

# ZH\_OBERGERICHT LY240025 vom 11. September 2024

ZH Obergericht, 2024-09-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY240025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY240025)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY240025 du 11 septembre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LY240025 del 11 settembre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien befinden sich in einem vom Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) mit Eingabe vom 26. Mai 2015 beim Einzelgericht (3. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB (act. 7/1). Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor Vorinstanz voraus (vgl. act. 7/5/1-43/2). Mit Urteil und Verfügung vom 20. März 2014 wurde von der Teilvereinbarung der Parteien vom 23. bzw. 29. April 2013 Vormerk genommen und bezüglich Kinderbelange genehmigt. Die Obhut über die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) zugeteilt. Weiter wurde für den Fall, dass die Parteien keine Einigung über das Betreuungsrecht des Berufungsklägers finden, eine detaillierte Betreuungsregelung festgehalten. Der Berufungskläger wurde sodann zu Unterhaltsbeiträgen sowohl für C.\_\_\_\_\_ als auch auf für die Berufungsbeklagte verpflichtet (act. 7/5/37). Am 28. September 2015 schlossen die Parteien anlässlich einer Einigungsverhandlung vor Vorinstanz eine Teilvereinbarung ab (Protokoll Vorinstanz, S. 4 ff., S. 15; act. 7/21). Darin wurde unter anderem beantragt, beiden Parteien die Obhut für die Tochter C.\_\_\_\_\_ mit wechselnder Betreuung zu übertragen (act. 7/21). Mit Verfügung vom 20. November 2018 wurde die Vereinbarung der Parteien vom 19. November 2018 genehmigt, worin die Parteien unter anderem eine Beistandschaft für die Tochter C.\_\_\_\_\_ beantragten, genehmigt, und ihr sogleich eine Beistandschaft für die Dauer des Scheidungsverfahrens errichtet (act. 7/204). Mit Verfügung vom 17. Dezember 2019 wurde die Vereinbarung der Parteien vom

- 5 -

### E. 1.1

Vorliegend geht es um nicht vermögensrechtliche (Zuteilung der Obhut und die Gestaltung des persönlichen Verkehrs resp. der Betreuungsanteile) und ver-

- 6 - mögensrechtliche (Kindesunterhalt) vorsorgliche Massnahmen. Es liegt insgesamt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit vor. Dagegen ist die Berufung das zutreffende Rechtsmittel (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegen Entscheide über superprovisorische Massnahmen sieht die ZPO kein Rechtsmittel vor (vgl. BGE 137 III 417 E. 1.3; OGer ZH RB140036 vom 7. Oktober 2014 E. 2.3.). Soweit sich die Berufung gegen die Abweisung des Gesuchs um superprovisorische Massnahmen richtet, ist darauf nicht einzutreten.

### E. 1.2

Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen einzureichen. In der schriftlichen Berufungsbegründung 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). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). 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).

### **E. 1.3**

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 276 N 15). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensord-

- 7 - nung hergestellt werden. Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (vgl. Art. 248 lit. d ZPO); die entscheiderelevanten Tatsachen sind nicht strikte zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. In Bezug auf die hier strittigen Kinderbelange gelten die Offizialmaxime und der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 ZPO). Das Berufungsgericht ist deshalb nicht an die Anträge der Parteien gebunden (BGer 5A\_472/2019 vom 3. November 2020 E. 4.2.1; BGer 5A\_288/2019 vom 16. August 2019 E. 5.4) und es besteht keine Beweismit- telbeschränkung (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO).

### **E. 1.4**

Die Vorinstanz trat auf die (eventualiter) anhängig gemachte Abänderungsklage nicht ein (act. 3 S. 6). Da sich der anwaltlich vertretene Berufungskläger mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz (act. 3 E. 4.5) nicht auseinandersetzt (vgl. act. 2), ist diesbezüglich nicht auf die Berufung einzutreten (vgl. oben E. Ziff. II. 1.1). 2.

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 14. Juni 2024 stellte der Berufungskläger bei der Vorinstanz ein Gesuch um Anordnung superprovisorischer und vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 7/405 S. 2 ff.). Mit Verfügung vom 18. Juni 2024 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass superprovisorischer respektive vorsorglicher Massnahmen ab und trat auf die Abänderungsklage nicht ein (act. 6 = 7/406).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, dass es keiner richterlichen Anordnungen bedürfe, wenn schon eine Regelung vorliege oder sich die Parteien einig seien. Dies gelte auch hinsichtlich der Kinderbelange, soweit das Kindeswohl nicht gefährdet sei. Vorliegend stütze sich das Massnahmebegehren des Berufungsklägers auf einen (angeblichen) Wunsch einer

14-jährigen Teenagerin. Kinder in diesem Alter ändern häufig ihre Meinung und befänden sich regelmässig in einem Loyalitätskonflikt in Bezug auf die beiden Elternteile. Es sei nachvollziehbar, dass die alternde Obhut in administrativen und organisatorischen Belangen zu einem Mehraufwand führe. Dies betreffe jedoch sämtliche Kinder, die zwischen zwei Haushalten hin und her wechseln müssten. Vorliegend bestehe bereits eine ausgewogene Betreuungsregelung, welche seit mehreren Jahren so gelebt werde. Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers führe die einstweilige Beibehaltung dieser Obhuts- bzw. Betreuungsregelung nicht zu einem "nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil" bzw. zu einer Kindeswohlgefährdung (act. 3 E. 4.4).

## E. 2.2

Der Berufungskläger entgegnet zusammengefasst, C.\_\_\_\_\_ sei seit der Kinderanhörung vom 16. November 2022 älter, reifer und selbstbewusster geworden;

- 8 - sie werde in wenigen Monaten 15 Jahre alt. Er übernehme seit Anfang 2024 mehrheitlich die Betreuung von C.\_\_\_\_\_. Mit Ausnahme vom 29. Mai bis 2. Juni 2024 habe er C.\_\_\_\_\_ seit dem 1. Mai 2024 durchgehend betreut. Die Parteien hätten sich über die Mai-Betreuung verständigt, weil die Berufungsbeklagte sich im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit mehrheitlich im Ausland aufgehalten habe. In diesen Monaten habe sich das bisherige gute Verhältnis zwischen Vater und Tochter weiter verfestigt. Zu praktisch allen Gerichtsverhandlungen habe ein Dolmetscher hinzugezogen werden müssen, weil sich die Berufungsbeklagte aufgrund ihrer schlechten Deutschkenntnisse sonst nicht äussern können. Aus diesem Grund sei er von Beginn an der Ansprechpartner für die Lehrpersonen von C.\_\_\_\_\_ gewesen. Bereits im Februar/März 2024 habe C.\_\_\_\_\_ ihm gegenüber sowie der Schulsozialarbeiterin geäußert, sie fühle sich beim Vater wohler und habe mehr Ruhe als bei der Berufungsbeklagten. Sie wolle das ständige Hin und Her zwischen den beiden Wohnorten nicht mehr und ausschliesslich bei ihrem Vater wohnen. Es sei vereinbart worden, erst einmal abzuwarten und nichts zu überstürzen. C.\_\_\_\_\_ wolle im nächsten Schuljahr 2024/2025 die Prüfung für das Gymnasium absolvieren. Hierzu wolle sie ausschliesslich beim Vater wohnen, mit ihm lernen und möglichst nicht mehr weiter in den schweren Elternkonflikt eingebunden werden. Aus diesem Grund und weil der Entscheid in der Ehescheidung voraussichtlich spätestens im Herbst 2024 zu erwarten sei, bestehe C.\_\_\_\_\_ darauf, jetzt die Änderung ihrer Wohnsituation herbeizuführen. Auf Veranlassung der Vorinstanz sei C.\_\_\_\_\_ trotz Abweisung des Massnahmegesuchs am 26. Juni 2024 durch die Beiständin D.\_\_\_\_\_ befragt worden. In ihrer E-Mail vom 26. Juni 2024 habe D.\_\_\_\_\_ über die wesentlichen Aussagen des Einzelgesprächs mit C.\_\_\_\_\_ informiert. Sie halte fest, C.\_\_\_\_\_ habe verschiedene Gründe für ihren Entscheid des Wohnsitzwechsels. Neben der Unterstützung des Vaters für die geplante Gymiprüfung spiele auch ein starker Loyalitätskonflikt mit C.\_\_\_\_\_ eine Rolle. Sie sehe bei einem Verbleib bei einem Elternteil auch einen Schutz vor dem Konflikt zwischen ihnen. C.\_\_\_\_\_ habe sich entschieden, beim Vater zu leben und wolle derzeit auch keine fixen Termine mit ihrer Mutter abmachen. D.\_\_\_\_\_ spreche sich dafür aus, dass C.\_\_\_\_\_ in einem Alter sei, in dem

- 9 - sie selbst entscheiden könne, was ihr gut tue und appelliere an die Eltern, den Wunsch von C.\_\_\_\_\_ zu beachten. Eine beinahe hälftige Aufteilung der Obhut scheine aus Sicht der Beiständin momentan nicht gut für C.\_\_\_\_\_ zu sein (act. 2 Rz. 8 ff.).

### **E. 2.3**

Die Abänderung vorsorglicher Massnahmen ist zulässig, wenn seit deren Erlass eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). In Bezug auf die Abänderung von Regelungen der Kinderbelange wie etwa der Obhut und des Besuchsrechts kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 3 E. 4.4). Eine Abänderung der Obhut kommt somit nur für den Fall einer ernsthaften Kindeswohlgefährdung in Frage. Ergänzend zur Vorinstanz ist sodann darauf hinzuweisen, dass im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren zwar keine besondere Dringlichkeit erforderlich ist (OGer ZH LY180053 vom 26. Februar 2019 E. 2.2). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen bedingt aber trotzdem, dass mit dem Entscheid nicht bis zum Endentscheid in der Hauptsache zugewartet werden kann. Mit anderen Worten bedingt der Erlass vorsorglicher Massnahmen eine Massnahmeerforderlichkeit (OGer ZH LY160046 vom 5. Dezember 2017 E. Ziff. III. 1.6.2).

### **E. 2.4**

Die Anforderungen an die Abänderung der Obhut im vorsorglichen Massnahmenverfahren sind, wie von der Vorinstanz ausgeführt (vgl. act. 3 E. 4.4), hoch. Die Beibehaltung der geltenden Regelung muss C.\_\_\_\_\_ mehr schaden als der Verlust an Kontinuität der mit der Abänderung einhergeht (OGer ZH LY190039 vom 9. April 2020 E. Ziff. III. 4.1.2; vgl. auch BGer 5A\_148/2014 vom

### **E. 2.5**

Die Vorinstanz wies das Begehren zusätzlich mit der Begründung ab, den Parteien sei bereits im April 2024 förmlich mitgeteilt worden, dass das Verfahren in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei. Während laufender Beratungsphase könne kein neues Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt werden (act. 3 E. 4.2 f.). Da die Obhutsumteilung bereits aus materiellen Gründen abzuweisen ist und sich der Berufungskläger mit dieser Erwägung nicht auseinandersetzt, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

- 11 - 3. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. III. 1. Die Entscheidungsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 750.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und ist mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss (vgl. act. 8; act. 10) in der Höhe von Fr. 750.– zu verrechnen. 2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. 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 Bundesge-

- 12 - richt, 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 und 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 D. Stebler versandt am:

### **E. 3**

Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 1. Juli 2024 fristgerecht (vgl. act. 7/407/2) Berufung und stellte vorstehend genannte Anträge (act. 2 S. 2).

### **E. 4**

Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1- 411). Der mit Verfügung vom 11. Juli 2024 einverlangte Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (vgl. act. 8; act. 9; act. 10). Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird (vgl. unten, E. II.), sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif. II. 1.

### **E. 8**

Juli 2014 E. 6.1 f.). Obschon auch die Vorinstanz auf das Erfordernis der ernsthaften Kindeswohlgefährdung hingewiesen hat (act. 3 E. 4.4), legt der Berufungskläger auch im Berufungsverfahren nicht dar, inwiefern das Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ aufgrund der seit September 2015 gelebten Obhutsregelung mit wechselnder Betreuung gefährdet, geschweige denn ernsthaft gefährdet, sein soll. Der Berufungskläger begründet die beantragte Abänderung in erster Linie mit den Gymiprüfungsvorbereitungen und dem Wunsch der Tochter nach Ruhe. Die Beweggründe für den Wunsch der Tochter sind objektiv nachvollziehbar, insbesondere

- 10 - auch ihr Bedürfnis nach Ruhe angesichts der jahrelangen Streitigkeiten zwischen den Eltern. Auch wenn es mit Blick auf das Kindeswohl wünschbar wäre, dass der Loyalitätskonflikt entschärft werden könnte, bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung. Gerade auch angesichts des Verfahrensstands des Hauptverfahrens scheint die Belastung für C.\_\_\_\_\_ nicht derart akut zu sein, dass eine ernsthafte Kindeswohlgefährdung vorliegt. Dafür spricht auch die E-Mail der Beiständin D.\_\_\_\_\_, worin diese das Gespräch mit C.\_\_\_\_\_ vom 26. Juni 2024 zusammenfasst (act. 2 Rz. 15 f.). Darin führt sie aus, dass eine (beinahe) hälftige Aufteilung der Obhut momentan für C.\_\_\_\_\_ nicht gut zu sein scheine (act. 4/2; act. 7/411). Damit übereinstimmend erklärt die Beiständin in ihrem Schreiben vom 28. Juni 2024 an die Vorinstanz, dass sie derzeit aufgrund des aktuellen Verfahrensstandes keinen Antrag ans Gericht stelle. Sie erwarte, dass die Eltern den Entscheid und die Bedürfnisse von C.\_\_\_\_\_ vorerst auf freiwilliger Basis akzeptierten (act. 7/410). Auch aus dem Bericht der Beiständin ergibt sich demnach keine ernsthafte Kindeswohlgefährdung. Sodann fehlt es auch an der erforderlichen Dringlichkeit im Sinne einer Massnahmeerforderlichkeit (vgl. oben, E. Ziff. II. 2.3). Die Beiständin hält fest, dass in einigen Wochen entschieden werden könne, ob und wie die

Obhut gerichtlich geregelt werden solle. Eine latente Kindeswohlgefährdung würde nur bei länger andauernder Missachtung der Bedürfnisse von C.\_\_\_\_\_ vorliegen (act. 7/410). Es besteht somit kein Anlass in einem derart weit fortgeschrittenen Scheidungsverfahren, das sich bereits im Stadium der Urteilsberatung befindet, die vorsorglichen Massnahmen abzuändern. Dies bestätigt letztlich auch der Berufungskläger, wenn er ausführt, dass C.\_\_\_\_\_ bereits im Februar/März 2024 den Wunsch geäussert habe, ausschliesslich bei ihm zu wohnen (vgl. act. 2 Rz. 11).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.