schulgspändli" nicht teilnehmen und hätten somit einen erheblichen Nachteil, wenn sie die gebundene Mittagsbetreuung nicht besuchen könnten. Das eigenmächtige Handeln der Klägerin gefährde das Wohl der Kinder erheblich (Urk. 98 Rz. 13, Rz. 18; Urk. 113 Rz. 5, Rz. 26). Da ca. 93 % der Kinder die gebundene Mittagsbetreuung besuchten, würden ihre Kinder im Abseits stehen, wenn sie es nicht täten (Urk. 113 Rz. 6, Rz. 29). Er befürworte, dass die Kinder stets die gebundenen Mittagessen besuchen würden, weil dies aus schulischer und sozialer Sicht die beste Lösung sei (Urk. 113 Rz. 7, Rz. 11 f., Rz. 15). Am 17. Mai 2022 habe ein Testtag stattgefunden. Die Kinder seien begeistert gewesen und wollten unbedingt die Tagesschule besuchen. Sie seien hierzu anzuhören (Urk. 98 Rz. 20; Urk. 113 Rz. 10). Die Klägerin arbeite seit Jahren systematisch daran, das soziale Netzwerk der Kinder in Zürich möglichst klein zu halten, und verhindere Freundschaften und Hobbys der Kinder. Gerade deshalb sei es für die Kinder besonders wichtig, mit ihren "Gspändli" Mittag zu essen und über Mittag spielen zu können (Urk. 98 Rz. 21). Einen vernünftigen, objektiv mit dem Wohl der Kinder zu begründenden Anlass für die Abmeldung der Kinder gebe es nicht, sondern es gehe der Klägerin nur darum, sein Betreuungskonzept im Falle seiner alleinigen Obhut für die Zeit ab August 2022 zu torpedieren (Urk. 98 Rz. 22). Das Verhalten der Klägerin sei umso unverständlicher, als dass sie ohnehin an 42% der auf ihre Betreuungstage entfallenden Mittagessen nicht anwesend sei und die Kinder durch die Grossmutter mütterlicherseits fremdbetreuen lasse (Urk. 113 Rz. 9, Rz. 16). Die ungebundene Mittagsbetreuung koste entgegen den Ausführungen der Klägerin Fr. 9.77 und nicht Fr. 8.– (Urk. 113 Rz. 17). Er bestreite, dass sich die Kinder während der Betreuungstage der Klägerin regelmässig mit anderen Kindern verabreden dürften (Urk. 113 Rz. 31).

3. Die Klägerin führt zusammengefasst aus, im März 2022 habe das erstinstanzliche Urteil noch nicht vorgelegen. Sie habe davon ausgehen müssen, dass auch nach den Sommerferien das Betreuungskonzept in Zürich weitergeführt werde. Aufgrund der Abmeldefrist habe sie aus ihrer Sicht handeln müssen. Die Kinder ässen jeweils von Mittwoch bis Freitag bei ihr und würden von ihr betreut. Die persönliche Betreuung über Mittag wolle sie beibehalten (Urk. 108

Rz. 11). Sie habe die Kinder daher von den gebundenen Mittagessen abgemeldet und dem Beklagten vorgeschlagen, dass er die Kinder an seinen Betreuungstagen für die ungebundenen Mittagessen anmelden könne, was er abgelehnt habe. Das Betreuungsangebot sei gleich (Urk. 108 Rz. 12) und diese Variante wäre finanziell besser (Urk. 108 Rz. 13). Zumindest die gebundenen Mittagessen für C.\_\_\_\_\_ beträfen mehr Zeit bei ihr und insofern tangiere das gebundene Mittagessenmodell auch ihre Mittagszeit und dies in Bezug auf C.\_\_\_\_\_ mehr. Der Beklagte greife damit in ihre Alltagsgestaltung ein (Urk. 108 Rz. 14). Sie habe zudem mit der Schulleitung Kontakt aufgenommen, welche sich bezüglich des Abmeldeprinzips bzw. bezüglich der Anmeldung einzelner gebundener Mittagessen für flexibel erklärt habe. Der Beklagte habe auch dies abgelehnt (Urk. 108 Rz. 16). Sie habe somit stets Hand für eine Lösung geboten, bei welcher der Beklagte in der Gestaltung seiner Betreuungszeit frei gewesen wäre. Die Kinder könnten auch unterjährig für alle gebundenen Mittagessen angemeldet werden. Sie torpediere das Betreuungskonzept des Beklagten daher nicht (Urk. 108 Rz. 17). Gemäss Auskunft der Schulleitung seien ca. 20 % der Kinder von den gebundenen Mittagessen abgemeldet worden. Es treffe nicht zu, dass nur ganz wenige Kinder die gebundenen Mittagessen nicht besuchen würden (Urk. 108 Rz. 18). Der Beklagte unterschlage bezüglich des von ihm eingereichten Artikels, dass gemäss der Entwicklungspsychologin Kinder zu lange und zu oft mit Erwachsenen zusammen seien, *bevor sie ins Schulsystem kommen würden*. Aus dem Artikel könne der Beklagte somit nichts ableiten, was gegen ihren Vorschlag spreche, da es darin um die Phase vor Kindergarteneintritt gehe. Vorliegend hätten die Kinder eine Kindertagesstätte an zwei bis drei Tagen pro Woche besucht und verbrachten im Kindergarten und in der Schule genügend Zeit, um die vom Beklagten erwähnten Kompetenzen zu entwickeln. Es könne nicht von einer von ihr ausgehenden Kindswohlgefährdung gesprochen werden (Urk. 108 Rz. 19). Die Tagesschule habe nebst der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zum Zweck, gewisse Kinder, welche zu Hause nicht adäquat betreut würden, zu integrieren und zu fördern. Dies sei bei ihnen jedoch nicht der Fall, da die Kinder bei beiden Eltern eine gesunde Essenskultur etc. erleben würden (Urk. 108 Rz. 21). Dass sie die Kinder systematisch von anderen Kindern fernhalte, treffe nicht zu. Die Kinder würden regelmässig andere Kinder treffen. Zudem

treffe es die Situation nicht, wenn der Beklagte von "seit Jahren" spreche. D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seien gerade fünf Jahre alt und es verstehe sich von selbst, dass sie im Alter von zwei bis drei Jahren noch keinen Hobbies nachgegangen seien. Wie sich auch dem vom Beklagten zitierten Artikel entnehmen lasse, sei das freie Spiel und nicht Kung Fu oder Fussballtraining für die Entwicklung wichtig (Urk. 108 Rz. 23). Von einer Anhörung der Kinder sei abzusehen, unter anderem da die Kinder zu jung seien, um über den Besuch eines Mittagstischs zu entscheiden, und ein einmaliges Testessen wenig aussagekräftig sei. Zudem sage eine schulische Betreuung Kindern nicht immer zu (Urk. 108 Rz. 24). Die Entscheidung über die Teilnahme an der gebundenen Mittagsbetreuung stelle eine alltägliche Frage dar, über welche sie alleine entscheiden könne. Es sei nicht relevant, ob sie oder ihre Mutter die Kinder während der Sessionszeiten betreue, da ihre Mutter eine enge Bezugsperson der Kinder sei und zu ihrem Betreuungskonzept gehöre (Urk. 118 Rz. 2).

4. Die Kindsvertreterin führt aus, C.\_\_\_\_\_ habe erzählt, dass es ihn etwas durcheinander bringe, dass er nur am Montag in die Mittagsbetreuung gehe, da er sich überlegen müsse, wann er wohin gehe. Mehr in die Mittagsbetreuung zu gehen, könne er sich vorstellen. Da sei aber schade, dass man die Familie weniger sehe, weil man erst um 16 Uhr heimkomme. Im Hort fühle er sich wohl (Urk. 122 Rz. 2.6.). Die Kindsvertreterin führt aus, eine Kindswohlfährdung sei nicht ersichtlich, wenn C.\_\_\_\_\_ weniger Mittagessen in der Schule verbringe. Wie C.\_\_\_\_\_ festgehalten habe, könne er sich dies zwar gut vorstellen und von seinem eher extrovertierten und sozialen Wesen wohl auch gut bewältigen, genieße aber auch die ausgedehntere Zeit mit dem entsprechenden Elternteil und sei im Alltag gut vernetzt (Urk. 122 Rz. 2.9).

5. Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen. Der Elternteil, der das Kind betreut, kann allein entscheiden, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringend ist oder der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist (Art. 301 Abs. 1 und Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB). Der Gesetzgeber hat für den Fall der Uneinigkeit bei nicht alltäglichen oder

nicht dringenden Entscheidungen bewusst auf die Regelung einer behördlichen Intervention

oder ein Stichentscheidungsrecht eines Elternteils verzichtet und betont damit das Prinzip der Pflicht zur gemeinsamen Entscheidung (Botschaft GeS BBI 2011 9106). Ein behördliches Eingreifen in einer solchen Angelegenheit kommt nur in Frage, wenn die Weiterführung des bisherigen Zustands oder der elterliche Konflikt als solcher einer Gefährdung des Kindeswohls gleichkommt, so dass die Voraussetzungen für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen erfüllt sind (BGer 5A\_789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2. m.w.H.).

6. Entgegen der missverständlichen Formulierung, dass das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr zu prüfen sei, hat die Vorinstanz eine (kurze) inhaltliche Prüfung vorgenommen. So hielt sie fest, dass "die Voraussetzung des Schulbesuchs im Schulhaus F.\_\_\_\_\_ im Schuljahr 2022/2023 der drei Kinder nicht mehr vorgesehen" sei, weshalb das Begehren abzuweisen sei (Urk. 99 S. 53). Dass die Vorinstanz auf Abweisung entschieden hat, ist daher nicht zu beanstanden. Da die Klägerin aufgrund der vom Beklagten erhobenen Berufung (Geschäfts-Nr. LZ220027-O) den Aufenthaltsort der Kinder derzeit nicht in den Tessin verlegen kann und die Kinder daher weiterhin das Schulhaus F.\_\_\_\_\_ besuchen, ist jedoch im Folgenden auf die Rügen des Beklagten einzugehen.

7. Es kann jedoch offengelassen werden, in welche Kategorie im Sinne von Art. 301 ZGB die Entscheidung fällt, ob die Kinder die gebundene Mittagsbetreuung besuchen. Selbst wenn es sich um eine gemeinsam zu treffende Entscheidung handelte, wäre für die Frage, ob durch das Gericht Massnahmen zu treffen sind, einzig massgebend, ob der Status quo – in concreto also, dass die Kinder die gebundene Mittagsbetreuung nicht während der gesamten Schulwoche besuchen – als kindwohlgefährdend zu betrachten ist. Ob es für die Kinder *besser* wäre, wenn sie die Mittagsbetreuung besuchten, braucht nicht entschieden zu werden. Der Staat respektive das Gericht haben weder einzugreifen noch darüber zu befinden, was für ein Kind das Beste ist und wie die Eltern dieses zu erziehen haben, solange das Wohl des Kindes nicht gefährdet ist. Eine Kindwohlgefähr-

dung ist im vorliegenden Fall aber nicht glaubhaft gemacht. Dass die Betreuung über Mittag durch die Klägerin selbst eine Kindswohlgefährdung darstellt, wird vom Beklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Ferner vermag auch der von ihm eingereichte Artikel keine Gefährdung als wahrscheinlich erscheinen zu lassen. Wie die Klägerin zu Recht vorbringt, rügt die Entwicklungspsychologin, dass Kinder zu lange und zu oft mit Erwachsenen zusammen seien, bevor sie ins Schulsystem kommen (Urk. 101/3 S. 4). Sie plädiert infolgedessen dafür, dass Kinder ab zwei Jahren während 25 bis 30 Stunden (wohl pro Woche) ausserhäuslich betreut werden (Urk. 101/3 S. 6). Damit betrifft der eingereichte Artikel eine andere Situation als die vorliegende, da die Kinder der Parteien bereits den Kindergarten oder die Schule besuchen und dort ausreichend Kontakt zu Gleichaltrigen haben und ihre Sozialkompetenzen etc. ausbilden können. Dies gilt umso mehr, als dass kein in der Entwicklungspsychologie allgemein anerkannter Prozentsatz existiert, in welchem Umfang Kinder zur Förderung ihrer Entwicklung mindestens ausserhäuslich betreut werden müssen.

8. Auch dass der nur teilweise Besuch der Mittagsbetreuung C. \_\_\_\_\_ durcheinanderbringt, weil er sich jeweils überlegen muss, wo er hingeht (vgl. Urk. 122 Rz. 2.6.), stellt keine Kindswohlgefährdung dar. Es ist ohnehin davon auszugehen, dass diese Verwirrung nach einer gewissen Zeit abklingt, sobald sich das neue Betreuungskonzept eingespielt hat und sich die Kinder daran gewöhnt haben. Ferner ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Kinder von der Klägerin sozial isoliert werden, keine Freundschaften neben der Schule pflegen können und daher zur "Kompensation" wenigstens die Mittagsbetreuung besuchen müssten. Zwar ist es angesichts des Aufenthalts im Tessin für die Kinder an den Betreuungswochenenden der Klägerin tatsächlich nicht möglich, dass sie ihre Freunde in Zürich treffen. Es erscheint jedoch einerseits wenig plausibel, dass die Klägerin ihre Wochenenden einzig deshalb mit den Kindern im Tessin verbringt, um deren soziale Einbindung zu verhindern. Dies liesse sich auch ohne eine Fahrt ins Tessin bewerkstelligen. Andererseits ist nicht nachgewiesen bzw. erscheint unwahrscheinlich, dass die Kinder tatsächlich sozial isoliert sind oder eine soziale Isolation durch den Nicht-Besuch der Mittagsbetreuung an weiteren ein bis zwei Tagen pro Woche droht, selbst wenn sie damit zu einer Minderheit gehö-

ren. Dies lässt sich insbesondere der Eingabe der Kindsvertreterin nicht entnehmen, welche im Gegenteil (in Bezug auf C.\_\_\_\_\_) davon spricht, dass er im Alltag gut vernetzt sei (Urk. 122 Rz. 2.6., Rz. 2.9.). Dass C.\_\_\_\_\_ das Kung Fu oder am Mittwochnachmittag den Fussballclub nicht besucht, ist ebenfalls nicht als Kindswohlgefährdung zu werten, zumal C.\_\_\_\_\_ die gegenwärtige Lösung – Fussball jeden zweiten Samstag – für gut befindet (Urk. 122 Rz. 2.6.).

9. Auch die übrigen Einwendungen des Beklagten vermögen keine Kindswohlgefährdung aufzuzeigen. Mit der Tagesschule werden vorrangig andere Ziele verfolgt als diejenigen, die der Beklagte in der Berufungsschrift geltend macht. Das Projekt der Tagesschulen dient nämlich nicht primär dazu, den Kindern möglichst viel Kontakt zu Gleichaltrigen zu ermöglichen. Gemäss Evaluationsbericht vom 8. März 2021 über das Projekt Tagesschule 2025 sei dieses eine Antwort auf die zunehmende Erwerbstätigkeit beider Elternteile und die stetig steigende Nachfrage nach unterrichtsergänzender Betreuung in der Stadt Zürich. Möglichst viele Kinder sollten von zusätzlichen Lerngelegenheiten profitieren, wodurch sich die Bildungschancen von Kindern aus privilegierten und weniger privilegierten Familien angleichen sollen ([https://www.infras.ch/media/filer\\_public/b4/a2/b4a29931-5b42-48c1-8e90-8d6f65d41642/eval\\_ts\\_2025\\_hauptbericht\\_infras\\_final\\_08\\_03\\_2021\\_def.pdf](https://www.infras.ch/media/filer_public/b4/a2/b4a29931-5b42-48c1-8e90-8d6f65d41642/eval_ts_2025_hauptbericht_infras_final_08_03_2021_def.pdf) S. 5; besucht am 01.02.2023 um 13.10 Uhr; Urk. 91/1 S. 15; Urk. 91/2 S. 1). Dass die Kinder gerne Zeit mit den Schulkameraden verbringen (so Urk. 91/1 S. ff.), ist sicherlich ein weiterer willkommener Effekt, stellt jedoch nicht den Hauptgrund für die Einführung der Tagesschule dar.

10. Dass es keinen vernünftigen bzw. objektiven Grund für die Abmeldung der Kinder von der gebundenen Mittagsbetreuung gibt und es der Klägerin nur darum geht, das Betreuungskonzept des Beklagten im Falle seiner alleinigen Obhut zu torpedieren (Urk. 98 Rz. 22), trifft ebenfalls nicht zu. Die Klägerin zieht die persönliche Betreuung der Kinder durch sie oder ihre Mutter an ihren Betreuungstagen der gebundenen Mittagsbetreuung vor, was durchaus vertretbar ist. Von einem Torpedieren des Betreuungskonzepts kann ebenfalls keine Rede sein, da es dem Beklagten problemlos möglich ist, sein Betreuungskonzept im Falle seiner al-

leinigen Obhut (und auch im Rahmen der derzeit gelebten alternierenden Obhut) weiterzuführen. So kann er die Kinder an seinen Betreuungstagen ohne Weiteres an den ungebundenen – und aufgrund des Entgegenkommens der Schulleitung auch an den gebundenen Mittag (Urk. 110/1) – anmelden und sie (im Falle seiner alleinigen Obhut) für sämtliche gebundene Mittagstage anmelden. Der vom Beklagten angeführte Obergerichtsentscheid LY180022-O ist vorliegend nicht einschlägig. Dass das Obergericht in der genannten Entscheidung die Abmeldung vom Mittagstisch durch die Kindsmutter als "seltsam" bezeichnete, war dem Umstand geschuldet, dass die Kindsmutter den Mittagstisch kündigte, um das Betreuungskonzept des Kindsvaters als (deswegen) unzureichend zu kritisieren (*OGer ZH LY180022 vom 22.08.2018, E. 5.3.3.2.*). Vorliegend kündigte die Klägerin die Mittagbetreuung nach dem Gesagten jedoch deshalb, weil sie die Kinder an ihren Tagen selbst (bzw. durch ihre Mutter) betreuen (lassen) will und nicht, um dem Beklagten ein ungenügendes Betreuungskonzept vorwerfen zu können und damit ihre Position im Hauptverfahren zu verbessern.

11. Was die beantragten Beweisabnahmen betrifft, so ist festzuhalten, dass nicht die Kinder, sondern die Eltern über die Art der Betreuung zu entscheiden haben, weshalb nicht ausschlaggebend ist, ob die Kinder sich für oder gegen die gebundene Mittagbetreuung entscheiden würden. Angesichts dessen kann auf eine Anhörung der Kinder (Urk. 98 Rz. 20) verzichtet werden. Ob die Mittagbetreuung nun Fr. 6.–, Fr. 8.– (Urk. 108 Rz. 13) oder Fr. 9.77 pro Mittag und Kind bzw. allenfalls etwas mehr (Urk. 113 Rz. 17) kostet, ist angesichts der geringfügigen Differenz unerheblich. Beweisabnahmen zum Preis der Betreuung können daher unterbleiben (Urk. 113 Rz. 17). Auf die Abnahme der weiteren offerierten Beweismittel, insbesondere die Befragung des Beklagten, kann ebenso verzichtet werden, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unbestritten oder durch die beiliegenden Unterlagen erwiesen (Urk. 98 Rz. 12, Rz. 14 f.; Urk. 108 Rz. 16; Urk. 113 Rz. 14, Rz. 16, Rz. 22, Rz. 30), nicht entscheidungswesentlich ist (Urk. 98 Rz. 19 f.; Urk. 108 Rz. 18; Urk. 113 Rz. 6 f., Rz. 10 ff., Rz. 16, Rz. 21, Rz. 27, Rz. 30, Rz. 32) oder nicht anzunehmen ist, dass die Beweisabnahme etwas an der dargelegten Würdigung zu ändern vermochte (Urk. 98 Rz. 21 f.; Urk. 113 Rz. 29, Rz. 31).

12. Nach dem Gesagten ist nicht davon auszugehen, dass die Kinder in ihrem Wohl gefährdet sind, wenn sie die gebundene Mittagsbetreuung nicht während der gesamten Schulwoche besuchen. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz hat – soweit ersichtlich – für das Massnahmeverfahren keine Kosten erhoben (Urk. 99 S. 124 f., S. 131). Dies ist angesichts des Aufwands des Gerichts (kein Schriftenwechsel, äusserst kurze Begründung im Endentscheid) nicht zu beanstanden. Angesichts dessen erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Hinzu kommt die Entschädigung für die Vertretung des Kindes (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), welche vorab aus der Gerichtskasse zu bezahlen ist (Urwylter/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 95 N 15). Die Kindsvertreterin macht für das vorliegende Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 1'303.15 inklusive Mehrwertsteuer geltend (Urk. 133). Der Zeitaufwand von 5.5 Stunden erscheint als angemessen und wurde von keiner Partei beanstandet. Der geltend gemachte Stundenansatz entspricht demjenigen einer anwaltlichen Kindsvertretung. Für nichtanwaltliche Kindsvertretungen (durch hinreichend rechtskundige Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Kinderpsychologen, Juristen mit entsprechender Weiterbildung) kommen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich die Entschädigungsrichtlinien zum Zuge, wie sie bei einer Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB gelten (BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2 S. 168). Gemäss § 21 Abs. 4 EG KESR in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und 3 der Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften [LS 232.35] richtet sich der Stundenansatz nach branchenüblichen Ansätzen. In der Praxis werden Beistände mit einem Zeitaufwand zwischen Fr. 50.– und Fr. 100.– entschädigt (Biderbost/Affolter-Fringeli, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck [Hrsg.], Fachhandbuch

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2016, Rz. 8.223; FamKomm Erwachsenenschutz/Häfeli, Art. 404 N 5; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz 6.44). Angesichts der Tatsache, dass die Kindsvertreterin nebst ihrem Abschluss als Sozialarbeiterin FH eine Zusatzausbildung (CAS Kindesvertretung Hochschule Luzern Soziale Arbeit) abgeschlossen hat ([www.mavivo.ch](http://www.mavivo.ch)), ist der Stundenansatz im vorliegenden Fall auf Fr. 150.– festzulegen (vgl. auch *OGer ZH PQ210045 vom 05.08.2021, E. 3.3. ff.*). Damit resultiert eine Entschädigung in Höhe von Fr. 825.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, mithin total Fr. 888.55. Die Kindsvertreterin ist somit mit Fr. 888.55 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen und teilweise mit seinem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

3. Angesichts seines Unterliegens ist der Beklagte im Weiteren zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer festzusetzen. Der Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 3'230.– zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Z.\_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Kindsvertreterin für das Berufungsverfahren mit Fr. 888.55 aus der Gerichtskasse entschädigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.–; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 888.55 Honorar Kindsvertreterin

**Fr. 3'888.55 Total**

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'230.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verfahrensbeteiligten, die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten in das Verfahren LZ220027-O.

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 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, 22. Februar 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:  
ip