

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ240014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. B. Schärer und Oberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiber MLaw D. Valsangiacomo

Beschluss vom 5. August 2024

in Sachen

A._____,

Beklagter, Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____,

Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Kinderbelange (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 5. April 2024
(FK220089-L)**

Rechtsbegehren:

des Beklagten, Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 6/182 S. 2):

- "1. Die im Verfahren FK220089-L/Z08 mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2023 angeordneten vorsorglichen Massnahmen seien aufzuheben resp. abzuändern und C._____, geb. tt.mm.2021 sei unter die alleinige Obhut des Gesuchstellers zu geben.
2. Der Gesuchsgegnerin sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr einzuräumen, wobei die Gesuchstellerin zu verpflichten sei, die Tochter C._____ beim Gesuchsteller abzuholen und wieder zum Gesuchsteller zurückzubringen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt zu Lasten der Gegenpartei."

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 5. April 2024:**

(Urk. 6/186 S. 8 f. = Urk. 2 S. 8 f.)

1. Das Gesuch des Beklagten um Abänderung der mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2023 angeordneten vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. Allfällige Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten für den vorliegenden Massnahmeentscheid werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage.]

Berufungsanträge:

des Beklagten, Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 05. April 2024 sei aufzuheben, die im Verfahren FK220089-L/Z08 mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2023 angeordneten vorsorglichen Massnahmen seien aufzuheben resp. abzuändern und C._____, geb. tt.mm.2021 sei unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu geben.
2. Der Berufungsbeklagten sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr einzuräumen, wobei die Gesuchstellerin zu verpflichten sei, die Tochter C._____ bei Gesuchsteller abzuholen und wieder zum Gesuchsteller zurückzubringen.
3. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 05. April 2024 aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt zu Lasten der Gegenpartei."

der Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (Urk. 11 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8,1% Mehrwertsteuer, zulasten des Beklagten, Gesuchstellers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Die Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) und der Beklagte, Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Beklagter) sind die unverheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2021. Die Parteien stehen seit dem 9. Juli 2022 vor dem Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) in einem Verfahren betreffend Obhut, Besuchsrecht und Unterhalt (Urk. 6/1-2).

2. Anlässlich der Verhandlung vom 19. Juli 2022 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, in welcher sie sich auf die alternierende Obhut über C._____ mit einer Betreuung im je hälftigen Umfang für die Dauer des Verfahrens einigten (Prot. I S. 31 f.). Diese Vereinbarung wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 21. Juli 2022 genehmigt (Urk. 6/28). Am 25. August 2022 ging seitens des Sozialzentrums D._____ ein Abklärungsbericht ein, der nach einer Gefährdungsmeldung des Beklagten anhand genommen worden war (Urk. 6/37).

3. Mit Eingabe vom 8. Juni 2023 ersuchte die Klägerin um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen und um die Zuteilung der Obhut über C._____ an sie alleine (Urk. 6/118). Am 13. Juni 2023 wurde das von der Vorinstanz am 15. September 2022 (vgl. Urk. 6/46) in Auftrag gegebene psychologische Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich erstattet (Urk. 6/120). Anlässlich der mündlichen Gutachtenseröffnung durch die beiden Gutachterinnen am 23. Juni 2023 beantragte auch der Beklagte die Anpassung der Betreuungsregelung für die weitere Verfahrensdauer (Urk. 6/122). Im Rahmen der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 30. Juni 2023 schlossen die Parteien in Ergänzung der bestehenden Vereinbarung vom 19. Juli 2022 eine Vereinbarung betreffend die Ferien und Feiertage ab Sommer 2023 (Urk. 6/132; Prot. I S. 91), die mit Verfügung vom 4. Juli 2023 durch die Vorinstanz genehmigt wurde (Urk. 6/134). Betreffend die Obhut sowie die Betreuungsanteile für die weitere Verfahrensdauer konnte keine Einigung erzielt werden, weshalb die Vorinstanz am 18. Juli 2023 in Abänderung der mit Verfügung vom 21. Juli 2022 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 19. Juli 2022 einen Entscheid fällte und die Obhut über C._____ der Klägerin alleine zuteilte und dem Beklagten ein Besuchsrecht einräumte (Urk. 6/150). Die gegen diese Verfügung vom Beklagten erhobene Berufung wurde durch die hiesige Kammer mit Beschluss und Urteil vom 6. Oktober 2023 abgewiesen und die Verfügung der Vorinstanz bestätigt (vgl. LZ230030-O Urk. 6/168A). Zwischenzeitlich stellte der Beklagte am 4. August 2023 ein Ausstandsbegehren gegen die fallführende Richterin Dr. iur. Martina Isler (Urk. 6/158). Bevor über das Ausstandsbegehren entschieden wurde, verlangte der Beklagte am 7. März 2024 eine Aufhebung resp. Abänderung der mit Verfügung vom 18. Juli 2023 erlassenen und mit Beschluss und Urteil vom 6. Oktober 2023 bestätigten vorsorglichen Massnahmen

und begehrte, es sei C. _____ unter seine alleinige Obhut zu stellen und der Klägerin sei ein gerichtsübliches Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitag- bis Sonntagabend einzuräumen (Urk. 6/182). Am 5. April 2024 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 6/186 = Urk. 2). Schliesslich wies das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung (Vorinstanz), mit Verfügung vom 18. April 2024 das vom Beklagten gegen die fallführende Richterin gestellte Ausstandsgesuch ab (Urk. 6/189). Die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde durch die hiesige Kammer mit Urteil vom 1. Juli 2024 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (vgl. Urteil mit Geschäfts-Nr.: RZ240003-O).

4. Mit Eingabe vom 18. April 2024 erhob der Beklagte Berufung gegen die Verfügung vom 5. April 2024 mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 1). Mit Verfügung vom 23. April 2024 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten (Urk. 7). Dieser ging innert Frist ein (Urk. 8). Mit Eingabe vom 16. Mai 2024 berichtete der Beklagte über einen Vorfall vom Wochenende vom 10.-13. Mai 2024, wonach C. _____ von einem Kinderkoffer gefallen sei und sich im Schambereich verletzt habe (Urk. 9). Mit Verfügung vom 22. Mai 2024 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort sowie zur Stellungnahme zur Eingabe vom 16. Mai 2024 angesetzt (Urk. 10). Die Berufungsantwort wurde fristgerecht eingereicht und datiert vom 4. Juni 2024 (Urk. 11). Sie wurde mit Verfügung vom 5. Juni 2024 dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 13). Mit Eingabe vom 13. Juni 2024 ersuchte der Beklagte um Fristansetzung für eine Replik zur Berufungsantwort (Urk. 14). Mit Verfügung vom 14. Juni 2024 wurde ihm sodann Frist angesetzt, um eine freigestellte Replik zur Berufungsantwort einzureichen (Urk. 15). Diese wurde rechtzeitig erstattet und datiert vom 26. Juni 2024 (Urk. 16).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-190). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Da – wie noch zu zeigen sein wird – die Berufung abzuweisen ist, kann auf die Einholung einer Stellungnahme zur Replik vom 26. Juni 2024 (Urk. 16) verzichtet werden. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies zur Entscheidungsfindung notwendig erscheint.

II. Vorbemerkungen

1. Prozessuales

1.1 Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die 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). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) 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; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Der Berufungskläger 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; BGer 5A_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat (*OGer ZH LA210006 vom 12.11.2021, E. II.2.*). Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss auf seine Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise kritisiert (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungs-

verfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H).

1.2 Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

2. Voraussetzungen zur Abänderung vorsorglicher Massnahmen

2.1 Rechtliches

2.1.1 Vorsorglich erlassenen Massnahmen kommt nur beschränkte Rechtskraft zu (BGE 141 III 376 E. 3.3.4.). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, können vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 268 Abs. 1 ZPO daher grundsätzlich jederzeit abgeändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände geändert haben oder sich vorsorgliche Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt erweisen (vgl. auch Urk. 2 E. 3.1.).

2.1.2 Im ersten Fall müssen sich die Umstände nachträglich, d.h. nach dem Zeitpunkt der Anordnung der vorsorglichen Massnahme bzw. ihrer Prüfung, geändert haben. Nachträglich veränderte Umstände, welche die Änderung oder Aufhebung einer Massnahme rechtfertigen, können sich aus tatsächlichen Veränderungen der Gefahrensituation oder aus anderen neuen Tatsachen ergeben (BSK ZPO-Sprecher, Art. 268 N 15). Die überwiegende Lehre geht dabei davon aus, dass nur mit echten Noven eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse nachgewiesen werden kann (BSK ZPO-Sprecher, Art. 268 N 17; Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 268 N 6, Rohner/Wiget, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, Art. 268

N 2 a.M. Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Komm., Art. 268 N 8).

2.1.3 Im zweiten Fall ist eine Abänderung oder Aufhebung möglich, wenn die Massnahme sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist, d.h. wenn sie nicht mehr verhältnismässig erscheint. Die Änderung oder Aufhebung kann hier sowohl mit echten als auch unechten Noven begründet werden (Rohner/Wiget, in: Gehri /Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, Art. 268 N 2; BK ZPO-Güngerich Art. 268 N 8; BSK ZPO-Sprecher Art. 268 N 17). Damit sind auch Tatsachen von Belang, die bereits im Zeitpunkt der Anordnung der vorsorglichen Massnahme vorgelegen haben, jedoch dem Gericht erst nachher zur Kenntnis gebracht wurden, so dass sich nachträglich, im Zeitpunkt des Bekanntwerdens dieser Tatsachen, die ursprüngliche Ungerechtfertigkeit der Anordnung herausstellt (BSK ZPO-Sprecher, Art. 268 N 17).

2.1.4 Oberste Richtschnur für die Abänderung resp. Anpassung der vorsorglichen Massnahmen ist stets das Kindeswohl. Demnach kommt eine Abänderung der Betreuungsregelung in Betracht, wenn die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes zu gefährden droht. Das Gericht muss mit anderen Worten zum Schluss kommen, dass die aktuelle Regelung dem Kind mehr schadet als der Verlust der Kontinuität in der Erziehung und der Lebensumstände, der mit der Änderung einher geht (vgl. BGer 5A_499/2023 vom 26. Februar 2024, E. 4.1. und BGer 5A_266/2017 vom 29. November 2017, E. 8.3). Die Gefährdung kann nur in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Gesamtheit aller Umstände bestimmt werden. Die (objektiv fassbare) Gefahr einer Beeinträchtigung muss einigermassen konkret sein (BGE 146 III 313 E. 6.2.2.). Eine rein abstrakte oder hypothetische Gefährdung genügt demnach nicht.

2.2 Voraussetzungen in concreto

2.2.1 Die Abänderung und Anpassung der mit Verfügung vom 18. Juli 2023 angeordneten Obhutsregelung für die Dauer des Verfahrens ist nur dann möglich und erforderlich, wenn das Kindeswohl bei der Klägerin in Gefahr ist, wobei konkrete Anhaltspunkte für eine solche Gefährdung vorliegen müssen. Da die Vorinstanz mit

Entscheid vom 18. Juli 2023 (Urk. 6/150) sowie die hiesige Kammer mit Entscheid vom 6. Oktober 2023 (Urk. 6/168A) die Erziehungsfähigkeit der Klägerin uneingeschränkt bejaht haben (Urk. 6/150 S. 20 f. E. 3.3.13; Urk. 6/168A S. 18 ff. E.C.3.3.2.), müssen sich die Umstände nachträglich geändert haben, damit eine Kindeswohlgefährdung zum jetzigen Zeitpunkt angenommen wird oder es muss sich gestützt auf echte oder unechte Noven die Obhutszuteilung an die Klägerin nachträglich als ungerechtfertigt erweisen.

2.2.2 Insgesamt müssen somit echte oder unechte Noven für eine Neuurteilung vorliegen. Es können im Rahmen der Abänderung von vorsorglichen Massnahmen nicht die gleichen Argumente erneut vorgetragen werden, welche bereits in den vorherigen Entscheiden ausführlich beurteilt worden sind. Ausführungen zur Erziehungsfähigkeit des Beklagten erübrigen sich zudem, wenn keine akute Gefährdung von C._____ bei der Klägerin vorliegt, da sich in diesem Fall die Umteilung der Obhut über C._____ an den Beklagten für die Dauer des Hauptverfahrens nicht rechtfertigt.

III. Beurteilung der Berufung

1. Novum Vorfall Kinderkoffer

1.1 Standpunkte

1.1.1 In der Eingabe vom 16. Mai 2024 berichtet der Beklagte, dass er anlässlich der Übergabe von C._____ am 10. Mai 2024 von der für die begleiteten Übergaben verantwortlichen Person (Frau E._____, F._____) darüber informiert worden sei, dass C._____ angeblich von einem Kinderkoffer gefallen sei und sich dabei im inneren Schambereich verletzt habe und es zu Blutungen gekommen sei. Die Mutter habe die Tochter alsdann in die Badewanne mit Desinfektionsmittel gesetzt. Anlässlich der Konsultation bei der diensthabenden Kinderärztin im Kanton Zug (Dr. G._____) habe diese keine Verletzungen feststellen können. Bereits vor diesem Vorfall habe die Klägerin zahlreiche unerklärliche Vorkommnisse vorschnell und unnötigerweise mit Antibiotika behandeln lassen, so eine Augenentzündung vom 23. Juni 2023 oder die vermeintliche Mittelohrentzündung Ende Dezember 2023.

Dabei habe aber weder eine Augen- noch eine Mittelohrentzündung vorgelegen. Auch nach dem Sturz von C._____ ab dem Kinderkoffer habe sich die Klägerin dem bisherigen Muster folgend veranlasst gesehen, unnötige medizinische Massnahmen zu ergreifen (Urk. 9 S. 1 f.).

1.1.2 Die Klägerin bestätigt in der Berufungsantwort, dass C._____ von einem Kinderkoffer gestützt sei und danach leichte Schmerzen im Schambereich verspürt habe, woraufhin sie C._____ in ein warmes Bad gesetzt habe. Bestritten werde jedoch, dass C._____ im Intimbereich geblutet habe und zahlreiche unerklärliche Vorkommnisse vorschnell und unnötigerweise mit Antibiotika behandelt worden seien. Unnötige medizinische Massnahmen habe der Beklagte ergriffen, indem er C._____ einem gynäkologischen Notfalluntersuch habe unterziehen lassen (Urk. 11 S. 13 f.). Weiter reichte die Klägerin den Konsultationsbericht vom 11. Mai 2024 von Frau Dr. med. G._____ ins Recht (Urk. 12).

1.2 Beurteilung

1.2.1 Der Konsultationsbericht vom 11. Mai 2024 bestätigt, dass keine Verletzungen bei C._____ festgestellt werden konnten (Urk. 12), womit es sich beim Sturz vom Kinderkoffer um keinen gravierenden Vorfall handelt. So ist im Konsultationsbericht auch nichts darüber zu lesen, dass C._____ geblutet haben soll (Urk. 12). Der Sturz vom Kinderkoffer ist damit nicht geeignet, um eine Kindeswohlgefährdung glaubhaft zu machen, sind leichte Stürze und auch leichte Verletzungen im Kindesalltag doch normal. Selbst wenn die Klägerin Desinfektionsmittel in das Badewasser gegeben hätte, was sie bestreitet und wofür es keine objektiven Anhaltspunkte gibt, wäre damit keine Kindeswohlgefährdung verbunden gewesen, wie der unauffällige Befund anlässlich der kinderärztlichen Konsultation in Zug zeigt.

1.2.2 Zur behaupteten unsachgemässen Verabreichung von Antibiotika ist festzuhalten, dass der Beklagte von zahlreichen unerklärlichen Vorkommnissen schreibt und sodann beispielhaft einzig eine angeblich nichtvorhandene Augen- sowie eine Mittelohrentzündung benennt. Die Schilderungen überzeugen nicht, zumal es sich bei Antibiotika um verschreibungspflichtige Medikamente handelt und eine Verabreichung somit ärztlich verordnet werden muss. Dass die Beklage über einen

Vorrat an Antibiotika verfügt und Antibiotika auf eigene Initiative ohne ärztliche Konsultation verabreicht, wird weder geltend gemacht noch gibt es dazu irgendwelche Anzeichen oder Belege. Eine unsachgemässe und nicht indizierte Verabreichung von Antibiotika ist somit nicht glaubhaft gemacht.

2. Weitere vorgebrachte neue Umstände betr. Kindeswohlgefährdung

2.1 Standpunkte

2.1.1 Die Vorinstanz erwog, dass der Beklagte für seine Vorbringen, wonach C._____ Angst vor Männern habe, regelmässig Hustensaft und Tabletten vor dem Einschlafen verlange, auf dem Wickeltisch Angst davor habe, Zäpfchen verabreicht zu bekommen, sie in der Kita immer weinen müsse und auf der Heimfahrt von H._____ nach Zürich wünsche, dass die Mutter nicht zu Hause sei, einzig seine Parteibefragung offeriere, weshalb eine Gefährdung von C._____ damit von Vornherein nicht glaubhaft gemacht sei. Überdies sei fraglich, ob mit diesen Vorbringen überhaupt eine Kindeswohlgefährdung vorliege (Urk. 2 S. 7 E. 5.3).

2.1.2 Der Beklagte rügt, dass es sich dabei um eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung handelt. Er sei anzuhören und hernach sei zu würdigen, ob seine Aussagen glaubhaft seien oder nicht (Urk. 1 S. 8 f. Rz. II.11.).

2.2 Beurteilung

2.2.1 Für die Bejahung einer Kindeswohlgefährdung müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen (vgl. oben E. II.2.1.4). Selbst wenn C._____ beim Beklagten nach Hustensaft verlangt hat, heisst dies nicht, dass sie von der Klägerin immer Hustensaft bekommt. Weiter bedeutet es auch nicht, dass eine allfällige Verabreichung von Hustensaft durch die Klägerin nicht indiziert gewesen sei. Gleich verhält es sich mit der Verabreichung von Tabletten und Zäpfchen. Weshalb die vom Beklagten vor Vorinstanz behauptete Angst von C._____ vor dem Wald (Urk. 6/182 S. 8 Rz. 11) eine Kindeswohlgefährdung darstellt und was diese behauptete Angst mit der Klägerin zu tun hat, erschliesst sich nicht. Ebenfalls kann der Beklagte in einer Parteibefragung einzig darüber Auskunft geben, dass seine Tochter ihm gegenüber geäussert hat, dass sie in der Kita weine und sich wünsche, dass die Mutter nicht

zu Hause sei. Inwiefern dies eine konkrete Kindeswohlgefährdung darstellt, führt der Beklagte nicht aus. Es wäre jedoch an ihm gewesen konkret aufzuzeigen, weshalb das Kindeswohl aufgrund dieser Äusserungen gefährdet ist. Der Inhalt der Äusserungen alleine weist zumindest nicht auf eine konkrete Gefahrensituation hin.

2.2.2 Entscheidend ist somit bei all diesen vor Vorinstanz deponierten Vorbringen nicht die fehlende Anhörung des Beklagten, sondern, dass er mit diesen Vorbringen keine konkrete Kindeswohlgefährdung behauptet hat.

3. Allgemeine Mängel der Gutachtenserstellung

3.1 Standpunkte

3.1.1 Die Vorinstanz erwog, dass das Obergericht im Entscheid vom 6. Oktober 2023 festgestellt habe, dass das von Dipl. Psych. I. _____ und lic. phil. J. _____ am 13. Juni 2023 erstattete Erziehungsfähigkeitsgutachten über beide Elternteile umfassend und sorgfältig erstattet worden sei und die Schlussfolgerungen aufgrund der Gesamtheit der erhobenen Grundlagen nachvollziehbar erscheine. Entsprechend könne im Rahmen des vorsorglichen Massnahmenverfahrens ohne Weiteres auf dieses Gutachten abgestellt werden. Der obergerichtliche Entscheid sei formell in Rechtskraft erwachsen und die diesbezüglichen Ausführungen würden im vorliegenden Summarverfahren nach wie vor ihre Gültigkeit haben (Urk. 2 S. 4 E. 4.2). Inwiefern der Abbruch des lösungsorientierten Ansatzes fingiert gewesen sein solle, sei nicht nachvollziehbar und ergebe sich auch nicht aus der vom Beklagten in diesem Zusammenhang eingereichten Zusammenstellung (Urk. 2 S. 4 E. 4.3).

3.1.2 Der Beklagte rügt, dass dieser Auffassung nicht gefolgt werden könne. Die intransparente Herangehensweise bei der Begutachtung belege vielmehr, dass wie von ihm dargetan, gerade nicht auf das bisherige Gutachten abgestellt werden könne. Das zentrale Element eines lösungsorientierten Gutachtens bildeten die gemeinsamen Elterngespräche oder eine Mediation. Diese hätten nachweislich zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Bei einem solchen Gespräch zwischen den Eltern wäre der Inhalt der Urk. 6/64/2-4 unweigerlich zum Gesprächsthema geworden. Da jedoch die Vorinstanz und die Gutachterinnen die Würdigung dieser Krankenunter-

lagen bislang nicht zum Gegenstand bei der zu beurteilenden Erziehungsfähigkeit der Klägerin machen wollten, habe auch kein lösungsorientierter Ansatz verfolgt werden können. Ansonsten wären erhebliche Anzeichen dafür vorgelegen, dass die Klägerin mit der alleinigen Obhut über die Tochter überfordert sei (Urk. 1 S. 3 f. Rz. II.4.).

3.2 Beurteilung

3.2.1 Die hiesige Kammer hat mit Entscheid vom 6. Oktober 2023 bereits aufgezeigt, weshalb auf das psychologische Gutachten vom 13. Juni 2023 für die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit während der Dauer des Hauptverfahrens abgestellt werden kann (Urk. 6/168A S. 8 ff. E. B.3.). Der Beklagte hat keine neuen Erkenntnisse vorgetragen, welche das Gutachten im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen als unzutreffend qualifizieren würden. Der Ansicht, dass bei der konsequenten Verfolgung eines lösungsorientierten Ansatzes das Gutachten ein anderes Ergebnis aufgewiesen hätte, ist nicht zu folgen. Beim lösungsorientierten Gutachten wird nach einer ersten diagnostischen Phase in Absprache mit den Exploranden und der Auftraggeberin eine Interventionsphase eingeschoben, bei welcher beispielsweise eine Mediation durchgeführt wird (Aebi/Steinbach/Vilén, Leitlinien für psychologische Gutachten im Familienrecht, ZKE 1/2020, S. 3). Die Mediation ist dabei nicht dazu gedacht, Fakten zu sammeln, sondern Lösungen zu erarbeiten und diese zu evaluieren. Weshalb eine Mediation die Aufarbeitung der Urk. 6/64/2-4 unweigerlich beinhaltet hätte und so die Überforderung der Klägerin mit der alleinigen Obhut der Tochter hervorgebracht hätte, ist nicht nachvollziehbar. Defizite in der Erziehungsfähigkeit gilt es in der diagnostischen Phase zu eruieren, wobei es Ziel der Mediation ist, für beide Parteien tragfähige Lösungen zur Behebung entsprechender Defizite zu erarbeiten. Eine allfällige Überforderung der Klägerin mit der Obhut über C._____ würde sich sodann konkret in ihrem Alltag zeigen. Solche Anzeichen der Überforderung, welche sich seit der Ausübung der alleinigen Obhut der Klägerin über C._____ gezeigt haben sollen, bringt der Beklagte jedoch nicht konkret vor.

4. Medikamentenkonsument

4.1 Standpunkte

4.1.1 In seinem Gesuch vom 7. März 2024 um Aufhebung resp. Abänderung der mit Verfügung vom 18. Juli 2023 angeordneten vorsorglichen Massnahmen brachte der Beklagte vor, dass die Klägerin "seit Jahren Benzodiazepine(-Analoge), Selektive Serotonin Wiederaufnahme-Hemmer, Methylphenidat (Ritalin, Medikinet), starke Schmerzmittel etc." verordnet bekommen habe, gleichwohl werde im Gutachten und bislang auch seitens Gericht auf eine (unabhängige) fachärztliche Diagnose und/oder auf weitere belegbare Fakten bezüglich des Gesundheitszustandes der Klägerin verzichtet (Urk. 182 S. 5 Rz. 7).

4.1.2 Die Vorinstanz erwog, dass bereits obergerichtlich festgestellt worden sei, dass auf Seiten der Klägerin von keinen Einschränkungen in ihrer Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit betreffend C._____ auszugehen sei. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der Vorwürfe hinsichtlich des Medikamentenkonsument (Urk. 2 S. 5 f. E. 4.5).

4.1.3 Der Beklagte rügt zusammenfassend, dass der Medikamentenkonsument im Gutachten unvollständig wiedergegeben worden sei. Zu keinem Zeitpunkt hätten das Gericht und die Gutachterinnen betreffend die der Klägerin verordneten Medikamente hinreichende Abklärungen getroffen. Welche Medikamente der Klägerin verordnet worden seien und ob sie diese zuverlässig einnehme, bleibe vorderhand ungeklärt (Urk. 1 S. 4 f. Rz. II.6.).

4.2 Beurteilung

Unbestritten ist, dass die Klägerin aufgrund ihres Gesundheitszustandes bereits mehrfach Medikamente verschrieben bekommen hat (vgl. Prot. I S. 8, S. 11 f., S. 51 f.). Die hiesige Kammer hat sich beim Entscheid vom 6. Oktober 2023, wonach sich der Medikamentenkonsument nicht negativ auf die Erziehungs-fähigkeit auswirkt, auf das Arzteugnis vom 14. Juli 2022 von Dr. med. K._____ (Urk. 6/7/28), das psychologische Gutachten vom 13. Juni 2023 (Urk. 6/120) sowie die Aussagen der Klägerin (Prot. I S. 12) gestützt (vgl. Urk. 6/168A S. 20 18 ff. E. C.3.3.2.). Dass sich

der Medikamentenkonsument in der Zwischenzeit verändert haben soll, macht der Beklagte nicht geltend. Er stellt sich einzig auf den Standpunkt, der Medikamentenkonsument sei nie korrekt abgeklärt worden. Beim Standpunkt des Beklagten, die Klägerin habe nachweislich bereits seit Jahren mehrere Medikamente verschrieben bekommen, handelt es sich – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat –, nicht um neue Vorbringen. Auch anerkennt der Beklagte selbst, dass die Klägerin die Medikamente immer ärztlich verordnet bekommen hat (Urk. 1 S. 7 f. Rz. II.9.). Bei der ärztlichen Verordnung von Medikamenten muss darauf geachtet werden, dass mit deren Einnahme das Kindeswohl nicht gefährdet wird. So hat auch die Klägerin ausgeführt, dass die medizinischen Fachpersonen beispielsweise ihre Medikamente auf das Stillen abgestimmt hätten (Prot. I S. 8). Erneut ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Anpassung der Obhut für die Dauer des Verfahrens einzig aufgrund konkreter Hinweise auf eine Kindeswohlgefährdung rechtfertigt. Erkenntnisse, welche aufzeigen, dass es der Klägerin aufgrund der Einnahme von Medikamenten konkret nicht möglich sein soll, die Obhut über C._____ auszuüben, bringt der Beklagte nicht vor. Eine konkrete Kindeswohlgefährdung ist damit nicht ersichtlich.

5. Parentifizierung

5.1 Standpunkte

5.1.1 Der Beklagte begründete sein Gesuch vom 7. März 2024 weiter damit, dass die im Kontext der festgestellten Reflexions- und Introspektionsfähigkeiten bestehende Parentifizierung mit transgenerationellen Problemlagen (schwere psychische Leiden der älteren Tochter) in keiner Weise gewürdigt resp. lediglich als pubertäre Krise und als gewisse Schwierigkeiten in der Pubertät der älteren Tochter verursachend qualifiziert werde (Urk. 6/182 S. 4 Rz. 6 f.).

5.1.2 Die Vorinstanz erwog zusammenfassend, dass auch die behauptete psychische Erkrankung der Klägerin kein neues Vorbringen sei, der Beklagte dies bereits vor Obergericht vorgebracht habe und das Obergericht trotzdem die Erziehungsfähigkeit der Klägerin uneingeschränkt bejaht habe (Urk. 2 S. 5 f. E. 4.5).

5.1.3 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz lasse betreffend Parentifizierung ausser Acht, dass im Rahmen der Begutachtung eine solche habe festgestellt werden können (Urk. 1 S. 5 Rz. II.7.). Im Weiteren erläutert der Beklagte in seiner Berufung über mehrere Seiten mit Verweis auf entsprechende Fachliteratur den Begriff der Parentifizierung und schliesst daraus, dass die Klägerin in dysfunktionalen Familienstrukturen sozialisiert worden sei und bereits nachweislich dysfunktionale Erziehungsstrukturen praktiziert habe. Welche Therapien sie dabei wahrgenommen habe, respektive, ob sie sich tatsächlich in einer Therapie befinde, sei nicht erstellt. Den schädlichen Auswirkungen auf C._____ könne nur mit einer Abänderung der vorsorglichen Massnahmen begegnet werden (Urk. 1 S. 8 Rz. II.9.).

5.2 Beurteilung

5.2.1 Der Beklagte übernimmt den Begriff der Parentifizierung, der nur einmal als Klammerbemerkung im Gutachten vom 13. Juni 2023 in Bezug auf die Lebensgeschichte der Klägerin Erwähnung findet (Urk. 120 S. 22) und pathologisiert ausgehend davon mit Verweisen auf Fachliteratur das Verhalten und die sozialen Verhältnisse der Klägerin. Auf diese Pathologisierung kann schon deshalb nicht abgestellt werden, da weder der Beklagte noch sein Rechtsvertreter über die dafür notwendigen Fachkenntnisse verfügen und es sich somit um blosser Parteibehauptungen handelt. Die altersbedingte Entwicklung der Klägerin oder sonstige Erkenntnisse der Gutachter werden dabei völlig ausser Acht gelassen.

5.2.2 Bereits mit Entscheid der hiesigen Kammer vom 6. Oktober 2023 hat sich das Gericht mit den behaupteten dysfunktionalen Erziehungsstrukturen der Klägerin auseinandergesetzt und hat erwogen, dass die einige Jahre zurückliegende Krankheitsgeschichte der älteren Tochter der Klägerin und deren Ursache für die Beurteilung der aktuellen Erziehungsfähigkeit der Klägerin für das vorsorgliche Massnahmenverfahren nicht entscheidrelevant seien (Urk. 6/168A S. 21 E. C.3.3.2.). Seit diesen Erwägungen haben sich in dieser Hinsicht keinerlei neue Erkenntnisse ergeben. Das macht der Beklagte auch nicht geltend, sondern beschränkt sich auf die erwähnte Pathologisierung. Weiter beschreibt der Beklagte mit der behaupteten dysfunktionalen Familien- und Erziehungsstrukturen, wenn

überhaupt, eine abstrakte und hypothetische Gefahr für C._____ und eben gerade nicht wie gefordert eine konkrete Gefährdung.

6. KAPO-Akten

6.1 Vorbringen

6.1.1 Die Vorinstanz erwog, dass vom Beklagten keine seit dem Massnahmenentscheid vom 18. Juli 2023 und dem diesbezüglichen Rechtsmittelverfahren eingetretenen Umstände glaubhaft gemacht worden seien, die einen Abänderungsgrund in Bezug auf die Obhutszuteilung begründen würden (Urk. 2 S. 7 f. E. 6).

6.1.2 Der Beklagte rügt, die Vorinstanz ignoriere die Tatsache, dass dem Beklagten zwischenzeitlich neue Tatsachen und Akten – insbesondere die Akte der KAPO Zürich – bekannt seien und sich demgemäss neue Zusammenhänge erschlossen hätten (Urk. 1 S. 3 Rz. II.3.).

6.1.3 Die Klägerin bestreitet das Vorliegen neuer Tatsachen und weist darauf hin, dass vom Beklagten nicht darlegt worden sei, welche "Akte der KAPO Zürich" er meine und was er aus diesen Akten schliesse (Urk. 11 S. 7).

6.1.4 In seiner Replik vom 26. Juni 2024 legt der Beklagte sodann die erwähnten KAPO-Akten ins Recht und fasst deren Inhalt ausführlich zusammen (Urk. 16 und Urk. 17/5).

6.2 Beurteilung

6.2.1 Abgesehen davon, dass der Beklagte seine Ausführungen in der Replik zu den KAPO-Akten verspätet im Berufungsverfahren vorgetragen hat (vgl. oben E. II.1.2), erschliesst sich nicht, welchen Abänderungsgrund der Beklagte für die vorsorglichen Massnahmen gestützt auf die KAPO-Akten geltend macht. Wie bereits mehrfach ausgeführt, rechtfertigt sich die Abänderung nur aufgrund einer konkreten Kindeswohlgefährdung (vgl. oben E. II.2.1.4). Eine Gefährdung von C._____ unter der Obhut der Klägerin geht aus den KAPO-Akten nicht hervor und wird auch nicht geltend gemacht.

6.2.2 Die Ausführungen des Beklagten bezüglich der KAPO-Akten sind dahingehend zu verstehen, dass gestützt darauf kein Mangel an seiner eigenen Erziehungsfähigkeit begründet werden könne. Da wie gezeigt keine akute Kindeswohlgefährdung glaubhaft gemacht wurde, muss die Erziehungsfähigkeit des Beklagten im vorliegenden Verfahren nicht thematisiert werden, weshalb sich Ausführungen zum Inhalt der KAPO-Akten im vorliegenden Verfahren erübrigen.

7. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beklagte keine veränderten Umstände glaubhaft machen konnte, welche auf eine konkrete Gefährdung von C._____ in der Obhut der Klägerin hinweisen. Auch wurden keine relevanten neue Tatsachen genannt, welche die mit Verfügung des Bezirksgericht Zürich vom 18. Juli 2023 angeordneten vorsorglichen Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt erscheinen lassen. Die Berufung ist abzuweisen und die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 5. April 2024, ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– zu verrechnen (Urk. 8; Art. 111 Abs. 1 ZPO).
3. Ferner ist der Beklagte zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung an die Klägerin für deren Aufwendungen im Berufungsverfahren zu verpflichten. Diese ist auf Fr. 1'500.– (einschliesslich 8.1 % MwSt.) festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 5. April 2024, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 16 und Urk. 17/5, und 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.

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, 5. August 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw D. Valsangiacomo

versandt am: