

ZH_OBERGERICHT LY240033 vom 3. Februar 2025

ZH Obergericht, 2025-02-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY240033

FR: ZH_OBERGERICHT LY240033 du 3 février 2025

IT: ZH_OBERGERICHT LY240033 del 3 febbraio 2025

Erwägungen

E. 1.1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 16. Juni 2023 wurden die Parteien geschieden. Die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2015, und D._____, geboren am tt.mm.2016, wurden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge sowie gemeinsamen Obhut der Parteien mit einem hälftigen Betreuungsan- teil belassen. Als Wohnsitz der Kinder wurde der Wohnsitz der Beklagten und Be- rufungsbeklagten (fortan Beklagte) festgelegt (Urk. 7/3 Disp. Ziff. 1-3 und 3/2c).

E. 1.2

Mit Eingabe vom 15. April 2024 machte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) bei der Vorinstanz ein Verfahren betreffend Abänderung des Schei- dungsurteils anhängig. Darin beantragte er unter anderem, der Wohnsitz der Kinder sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bei ihm festzulegen (Urk. 7/1). Am 29. Mai 2024 wurde C._____ angehört (siehe Prot. I S. 5 ff.). D._____ verzichtete auf eine Kinderanhörung, liess jedoch mitteilen, dass er bei beiden [Eltern] "gleich sein wolle" (Urk. 7/13; s.a. Urk. 2 E. 1.4.). Im Übrigen kann betreffend den erstin- stanzlichen Prozessverlauf auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 ff.). Am 5. Juli 2024 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 2 = Urk. 7/45 [unbegründet] und Urk. 7/55 [begründet]).

E. 1.3

Hiergegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 13. September 2024 innert Frist (Urk. 7/56 [Blatt 1], Art. 311 Abs. 1 ZPO) Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 1 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 7/1-56) wurden beigezo- gen. Da sich die Berufung – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Auf die Vorbringen des Klägers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies zur Entscheidungsfindung notwendig erscheint.

E. 2.1

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungs- instanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbezugnis der Streitsache und

- 5 - folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021 E. 3).

E. 2.2

In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021 E. 5.1 nicht publ. in BGE 147 III 301). Der Kläger führt einleitend ohne konkrete Bezugnahme auf den vorinstanzlichen Entscheid aus, weshalb er vor Vorinstanz eine vorsorgliche Abänderung des Wohnsitzes der Kinder beantragt hatte (Urk. 1 Rz. 19 f.). Solche Ausführungen genügen den dargelegten Begründungsanforderungen nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

E. 2.3

Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die

- 6 - Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

E. 2.4

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Verfahren um Abänderung eines Scheidungsurteils grundsätzlich zutreffend dargelegt (Urk. 2 E. 2 S. 4 ff.). Auf diese Ausführungen kann – zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen – verwiesen werden.

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog nach Erörterung der rechtlichen Grundlagen, beide Kinder stünden unter der alternierenden Obhut der Parteien mit hälftiger Betreuung, womit sie bei beiden Elternteilen einen Lebensmittelpunkt hätten. In der Scheidungskonvention vom 26. Mai 2023 sei vereinbart worden, dass der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ und D._____ bei der Beklagten festzulegen sei. Dieser sei vor allem massgeblich für die Frage, an welchem Ort die Kinder die Schule besuchten. Eine Abänderung des Wohnsitzes würde an der derzeitigen Betreuungssituation entsprechend nichts ändern, weshalb ein vorsorglicher, formeller Wohnsitzwechsel weder geeignet noch erforderlich oder angemessen sei, um den vom Kläger verschiedenen geäusserten Befürchtungen einer Kindswohlfährdung bei der Beklagten entgegenzuwirken. Dies gelte insbesondere auch

bezüglich der Behauptung des Klägers, beim Wohnort der Beklagten handle es sich um eine nicht kindgerechte Umgebung und er störe sich daran, dass die Kinder ab der vierten Klasse mit dem Schulbus zur Schule müssten. Dies betreffe zudem sämtliche auf dem G._____ [Wohnort der Beklagten] wohnhaften Kinder gleichermassen und stelle keine Kindswohlfährdung dar, zumal sich sämtliche Gemeinden an die gesetzlichen Vorgaben zur Sicherstellung des Schulbesuchs der ansässigen Kinder zu halten hätten. Darüber hinaus handle es sich bei der Wohnung der Beklagten um die ehemalige Familienwohnung, in welcher der Kläger zumindest im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens am Bezirksgericht Meilen gemeinsam mit der Beklagten und den Kindern gewohnt habe. Entsprechend erscheine das Argument, dieser Wohnort sei nicht kindgerecht, wenig überzeugend. Das weitere Vorbringen des Klägers, die Kinder würden von ihren Schulkameraden gehänselt, sich im Schulkreis der Beklagten nicht wohlfühlen und hätten

- 7 - keine Freunde, erscheine unsubstantiiert und es ergäben sich hierfür keine Anhaltspunkte. Der Kläger habe anlässlich der Befragung nichts vorgebracht, was darauf schliessen lassen könnte, dass C._____ sich in der Schule nicht wohlfühle oder keine Freunde hätte. Das gewünschte Hobby Karate könne sie offenbar trotz Schulpflicht im G._____ in E._____ ausüben. Gleiches gelte in Bezug auf D._____. Was die vom Kläger behaupteten Hänseleien oder tätlichen Vorfälle auf D._____ betreffe, so gehe aus den Schilderungen des Klägers nicht hervor, dass diese – sollten die Behauptungen zutreffen – ein Ausmass angenommen hätten, welches das in einer Schulklasse übliche Mass an Konflikten unter Kindern derart übersteige, als dass einzig ein Schulwechsel die Problematik lösen könnte, zumal zunächst innerschulische Möglichkeiten (Gespräche mit Klassenlehrpersonen, Sozialarbeiterin etc.) auszuschöpfen wären. Auch bei D._____ sei schliesslich gemäss Schilderung des Klägers das Hobby Karate oder Judo – unabhängig von der Schulgemeinde – für nach den Sommerferien geplant. Zusammengefasst ergäben sich bereits aus dem vorgebrachten Standpunkt sowie der Befragung des Klägers keine besonderen Umstände, aufgrund derer ein Schulwechsel dringend wäre, noch gehe daraus hervor, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich so erheblich und dauernd geändert, dass die im abzuändernden Urteil geltende Regelung für die Dauer des Verfahrens nicht mehr angemessen erscheine. Sämtliche Vorbringen des Klägers zur Schule seien genereller Natur, wobei es eher praktische Gründe zu sein schienen, die für einen Schulwechsel sprächen, wenn auf den Schulweg oder C._____s bevorstehenden Schulhauswechsel verwiesen werde. Zudem deckten sich die Darstellungen des Klägers weder mit der Wahrnehmung der Beklagten, noch ergebe sich aus der Stellungnahme oder den Rechenschaftsberichten des Beistands die Vermutung, dass diesbezüglich ein Handlungsbedarf bestehe. Auch von Seiten der Schule habe es offenkundig keine Interventionen gegeben, und obwohl die Kinder in psychologischer Behandlung seien und sich der Psychologin gemäss den übereinstimmenden Aussagen der Parteien geöffnet hätten, habe sich diese offenkundig nicht dazu veranlasst gesehen, aufgrund schulischer Probleme bzw. sozialer Probleme in der Schule eine Meldung an die

- 8 - Eltern zu machen. Auch C._____ selbst habe an der Kinderanhörung nichts Derartiges geäussert. Es sei vielmehr der Eindruck entstanden, dass sich die Kinder in der Schule wohl fühlten, wenn auch gelegentlich Auseinandersetzungen unter Mitschülern vorkämen. C._____ habe zudem von zahlreichen Freundinnen berichtet und auch D._____ habe viele Freunde. Somit bestünden aktuell keine Anhaltspunkte dafür, dass es den Kindern in der Schule schlecht gehe oder gar eine Gefährdungssituation vorliege. Was den vom Kläger

behaupteten Kindeswillen betreffe, so sei vorab festzuhalten, dass bei D._____ kein Kindeswille hinsichtlich des Schulorts vorliege. C._____ habe zwar mehrfach geäußert, in E._____ zur Schule gehen zu wollen, auf Nachfrage dazu habe sie aber keine weiteren Angaben machen können. Auffallend sei ausserdem, dass C._____ offenbar davon ausgegangen sei, ihren Schulort wählen zu können, obwohl dem klarerweise nicht so sei. Dies deute darauf hin, dass C._____ vom Kläger in die entsprechende Richtung beeinflusst worden sei. Darüber hinaus erweckten ihre in diesem Zusammenhang gemachten Aussagen den Eindruck, dass sie sich der Konsequenzen eines Schulwechsels nicht vollumfänglich bewusst sei. Jedenfalls habe sie keine nachvollziehbaren Motive für ihren geäußerten Willen nennen können. Insbesondere erscheine es wenig glaubhaft, dass C._____, welche offenbar in der aktuellen Schule gut eingebunden sei und viele Freundinnen habe, einen Verlust der Freundinnen einzig mit der pauschalen Bemerkung, sie freue sich, neue Kinder kennenzulernen, hinnehme, ohne jedoch Probleme am alten Schulort oder gewichtige Vorteile am gewünschten neuen Schulort nennen zu können. Dass sie die alten Freundinnen jeweils am Donnerstagnachmittag treffen könnte, erscheine schliesslich wenig realistisch, seien doch die Stundenpläne verschiedener Schulklassen bekanntermassen unterschiedlich. Gestützt auf diese Äusserungen allein rechtfertige sich ein Schulwechsel angesichts der erwähnten Abänderungsvoraussetzungen nicht. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass ein Schulwechsel für Kinder stets einen erheblichen Einschnitt darstelle. C._____ stehe der Übertritt in die 4. Klasse und damit bereits ein einschneidender Wechsel (Schulhaus, Klasse, Lehrperson) bevor. In H._____ würden mindestens zwei Freundinnen mit ihr in der Klasse sein.

- 9 - In E._____ müsste sie den Wechsel hingegen in einem völlig neuen Umfeld bewältigen. D._____ besuche seit einem Jahr die Schule auf dem G._____ und würde ebenso aus seinem gewohnten Umfeld gerissen werden. Es sei angesichts dessen nicht ersichtlich, weshalb ein Schulwechsel nach E._____ und eine vollständige Veränderung des Umfelds dem Kindeswohl von C._____ und D._____ besser entsprechen sollte. Ein Schulwechsel scheine somit auch mit Blick auf das Bedürfnis der Kinder nach Stabilität und Konstanz nicht angebracht, was auch der Beistand in seiner Stellungnahme festgehalten habe. Somit seien keine Gründe ersichtlich, weshalb die Beibehaltung der bisherigen Regelung für die Dauer des Verfahrens nicht mehr angemessen sein solle. Insgesamt seien die Voraussetzungen für die Anordnung eines Wohnsitz- und Schulwechsels zum jetzigen Zeitpunkt nicht gegeben. Im Übrigen könnte der Wohnsitzwechsel auch noch im Hauptverfahren angeordnet werden, sollte der Kläger mit seinen Anträgen durchdringen. Vorsorglich erscheine die Anordnung eines Wohnsitz- und Schulwechsels daher nicht angezeigt, womit das Gesuch des Klägers abzuweisen sei (Urk. 2 E. 3 S. 6-14).

E. 3.2

Der Kläger bringt berufsungsweise vor, die Vorinstanz habe das ihr zustehende Ermessen zugunsten der Kontinuität unterschritten. Die Kontinuität würde indes entgegen der Ansicht der Vorinstanz bei einem Wohnsitzwechsel "mehr oder weniger" gewahrt werden. Zudem liege der Wohnsitzwechsel im Kindeswohl, welches Dreh- und Angelpunkt mit Bezug auf die Frage sei, ob ein Änderungsgrund vorliege. Vorliegend sei eine akute Kindeswohlgefährdung "nicht von der Hand" zu weisen und auch die von der Vorinstanz thematisierte Dringlichkeit sei aus den nachfolgenden Gründen zu bejahen. Die Vorinstanz werfe dem Kläger im angefochtenen Entscheid vor, seine Behauptungen in Bezug auf den Wohnort der Beklagten seien wenig überzeugend, da es sich hierbei um den

ehemaligen Familienwohnsitz handle. Indes übersehe sie, dass die Parteien diesen Wohnort gewählt hätten, als die Kinder noch klein gewesen seien und das "Bächlein" im Garten für deren Entfaltung genügt habe. Im heutigen Zeitpunkt sei der Wohnort der Beklagten nicht mehr kindgerecht, zumal die Kinder aufgrund dessen Abgelegenheit für ihre Freizeitgestaltung (Hob-

- 10 - bys/Freunde treffen) auf die Fahrdienste der Beklagten angewiesen und so deren Launen ausgesetzt seien. D. _____ habe die Beklagte am Donnerstag nicht mehr ins Fussballtraining nach E. _____ fahren wollen, wodurch er nicht mehr für die Fussballspiele aufgeboden worden sei. Damit sei für ihn ein Traum geplatzt und er weine nur noch, wenn er darauf angesprochen werde. Auch C. _____ habe die Beklagte am Donnerstag und Freitag nicht ins Zusatztraining für die Karateprüfung fahren wollen. Ausserdem seien beide Kinder – wie im Übrigen auch die Parteien selbst – schon mehrfach die beiden "supersteilen" Treppen im Haus [der Beklagten] heruntergefallen. Diese Umstände zeigten einmal mehr auf, dass es für die Kinder nicht mehr zumutbar sei, auf dem G. _____ zu wohnen. Die im Eheschutzverfahren aufgestellte Behauptung der Beklagten, sie wolle einen neuen Wohnort suchen und alles für die Kinder tun, habe sich offensichtlich als Lüge herausgestellt. Ihre Weigerung, den Kindern die erforderliche Mobilität zu ermöglichen, komme angesichts ihrer anderslautenden Beteuerungen im Eheschutzverfahren einem "mustergültigen venire contra factum proprium" gleich. Dass sich D. _____ regelmässig am "letzten" Abend/Nacht beim Vater einnässe, sei ein untrügliches Zeichen für sein Unwohlsein, seiner Angst vor der Beklagten, welche ihn und C. _____ bei Überforderung ins Gesicht schlage und an den Haaren reisse, sowie die "Beklemmung", sich auf dem G. _____ ohne Unterstützung der Beklagten nicht frei bewegen zu können. D. _____ werde zudem von seinen Mitschülern dermassen "arg geplagt", dass die Schulsozialarbeiterin Anfang des Jahres 2024 intervenieren müssen. Die entsprechende Rückmeldung der Kinderpsychologin an den Beistand I. _____ sei unberücksichtigt geblieben. Entgegen den Behauptungen der Beklagten und der Vorinstanz habe es sich hierbei nicht um normale Rangeleien gehandelt. Vielmehr sei sogar die Schulsozialarbeiterin eingeschaltet worden, worüber die Beklagte den Kläger nie informiert habe. Diesen Umstand habe die Beklagte gar negiert, im Rahmen der Parteibefragung verschwiegen und die Prügel als Akt der Sozialisierung dargestellt. Indem sich die Vorinstanz nicht bei der Kinderpsychologin über die Kindertherapie orientiert habe, habe sie die Officialmaxime (gemeint wohl: Untersuchungs-

- 11 - maxime) verletzt. Vor dem geschilderten Hintergrund hätte die Vorinstanz – wie beantragt – eine "schriftliche Auskunft" einholen müssen. Der Beistand I. _____, auf welchen sich die Vorinstanz in diesem Zusammenhang berufe, habe die Kinder kein einziges Mal gesehen. Gleichermassen hätte sich eine schriftliche Erkundigung bei J. _____ von der Mediationsstelle aufgedrängt. Darauf abzustellen, dass die Kinder bzw. C. _____ keine kindswohlgefährdenden Umstände geschildert hätten, sei verfehlt. Kinder würden ihre Peiniger schützen und ihre Eltern "quasi als Halbheilige" sehen. Ein Kind würde "vor diesem Hintergrund" nur in den seltensten Ausnahmefällen Dritten etwas Negatives über die eigenen Eltern erzählen. Es könne somit nicht gesagt werden, dass es den Kindern deshalb gut gehe, weil C. _____ sich hierzu nicht klar geäussert habe. Die Kinder würden nichts anderes als den G. _____ kennen und die damit verbundenen Umstände als normal erachten. Der wohl gewichtigste Hinweis für die vorliegende Kindswohlgefährdung sei jedoch der Umstand, dass die Kinder bei der Beklagten

mindestens eine weitere sexuelle Handlung mitbekommen hätten. So habe sich C._____ unverhofft rittlings auf den auf dem Sofa liegenden Kläger gesetzt, jedoch unverzüglich zu weinen begonnen, als sie seinen erschrockenen Gesichtsausdruck bemerkt habe, und ihn mit den Worten "Papi hilf mer" um Hilfe angefleht. Die Begründung der Beklagten, die Kinder hätten beim Surfen pornografische Inhalte auf youtube gesehen, sei re- alitätsfern. Die Kinder hätten bereits vor drei Jahren Sexualpraktiken nachgespielt. In diesem Zeitpunkt hätten sie aber weder schreiben können noch hätten sie über ein Handy verfügt. Abgesehen davon sei youtube für Benutzer offenbar nur nach einer Altersabklärung und einer Identifikation zugänglich. Damit könnten sie diese Sachen nur bei der Beklagten gesehen haben. Es sei zu befürchten, dass die Kin- der dereinst bei diesen Handlungen der (diesfalls wahrscheinlich alkoholisierten) Beklagten mit ihren Partnern involviert würden. Dies nicht nur deshalb, weil das Schlafzimmer "offen" [einsehbar] sei, sondern auch, weil die Kinder (oder zumin- dest eines) zuweilen offenbar im Bett der Beklagten seien, wenn die sexuellen Handlungen erfolgten. Die Kinder hätten beim Kläger schon früher sexuelle Hand- lungen in der Badewanne dargestellt und ihm gegenüber bestätigt, dass sie beob- achtete Szenen nachahmen würden. Bereits aufgrund dieser Umstände dränge

- 12 - sich ein sofortiger Wohnsitzwechsel und "womöglich weit mehr" auf. Die Vorinstanz sei indes in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht weiter auf die diesbezüglichen Vorbringen des Klägers eingegangen, obschon sogar die Beklagte anerkannt habe, dass die Kinder in ihrem Haushalt Szenen nachgespielt hätten (mit Verweis auf Prot. I S. 29 oben). Des Weiteren habe D._____ eine neue Brille benötigt, zumal die alte Brille zu klein geworden sei und das Gesicht eingeschnitten habe. Anstatt jedoch eine neue Brille zu kaufen, habe die Beklagte lediglich ein neues Glas beim Optiker bestellt. Offenbar habe sie sich das Geld gespart, um es "womöglich in Flüssignahrung aus vergorenem Gersten- oder Traubensaft" zu investieren. Zudem habe die Beklagte einseitig und ohne Begründung Termine mit dem Beistand der Kinder, der Kinder- psychologin sowie der Mediatorin abgesagt. Schliesslich sei festzuhalten, dass die Vorinstanz behaupte, der Kläger habe drei Freunde von D._____ erwähnt. Indes lasse sich der von der Vorinstanz ange- führten Protokollstelle nichts dergleichen entnehmen. Vielmehr habe der Kläger ausgeführt, dass nur K._____ auf dem G._____ wohnhaft sei. Um seinen anderen Freund L._____ zu treffen, sei D._____ auf die Beklagte angewiesen. Diese Akten- widrigkeit der Vorinstanz müsse zur Aufhebung der vorinstanzlichen Verfüg- ung führen und es sei ein reformatorischer Entscheid zu fällen (Urk. 1 Rz. 21-44 S. 9-23).

E. 3.3.1

Hinsichtlich der vom Kläger monierten Verletzung des rechtlichen Gehörs ist vorab festzuhalten, dass sich das Gericht nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Vielmehr kann es sich in seinen Urteilserwägungen auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2; 136 I 184 E. 2.2.1). Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheids, das im Urteilsdispositiv zum Ausdruck kommt und

- 13 - welches allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Über dessen Tragweite – und nicht über ihm zugrunde liegende Erwägungen – soll sich die betroffene

Person anhand der Begründung Rechenschaft geben können (BGE 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.; vgl. auch BGer 5D_183/2017 vom 13. Juni 2018 E. 3.2.; 5A_382/2013 vom 12. September 2013 E. 3.1.; 5A_95/2012 vom 28. März 2012 E. 2.). Die Vorinstanz hat festgehalten, dass den vom Kläger "verschiedenen geäusserten Befürchtungen einer Kindswohlfährdung bei der Beklagten" mit einer Änderung des Wohnsitzes nicht entgegengewirkt werden könnte. Damit hat sie sich implizit mit den Vorbringen des Klägers, wonach die Kinder bei der Beklagten Zeugen sexueller Handlungen geworden seien, auseinandergesetzt. Wie die Berufungsschrift zeigt, vermochte der Kläger die Tragweite des vorinstanzlichen Entscheids ohne Weiteres zu erfassen und diesen entsprechend anzufechten. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist vor diesem Hintergrund zu verneinen.

E. 3.3.2

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid – wie gesehen – festgehalten, dass die vom Kläger verschieden geäusserten Befürchtungen einer Kindswohlfährdung bei der Beklagten einen Wohnsitzwechsel nicht zu rechtfertigen vermögen. Mit dieser Erwägung setzt sich der Kläger in seiner Berufungsschrift nicht weiter auseinander, sondern begnügt sich damit, erneut mehrere seiner Ansicht nach kindswohlfährdenden Umstände bei der Beklagten zu schildern (so insbesondere: nicht kindgerechter Wohnort der Beklagten und deren Unwillen, einen neuen Wohnort zu suchen; Weigerung der Beklagten, die Kinder zu ihren Hobbys zu fahren; Kauf eines Brillenglases anstatt einer Brille; sexuelle Handlungen vor den Kindern; Tätlichkeiten gegenüber den Kindern; Widersprüchliches Verhalten bzw. Lügen der Beklagten in Gerichtsverfahren; Einnässen von D._____). Dies genügt jedoch den eingangs dargelegten Begründungsanforderungen nicht, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Der Vollständigkeit halber sei jedoch angemerkt, dass eine Wohnsitzverlegung – wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat – nichts an den bestehenden Betreuungsverhältnissen ändern würde und die Kinder daher im gleichen Ausmass den geltend gemachten (angeblichen) kindswohlfährdenden Umständen ausgesetzt wären. Soweit sich der Kläger an der vorinstanzlichen Erwägung stört, sein Argument des nicht kindgerechten Wohnorts der

- 14 - Beklagten sei wenig überzeugend, da es sich bei deren Wohnort um den ehemaligen Familienwohnsitz handle, ist er zudem darauf hinzuweisen, dass dies nur einer von mehreren Gründen gewesen ist, weshalb die Vorinstanz sein diesbezügliches Argument als nicht stichhaltig erachtet hatte. Selbst wenn daher dem Kläger in diesem Punkt zuzustimmen wäre, würde es im Ergebnis nichts ändern. Den Erwägungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem angeblichen Mobbing von D._____ hält der Kläger ebenfalls nichts Substantielles entgegen. Er begnügt sich im Wesentlichen mit der (unsubstantiierten) Behauptung, die Schulsozialarbeiterin habe Anfang 2024 intervenieren müssen, nachdem D._____ derart arg von seinen Mitschülern geplagt worden sei. Dies genügt indes nicht, zumal er seine Behauptung auch nicht durch objektive Anhaltspunkte zu untermauern vermag. Die vom Kläger hierzu eingereichte E-Mail hält einzig fest, dass aufgrund verschiedener Streitereien im letzten Schuljahr im Dezember [2023] und Januar [2024] die (ehemalige) Schulsozialarbeiterin "einen Input in der Klasse im G._____ durchgeführt und mit einzelnen Gruppen gearbeitet" habe (vgl. Urk. 5/35). Dass dies (einzig) wegen des Mobbing von D._____ erfolgte und D._____ über eine längere Zeit gemobbt worden sei, lässt sich der E-Mail indes nicht entnehmen. Welche "entsprechende" Rückmeldung der Kinderpsychologin an den Beistand I._____ unberücksichtigt geblieben sein soll, lässt der

Kläger sodann offen. Und schliesslich ist festzuhalten, dass auch von den Parteien im vorinstanzlichen Verfahren – soweit ersichtlich – lediglich ein (1) konkreter Vorfall zur Sprache gebracht worden ist (siehe Prot. I S. 11 f. und S. 29 f., wonach D._____ von seinem [älteren] Mitschüler M._____ verprügelt worden sei). Der Vorwurf des Klägers, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt, indem sie keine schriftliche Auskunft der Kinderpsychologin über die Kinder-therapie oder von J._____ von der Mediationsstelle eingeholt habe, geht ebenfalls ins Leere. Die Vorinstanz hat festgehalten, es bestünden aktuell keine Anhaltspunkte dafür, dass es den Kindern in der Schule schlecht gehe oder gar eine Gefährdungssituation vorliege. Entsprechend hat sie keine Veranlassung gesehen, weitergehende Abklärungen zu treffen. Der Kläger legt nicht dar, aufgrund welcher konkreter Anhaltspunkte und in Bezug auf welche Tatsachen genau sich die Ein-

- 15 - holung einer schriftlichen Auskunft der Kinderpsychologin aufgedrängt hätte, sondern begnügt sich einzig mit einem ungenügenden Hinweis auf die "geschilderten gravierenden Entwicklungen" und der Wiedergabe von Allgemeinplätzen (siehe diesbezüglich insbes. Urk. 1 Rz. 34 ff.). Soweit der Kläger geltend machen will, es hätten schriftliche Auskünfte zu den seiner Ansicht nach kindswohlgefährdenden Umständen bei der Beklagten während derer Betreuungszeit eingeholt werden müssen (vgl. sein Verweis in Urk. 1 Rz. 35 auf Urk. 7/1 S. 25 [betr. kindswohlgefährdende Zustände bei der Beklagten] und S. 26 [betr. Alkoholkonsum der Beklagten]), ist nochmals darauf hinzuweisen, dass diese (angeblichen) Umstände ohne hin keine (vorsorgliche) Wohnsitzänderung rechtfertigen, weshalb sich weitere Abklärungen hierzu von vornherein erübrigten. Und schliesslich ist festzuhalten, dass die monierte Aktenwidrigkeit – selbst wenn eine solche tatsächlich vorliegen sollte – entgegen der offenbaren Ansicht des anwaltlich vertretenen Klägers mitnichten ohne Weiteres zu einer Gutheissung der Berufung führen würde, wurde sein Gesuch doch nicht allein deshalb abgewiesen, weil der Kläger erwähnt habe, dass D._____ drei Freunde habe. Abgesehen davon hat der Kläger an der nämlichen Protokollstelle zwar zunächst ausgeführt, D._____ habe nur einen guten Freund namens L._____. Indes antwortete er auf die nachfolgende Frage, dass K._____ der einzige Junge auf dem G._____ sei, mit dem sich D._____ treffen könne, und K._____ – abgesehen von N._____ – der einzige weitere Freund von "ihm" sei. Damit hat der Kläger sehr wohl drei Freunde erwähnt, nämlich L._____, K._____ und N._____. Eine Aktenwidrigkeit ist somit zu verneinen.

E. 3.3.3

Nach dem Ausgeführten erweist sich die Berufung als unbegründet. Demgemäss ist sie abzuweisen und die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

E. 3.4.1

Der Kläger stellt im Berufungsverfahren den Antrag, die Obhut über die beiden Kinder sei in Anwendung der Official- und Untersuchungsmaxime ihm alleine

- 16 - zuzuteilen und es sei der Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen (Urk. 1 S. 2 Ziffer 2 der Anträge). Vor der Vorinstanz ist indes kein solcher Antrag gestellt und dementsprechend auch nicht darüber entschieden worden. Folglich liegt ein neuer Antrag vor. Dies ist als Klageänderung zu qualifizieren (ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 317 N 37; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 15 Rn 1374). Eine solche ist im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den in Art. 317 ZPO aufgeführten

Voraussetzungen zulässig. Die Regeln über die Klageänderungen finden im Bereich der Offizialmaxime allerdings keine Anwendung, da der Streitgegenstand nicht der Parteidisposition unterliegt. Den Klagebegehren kommt bloss eine Art "Vorschlagsfunktion" zu (Stauber, a.a.O., Art. 317 N 46; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 80). Da das vorliegende Verfahren der Offizialmaxime unterliegt, ist somit zu prüfen, ob das Kindeswohl eine (vorsorgliche) Änderung der bestehenden Obhutszuteilung erfordert.

E. 3.4.2

Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen bereits zutreffend ausgeführt (siehe Urk. 2 E. 2 S. 4 f.; vorstehend Ziff. 2.4.), dass die Hürden für vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess hoch sind, da bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Geht es um die Zuteilung der Obhut über ein Kind, ist also davon auszugehen, dass im Rahmen eines Abänderungsverfahrens eine bereits im Scheidungsurteil getroffene Obhutsregelung nur dann nicht mehr angemessen erscheint und eine vorsorgliche Neuregelung bedingt, wenn das Wohl des Kindes eine andere Ordnung gebietet bzw. das Wohl des Kindes unter der geltenden Regelung als gefährdet erscheint. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass zugunsten des Kindes grundsätzlich eine gewisse Stabilität der Lebensumstände zu erhalten und ein schädliches Hin und Her zu vermeiden ist (BGer 5P.84/2006 vom 3. Mai 2006 E. 4.1). Bei der Beurteilung der für die Obhutszuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über ein grosses Ermessen (BGer 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010 E. 2.2.1 m.w.H.).

E. 3.4.3

Die klägerischen Vorbringen, die Kinder seien bei der Beklagten (erneut) Zeugen sexueller Handlungen geworden, erschöpfen sich weitestgehend in Vermutungen, die durch keine objektive Anhaltspunkte untermauert wurden. Insbesondere lässt der (lediglich behauptete) Umstand, das Schlafzimmer der Beklagten sei

- 17 - durch das Badezimmer offen einsehbar und die Milchglastüre des Badezimmers werde nie geschlossen, nicht ohne Weiteres darauf schliessen, dass die Kinder bei der Beklagten Zeugen sexueller Aktivitäten geworden sind. Damit bleibt offen, wo die Kinder die von ihnen (angeblich) nachgeahmten Sexualpraktiken beobachtet haben. Es erscheint jedoch nicht abwegig, dass die Kinder – zumindest was den behaupteten aktuellen Vorfall betrifft – beim Surfen im Internet (z.B. auf dem ihnen zur Verfügung stehenden iPad, vgl. Prot. I S. 7; Urk. 7/31 S. 3) Zeugen sexueller Handlungen geworden sind, können Alterskontrollen im Internet – sofern sie denn überhaupt bestehen – bekanntermassen einfach umgangen werden und bedarf es hierfür auch nicht englischer Sprachkenntnisse (siehe im Übrigen auch Prot. I S. 21, worin der Kläger selbst einräumt, dass die Kinder etwas auf dem iPad gesehen haben könnten). Dass die Kinder dereinst bei sexuellen Handlungen der (alkoholisierten) Beklagten mit ihren Partnern involviert werden könnten, entbehrt sodann jeglicher Grundlage, war die Beklagte gemäss den Behauptungen des Klägers doch bereits in der Vergangenheit angeblich oft alkoholisiert und ist es offenbar noch nie zu einem derartigen Vorfall gekommen. So oder anders ist dem Kläger aber zuzustimmen, dass es nicht im Kindeswohl liegt, wenn Kinder – ob virtuell oder real – Zeugen sexueller Handlungen werden. Es obliegt der Beklagten und dem Kläger, ihre Kinder in geeigneter Weise hiervor zu schützen. Die Ausführungen hinsichtlich des angeblich nicht kindgerechten Wohnorts der Beklagten beschränken sich im Wesentlichen darauf, dass der Wohnort der Beklagten zu abgelegen sei und die Kinder für die Schule und

die Freizeitgestaltung auf die Fahrdienste der Beklagten angewiesen seien (siehe insbesondere Urk. 1 Rz. 26). Indes konnten die im heutigen Zeitpunkt neun bzw. acht Jahre alten Kinder in der Vergangenheit trotz des abgelegenen Wohnorts der Beklagten ihren Hobbys nachgehen sowie auch ihre Sozialkontakte pflegen, verfügen sie doch nach Angaben von C._____ über mehrere Freunde (siehe Prot. I S. 6 f.). Vor diesem Hintergrund ändert auch die angebliche Weigerung der Beklagten, die Kinder bei ihrer Freizeitgestaltung zu unterstützen, nichts. Die Behauptung, D._____ nüsse sich jeweils vor der Rückkehr zur Beklagten ein, blieb gänzlich unsubstantiiert. Gleiches gilt in Bezug auf die Behauptung, die Beklagte habe beide Kinder wiederholt ins Gesicht geschlagen und an den Haaren gerissen. In seiner Berufungsschrift führt der Kläger diesbezüglich

- 18 - einzig aus, die Beklagte habe die Kinder auch nach Ergehen des Scheidungsurteils an den Haaren gerissen und ins Gesicht geschlagen, zumindest hätten die Kinder ihm dies im Herbst 2023 mitgeteilt (Urk. 1 Rz. 39 S. 21). Zwar liegt bei den Akten ein vom 23. Juni 2024 datierendes Schreiben von C._____, wonach "Mama" in "diesen" Ferien D._____ an den Haaren gerissen und C._____ einen "kleper" gegeben habe (siehe Urk. 7/39/1). Indes mutet es seltsam an, dass ein neunjähriges Kind das Bedürfnis verspürte, dem Gericht ein solches – offenbar einmaliges – Ereignis im Nachgang zur Kinderanhörung von sich aus mitteilen zu wollen, insbesondere, nachdem C._____ an der nämlichen Kinderanhörung noch vorgebracht hatte, nie geschlagen worden zu sein (Prot. I S. 8). Dies deutet vielmehr – wie bereits die Vorinstanz in einem anderen Kontext bemerkte – auf eine Beeinflussung des Klägers hin. Aber selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte die Kinder tatsächlich nach Ergehen des Scheidungsurteils einmal tätlich angegangen hat, so würde das einmalige Reissen an den Haaren bzw. das Verpassen einer Ohrfeige – auch wenn dies nicht gutzuheissen ist – (noch) keine vorsorgliche Abänderung der Obhutszuteilung rechtfertigen. Weitere Abklärungen diesbezüglich können entsprechend unterbleiben. Soweit der Kläger der Beklagten eine "Trinkproblematik" vorwirft, verliert er sich weitestgehend in Mutmassungen. Hinsichtlich der Ausführungen im Zusammenhang mit dem Mobbing von D._____ in der Schule kann auf das vorstehend Ausgeführte (Ziff. 3.3.2.) verwiesen werden. Daran, dass sich die Beklagte weigert, an den gerichtlich angeordneten Mediationssitzungen teilzunehmen, und Termine mit dem Beistand der Kinder absagt, würde sich – selbst wenn die Vorwürfe zutreffen sollten – bei einer Abänderung der Obhutszuteilung nichts ändern. Der Kauf eines neuen Brillenglases anstatt einer neuen Brille vermag schliesslich ebenso wenig eine vorsorgliche Abänderung der Obhut zu rechtfertigen wie das (angeblich) widersprüchliche Verhalten der Beklagten im Prozess.

E. 3.4.4

Nach dem Ausgeführten liegen keine (genügenden) Anhaltspunkte dafür vor, dass das Wohl von C._____ und D._____ eine andere Ordnung gebietet bzw. bei einer Beibehaltung der geltenden Regelung ihr Wohl ernsthaft gefährdet wäre. Dass die Bewältigung des Alltags (Schule/Freizeit) für die Kinder bei einer alleinigen Obhut des Klägers und der damit verbundenen Wohnsitzänderung einfacher

- 19 - wäre, mag allenfalls zutreffen. Dies allein vermag aber eine (vorsorgliche) Änderung der Obhutszuteilung nicht zu rechtfertigen. Ausserdem rät auch der Beistand der Kinder in seinem Schreiben vom 7. Mai 2024 angesichts der derzeitigen Situation (sehr hohes Konfliktpotenzial bei gleichzeitig guter Bindungstoleranz beider Elternteile) von vorsorglichen Entscheidungen mit einschneidenden Veränderungen ab (Urk. 7/19). Dass

der (derzeitige) Beistand die Kinder bislang nicht persönlich getroffen hat, ändert – entgegen der Ansicht des Klägers – nichts, zumal er sich anderweitig ein Bild über die derzeitige Situation machen konnte (siehe Urk. 7/20, wonach der Beistand seit dem 1. März 2023 im Amt ist, am 15. Juni 2023 ein Elterngespräch stattgefunden habe und verschiedene Telefongespräche und Korrespondenz mit Familienmitgliedern und involvierten Fachpersonen geführt worden seien) und es sich bei seinen Ausführungen um allgemeine Empfehlungen für Kinder im Alter von C. _____ und D. _____ handelt. Im Übrigen merkte auch der Kläger an, dass die Kinder an der derzeitigen Betreuungssituation nichts ändern wollten (Prot. I S. 13), was ebenfalls gegen eine bestehende Gefährdungssituation spricht. Demzufolge ist Ziffer 2 der Anträge des Klägers abzuweisen.

E. 3.5

Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung zu bestätigen. Ziffer 2 der Anträge des Klägers ist ebenfalls abzuweisen.

E. 4

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.

E. 4.1

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Kläger zufolge seines Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 4.2

Der Kläger ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (vgl. Urk. 1 S. 2 und Rz. 5 ff.). Dieser Antrag ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

- 20 - Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 5. Juli 2024 wird bestätigt. 2. Ziffer 2 der Anträge des Klägers wird abgewiesen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

E. 5

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 4 und 5/1-39, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 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).

- 21 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie 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. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 3. Februar 2025 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: ip

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