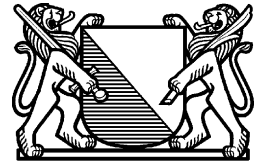


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 16. August 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 23. Februar 2018 (FE170877-L)

Rechtsbegehren des Klägers:
(Urk. 7/1 S. 2 und 4; Urk. 7/5 S. 2)

1. Die gemeinsamen Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2007, seien im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen.
2. Das Besuchs- und Ferienrecht der Beklagten sei vorläufig zu sistieren. Danach sei ein begleitetes Besuchsrecht in Zusammenarbeit mit der Beiständin festzulegen.

Rechtsbegehren der Beklagten:
(Urk. 7/22)

1. Die Anträge auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen seien abzuweisen;
2. es sei die KESB Kreis Bülach und/oder die Beiständin E. _____ anzuweisen, die Therapie für die Kinder fortzusetzen und – soweit von der zuständigen Fachperson als fachlich sinnvoll beurteilt – zu intensivieren;
3. es sei Herrn Dr. phil. F. _____ zu ersuchen, dem Gericht bis Ende Februar 2018 Bericht zu erstatten und sich dabei zu den Widersprüchen zwischen dem Ergebnis seiner ersten Anhörung und dem Bericht des Sozialzentrums G. _____ vom 27. Juli 2016 zu äussern;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu lasten des Klägers.

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom
23. Februar 2018 :
(Urk. 7/34 S. 46 ff. = Urk. 2 S. 46 ff.)

1. Der Antrag des Klägers, es seien die gemeinsamen Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2007, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen, wird abgewiesen. Die Obhut über die Kinder verbleibt somit wie im Eheschutzurteil vom 20. September 2016 erkannt bei der Beklagten.
2. Der Antrag des Klägers, es sei das Besuchs- und Ferienrecht der Beklagten vorläufig zu sistieren, danach sei ein begleitetes Besuchsrecht in Zusammenarbeit mit der Beiständin festzulegen, wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen.
3. In Abänderung des Eheschutzurteils vom 20. September 2016, in welchem die Vereinbarung der Parteien vom 9. September 2016 über die Änderung der Trennungvereinbarung vom 26. November 2015 genehmigt wurde, lautet die Regelung des persönlichen Verkehrs im Sinne einer vorsorglichen Massnahme neu wie folgt:

Der Kläger ist berechtigt, für die Dauer des Scheidungsverfahrens die Kinder zweimal im Monat im Rahmen eines einstweilen begleiteten Be-

suchsrechts für die Dauer von maximal acht Stunden pro Besuchstag auf eigene Kosten zu sehen.

4. Dem Kläger und den Kindern wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verboten, gegenseitig in irgendeiner Form, namentlich telefonisch, schriftlich oder elektronisch (per Post, Telefon, SMS, E-Mail, Facebook, WhatsApp, etc.) persönlich oder über Drittpersonen Kontakt aufzunehmen, für den Kläger unter Androhung von Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB.
5. Der mit Entscheid vom 5. Januar 2017 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd bereits bestellten Beiständin für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2007, werden zu den bereits erteilten Aufgaben folgende neue Aufgaben übertragen:
 - die Kinder C._____ und D._____ auf die begleiteten Besuchskontakte angemessen vorzubereiten;
 - eine neutrale Familienbegleitung – möglichst serbische Muttersprache – zu organisieren, zu instruieren, zu begleiten, die Modalitäten zu überwachen und deren Finanzierung zu beantragen; Ziel dieser Begleitung ist:
 - der Beklagten - sofern angezeigt - im Sinne einer Familienbegleitung in der ersten Zeit der begleiteten Besuche zur Seite zu stehen und die Beklagte im Umgang mit den Kindern zu beraten;
 - während der begleiteten Besuche die Interaktion zwischen dem Kläger und den Kindern über die gesamte Besuchszeit hinweg zu beobachten sowie eine allfällige Einflussnahme durch den Kläger festzustellen und zu thematisieren;
 - die begleiteten Besuche mit dem Kläger vorzubereiten, die Entwicklungsfragen zu thematisieren, mit ihm intensiv daran zu arbeiten und zu intervenieren, wenn dies die Situation zum Schutze der Kinder erfordert und die begleiteten Besuche nach deren Durchführung nach zu besprechen;
 - dereinst in einer allfälligen Übergangsphase der begleiteten zu den unbegleiteten Besuchen (vgl. nachfolgend) darauf zu achten, wie die Kinder auf die Wechsel vom Kläger zur Beklagten reagieren und in Absprache mit der Beiständin die entsprechenden Anpassungen vorzunehmen;
 - gegebenenfalls bei positivem Verlauf und in Absprache mit der eingesetzten Begleitperson dem Scheidungsgericht bzw. der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu beantragen, unbegleitete Besuche zuzulassen und/oder das Besuchsrecht auszudehnen;
 - Organisation eines Hortplatzes oder einer Tagesmutter (fünf Tage die Woche) für die Kinder am Wohnort der Mutter;
 - dafür besorgt zu sein, dass auch C._____ mit einem Therapieangebot beginnen kann bzw. dass D._____ die bereits installierte Therapie weiterführen kann;

- Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten die Kinder betreffend;
 - Vermittlung zwischen den Kindern und den Eltern in Konfliktsituationen;
 - Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange z.B. durch Moderation von gemeinsamen Gesprächen mit den Eltern.
6. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bülach Süd wird ersucht, der bereits ernannten Beiständin die Aufgaben gemäss Dispositiv Ziffer 5 zu übertragen.
 7. Der Antrag der Beklagten, es sei Dr. phil. F. _____ zu ersuchen, dem Gericht bis Ende Februar 2018 Bericht zu erstatten und sich dabei zu den Widersprüchen zwischen dem Ergebnis seiner ersten Anhörung und dem Bericht des Sozialzentrums G. _____ vom 27. Juli 2016 zu äussern, wird abgewiesen.
 8. Es wird davon Vormerk genommen, dass über die Anordnung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens mit separatem Entscheid entschieden wird.
 9. [Schriftliche Mitteilung.]
 10. [Rechtsmittel; Berufung; 10 Tage, kein Fristenstillstand.]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die Dispositiv-Ziffern 1-4 der Verfügung vom 23.02.2018 (FE170877) des Bezirksgerichts Zürich seien aufzuheben.
3. Die gemeinsamen Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010 und D. _____, geb. tt.mm.2007 seien im Sinne einer vorsorglichen Massnahme (im Scheidungsverfahren FE170877 beim Bezirksgericht Zürich) unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen.
4. Das Besuchs- und Ferienrecht der Berufungsbeklagten sei vorläufig zu sistieren. Danach sei ein begleitetes Besuchsrecht in Zusammenarbeit mit dem Beistand festzulegen.
5. Die Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 23.02.2018 (FE170877) des Bezirksgerichts Zürich sei wie folgt abzuändern:

Der mit Entscheid vom 5. Januar 2017 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd bereits bestellten Beiständin für die Kinder C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2007, werden zu den bereits erteilten Aufgaben folgende neue Aufgaben übertragen:

- dafür besorgt zu sein, dass auch C._____ mit einem Therapieangebot beginnen kann bzw. dass D._____ die bereits installierte Therapie weiterführen kann;
- Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten die Kinder betreffend;
- Vermittlung zwischen den Kindern und den Eltern in Konfliktsituationen;
- Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange z.B. durch Moderation von gemeinsamen Gesprächen mit den Eltern.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 3):

- "1. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 5'000.- zu bezahlen.
2. Eventualiter sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 9 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsklägers."

Prozessualer Antrag der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 9 S. 2):

- "1. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 5'000.- zu bezahlen;
2. eventualiter sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: D._____, geboren am tt.mm.2007, und C._____, geboren am tt.mm.2010. Mit Urteil vom 10. Dezember 2015 wurde im Rahmen eines Eheschutzverfahrens die Obhut über die beiden Kinder der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zugeteilt, die Vereinbarung der Parteien vom 26. November 2015 in Bezug auf die Kinderbelange genehmigt und im Übrigen von dieser Vormerk genommen. Die Parteien hatten in der Vereinbarung beantragt, dass die Obhut für die gemeinsamen Kinder der Beklagten zugeteilt werde und dem Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) ein ausgedehntes Kontaktrecht gewährt werde (Urk. 7/4/5; Urk. 7/3/2; Urk. 2 E. I./1.). Mit Abänderungsurteil vom 20. September 2016 wurde die Vereinbarung der Parteien vom 9. September 2016 (in Abänderung der vor-maligen Vereinbarung) mit Bezug auf die Kinderbelange genehmigt und es wurde im Übrigen davon Vormerk genommen. In der Vereinbarung einigten sich die Parteien auf ein ausgedehnteres Kontaktrecht des Klägers (Urk. 7/4/24; Urk. 2 E. I./1).

2. Mit Eingabe vom 7. November 2017 machte der Kläger eine Scheidungsklage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/1). In der Sache stellte er (unter anderem) den Antrag, es sei ihm die alleinige Obhut über die gemeinsamen Kinder zuzuteilen. Das Besuchs- und Ferienrecht der Beklagten sei vorläufig zu sistieren und es sei ihr danach ein begleitetes Besuchsrecht einzuräumen. Die Umteilung der Obhut sei superprovisorisch, eventualiter als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (Urk. 7/1 S. 2 ff.). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann sodann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. I./2.). Am 23. Februar 2018 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung.

3. Dagegen erhob der Kläger innert Frist Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 1 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 14. März 2018 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 6). Die Berufungsantwort datiert vom 20. April 2018

(Urk. 9). Mit Verfügung vom 25. April 2018 wurde diese dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt und ihm gleichzeitig Frist zur Stellungnahme zum Gesuch der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags gesetzt (Urk. 10). Mit Eingabe vom 7. Mai 2018 nahm dieser zum Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags sowie zum Eventualantrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Stellung (Urk. 12, 13 und 14/18). Die Beklagte liess sich daraufhin nicht mehr vernehmen. Die Vorinstanz liess der Rechtsmittelinstanz in der Folge die von ihr am 20. April 2018 erlassene Verfügung zukommen, worin sie ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Parteien in Auftrag gab (Urk. 11). Am 7. Juni 2018 liess die Vorinstanz der Rechtsmittelinstanz ein ihr zugesandtes E-Mail vom gleichen Tag zukommen, worin sie vom KJZ H. _____ über den bevorstehenden Umzug der Beklagten mit den Kindern nach Winterthur und den damit verbundenen Wechsel der zuständigen KESB informiert wurde (Urk. 16). Diese E-Mail wurde den Parteien mit Verfügung vom 27. Juni 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 17). Keine der Parteien liess sich in der Folge im Berufungsverfahren mehr vernehmen.

4. Am 17. Juli 2018 teilte die Vorinstanz mit, dass im Ehescheidungsverfahren ein Gesuch um Anordnung superprovisorischer Massnahmen eingegangen sei. Die vorinstanzlichen Akten wurden der Vorinstanz deshalb zur Verfügung gestellt (Prot. I S. 8). Gleichentags erging die vorinstanzliche Verfügung. Darin wurde das Gesuch des Gesuchstellers, es sei der Gesuchsgegnerin der Wegzug von ihrem aktuellen Wohnort bis zum rechtskräftigen Entscheid über die definitive Zuteilung der elterlichen Obhut zu verbieten, eventualiter bis zum Entscheid über die Zuteilung im Rahmen von Kindesschutzmassnahmen, abgewiesen (Urk. 7/51).

5. Das Verfahren ist spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheiderelevant sind.

II.

1. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurde vorliegend die Dispositivziffer 7.

In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

2. 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, Art. 276 N 15). Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB gelangen die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO zur Anwendung (Art. 271 lit. a ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheidrelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO, Art. 276 N 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein. Es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010, E. 3.3; FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO, Art. 276 N 1 und 17). Im vorliegenden Verfahren gilt sodann Art. 272 ZPO (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO), wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, zur Sammlung des Prozessstoffes beizutragen (FamKomm Scheidung/Vetterli, Anh. ZPO Art. 272 N 1). Sind Kinderbelange zu regeln – was vorliegend der Fall ist – gelten die uneingeschränkte (strenge) Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 2 und 5; Art. 296 ZPO). Jedoch entbindet auch die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3.2; BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 7).

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). 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 (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3). Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

4. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt insofern nicht, als der strenge Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 ZPO zur Anwendung gelangt (vgl. BGer 5A_788/2017 vom 2. Juli 2018, E. 4.2.1).

III.

A. Kurzer Überblick

Mit Urteil vom 10. Dezember 2015 wurde die Obhut über die beiden Kinder D._____ und C._____ auf gemeinsamen Antrag der Parteien hin der Beklagten zugeteilt. Strittig im vorliegenden Verfahren ist eine vorsorgliche Umteilung der Obhut auf den Kläger sowie eine Sistierung des (Ferien-)Besuchsrechts der Beklagten.

Der Kläger stellte sich im vorinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, das Kindeswohl sei gefährdet, wenn die Beklagte die Obhut innehabe. Die gemeinsamen Kinder würden von ihr sowie den Grosseltern mütterlicherseits geschlagen. Dies hätten die Kinder wiederholt gegenüber dem Kläger und später auch gegenüber Drittpersonen geäussert. Dass dieser Vorwurf der Wahrheit entspreche, werde durch unzählige Kinderbriefe, SMS, (übersetzte) Telefongespräche sowie Schilderungen gegenüber der Schulsozialarbeiterin I._____ und dem Kinderpsychologen Dr. phil. F._____ belegt. Eine Umteilung der Obhut würde überdies dem mehrfach geäusserten Wunsch der Kinder entsprechen, aufgrund der Gewaltvorfälle künftig beim Kläger leben zu wollen. Hinzu komme, dass die Beklagte im Allgemeinen ihre Pflichten als Mutter vernachlässige. Die Kinder seien meist alleine in der Wohnung, müssten sich alleine verpflegen und würden bei ihren Hausaufgaben nicht unterstützt. Beim Kläger wäre das Kindeswohl in jeder Hinsicht gewahrt (vgl. Urk. 2 E. II./B./4.2. ff.).

Die Beklagte bestritt die Vorwürfe des Klägers. Die Gewaltvorwürfe wie auch das veränderte Verhalten der Kinder nach den Besuchswochenenden seien auf eine manipulative Beeinflussung der Kinder seitens des Klägers zurückzuführen (vgl. Urk. 2 E. II./B./4.4.).

B. Obhutsumteilung

1. Vorinstanzlicher Entscheid

1.1. Die Vorinstanz führte aus, es sei angesichts des vom Kläger gestellten Gesuchs um Obhutsumteilung zu prüfen, ob von der Obhutsausübung durch die Mutter eine Kindswohlgefährdung ausgehe und sich eine Obhutsumteilung als nötig herausstelle. Bei einer Bejahung wäre sodann zu prüfen, ob der Vater erziehungsfähig sei und als neuer alleiniger Obhutsinhaber in Frage komme. In einem ersten Schritt sei zu prüfen, ob sich die durch den Kläger erfolgten Anschuldigungen, die Beklagte schlage ihre Kinder, als glaubhaft erwiesen.

1.2. Mit Bezug auf die Gewaltvorwürfe habe die Beklagte eingeräumt, dass in Serbien ein Vorfall zwischen D._____ und dem Grossvater mütterlicherseits (fortan Grossvater) stattgefunden habe. Das Ausmass sei indes unklar und strittig. Unabhängig davon handle es sich indes um einen Konflikt zwischen dem Grossvater und D._____, was für sich allein gesehen noch kein Grund sei, der Beklagten die Obhut zu entziehen, selbst wenn von der schlimmsten Version ausgegangen würde. Überdies sei glaubhaft, dass der Grossvater nicht in der Wohnung der Beklagten übernachtete. Es gelinge dem Kläger nicht, aufgrund der Anwesenheit des Grossvaters eine Erziehungsunfähigkeit der Beklagten glaubhaft zu machen.

1.3. Was die Rolle der Beklagten als Mutter betreffe, so stünden sich die Aussagen der Parteien bzw. diejenigen der Kinder und der Beklagten gegenüber. Der Kläger stütze sich bei seinen Ausführungen einzig auf die Aussagen der Kinder, die auch in den Briefen festgehalten worden seien, nicht auf eigene Wahrnehmungen. Es stelle sich bei diesen Briefen die Frage, was tatsächlich den Gefühlen und dem Willen der Kinder entspreche und was – so der Vorwurf der Beklagten – auf eine Manipulation und somit auf eine Beeinflussung der Wahrnehmung und des Verhaltens der Kinder durch den Kläger zurückzuführen sei. Es falle auf, dass die Kinder ihre Briefe nur in Obhut des Klägers schreiben würden, wobei es diesbezüglich auch sein könne, dass sie nicht wollten, dass die Beklagte dies erfahre. Gemäss dem Kläger hätten die Kinder nach dem Eheschutzverfahren – anfangs 2016 – mit dem Schreiben der Briefe begonnen. Es sei für das Gericht aber

nicht offensichtlich, weshalb die Beklagte genau dann angefangen haben sollte, die Kinder zu schlagen. Aus den Briefen gehe ebenfalls nicht hervor, wann die Beklagte aufgrund welchen Ereignisses angefangen habe, die Kinder zu schlagen. Es sei ohnehin schwierig, diese Briefe in eine chronologische Reihenfolge zu bringen, da diese nicht datiert seien. Erstaunlich sei aber, dass die Briefe seit der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen nunmehr datiert seien und bei C._____ sogar eine Korrektur des Datums vorgenommen worden sei. Dies sei befremdend, zumal der Kläger angegeben habe, diese Briefe verschlossen in einem Couvert zu erhalten und deshalb auch keine Angaben machen zu können, wann welche Briefe geschrieben worden seien. Es entstehe eher der Eindruck, der Kläger habe die Kinder darauf hingewiesen, die Briefe zu datieren, und die Kinder so zumindest beim Schreiben beeinflusst. Inhaltlich gesehen, würden die Briefe keine detailreiche Beschreibung der Vorfälle enthalten. Vielmehr seien sie eher allgemein gehalten. Dieser Faktor spreche eher dafür, dass die von den Kindern geschriebenen Briefe inhaltlich nicht vollständig der Realität entsprächen. Demgegenüber seien die von D._____ getätigten Aussagen über Freizeitaktivitäten detailliert geschildert. Der Eindruck werde noch dadurch gestützt, dass sich die Briefe der Geschwister inhaltlich sehr ähneln würden.

Der Kläger habe als weiteres Indiz für die erlebte Gewalt einen blauen Fleck von D._____ erwähnt. Diesbezüglich habe er jedoch drei verschiedene Versionen erzählt, wie er von diesem Fleck erfahren habe. Viel offensichtlicher und relevanter sei jedoch, dass der Kläger nicht schlüssig habe aufzeigen können, dass der Bluterguss aufgrund von Gewaltanwendung durch die Beklagte entstanden sei. Der Kläger gebe bloss wieder, dass D._____ gesagt habe, seine Mutter hätte ihn geschlagen. Diese Erklärung allein könne jedoch nicht für solche Vorwürfe ausreichen. So sei auch dem Abklärungsbericht zu entnehmen, dass der Kläger diverse Fotos mit Hämatomen der Kinder gezeigt und gemeint habe, er sei sich sicher, dass diese von Schlägen stammten. Die Sozialarbeiterin teile diese Auffassung indes ausdrücklich nicht. Es könne ihr zugestimmt werden, dass solche Blutergüsse zweifelsohne auch vom Spielplatz, Velofahren oder Ähnlichem stammen könnten. Insbesondere bei Kindern dieses Alters würden Hämatome nicht erstaunen; sie seien deswegen kein Beweis von erlebter Gewalt. Auch der

Umstand, dass der Kläger mit seinen Kindern nicht zum Arzt gegangen sei, spreche dafür, dass die Kinder keine Verletzungen aufweisen würden. So habe er selbst zu Protokoll gegeben, es seien "nur" blaue Flecken und diese seien bereits verschwunden. Auch wenn der Kläger glaubhaft mache, dass die Kinder Hämatome aufwiesen, so genüge dies noch nicht für die Glaubhaftmachung von Gewalttätigkeiten der Beklagten gegenüber den Kindern. Zudem sei erstaunlich, dass angesichts der Häufigkeit und Härte der behaupteten Schläge niemandem sonst Spuren aufgefallen seien, wie Behörden, Lehrern (beim Turnen montags und donnerstags oder beim Schwimmen) oder Hortmitarbeitern, erkläre doch die Schulsozialarbeiterin, Frau I._____, ausdrücklich, dass zu keiner Zeit am Körper von D._____ Verletzungen festgestellt worden seien. Auch erscheine angesichts der angeblichen Intensität nicht nachvollziehbar, dass der Kläger nicht einen Arztbericht dokumentiere.

Schliesslich würden auch die eingeholten Berichte/Meldungen (Abklärungsbericht Sozialzentrum G._____, Anhörung der Kinder bei Dr. phil. F._____, Rückmeldung von Frau J._____, der Therapeutin von D._____) die im Raum stehenden Vorwürfe nicht ausreichend untermauern bzw. glaubhaft machen.

Zusammengefasst seien die durch den Kläger behaupteten Vorwürfe, die Beklagte schlage die Kinder und stelle eine Gefährdung des Kindeswohl dar, nicht glaubhaft dargelegt worden: Der Kläger stütze seine Vorwürfe alleine auf die Aussagen der Kinder, die allgemein, repetitiv und nicht detailliert wirkten. Auch die von den Kindern geschriebenen Briefe seien nicht geeignet, die Behauptungen der Gewaltanwendungen der Beklagten glaubhaft zu machen, und schliesslich fielen auch die Fotos der Hämatome nicht ins Gewicht. Andere Verletzungen seien nicht dargelegt, insbesondere gebe es keinen Arztbericht, der diese erklären könnte.

1.4. Des Weiteren hätten die Kinder mehrfach den Wunsch geäussert, in Zukunft beim Kläger wohnen zu wollen.

Eine Meinungsbildung sei ab dem 5. Lebensjahr möglich, ab dem 12. Lebensjahr seien Kinder in der Regel urteilsfähig bezüglich einer Kinderzuteilung. C._____ sei noch sehr jung. Angesichts ihrer sieben Jahre sei es fraglich, ob sie sich der Konsequenzen ihrer Aussagen bewusst sei. Auch orientiere sie sich eher an den

Aussagen ihres Bruders, als dass ein eigener gefestigter Wille wahrscheinlich er-
scheine. Auf ihre Aussagen sei daher nicht viel Gewicht zu legen. D._____ sei
zehn Jahre alt und damit ebenfalls zu jung, um eine Entscheidung zu treffen. Sein
Wunsch erscheine zwar gefestigt, jedoch sei fraglich, worauf dieser basiere. Aus
den Unterlagen sei denn auch ersichtlich, dass der Kläger den grossen Wunsch
habe, dass die Kinder Zeit mit ihm verbringen würden. Im Abklärungsbericht des
Sozialzentrums G._____ werde (unter anderem) festgehalten, dass die Aussagen
von D._____ lediglich aus dem enormen Druck und der Loyalität zum Kläger re-
sultieren würden. Eineinhalb Jahre später würden die Kinder zwar nach wie vor
den gleichen Wunsch äussern. Dies sei indes als Fortsetzung des vor längerer
Zeit geäusserten Wunsches zu werten. Denn es hätte von den Kindern einen
enormen Willen und Unabhängigkeit gebraucht, um sich dem ursprünglichen Wil-
len zu widersetzen. D._____ sei denn auch angesichts der festgestellten psychi-
schen Belastung nicht fähig, sich unabhängig von der Beeinflussung Dritter über
die Frage, wo er in Zukunft leben wolle, zu äussern. C._____ sei enorm von den
Meinungen und Ansichten ihres Bruders abhängig. Ihr Wunsch, in Zukunft beim
Kläger leben zu wollen, sei nicht als eigenständiger Wille zu betrachten.

1.5. Zusammenfassend seien die körperlichen Angriffe nicht glaubhaft gemacht
worden. Zwar habe die Beiständin bei der Beklagten durchaus Mängel feststellen
können, diese seien jedoch nicht so gravierend und diesen könnte mit flankieren-
den Massnahmen begegnet werden. Die Beklagte könne sich angesichts ihres
Teilzeitpensums vermehrt persönlich um die Kinderbetreuung kümmern. Auch
entspreche es dem bisher Gelebten, dass die Kinder bei der Beklagten lebten und
mehrheitlich dort wohnen würden. Ein Obhutswechsel würde auch die immanente
Gefahr bergen, dass sich die Kinder von der Beklagten entfremden würden. Die
bisherigen Äusserungen der Kinder würden zeigen, dass bei einem Obhutswech-
sel der Kontakt zur Beklagten aller Voraussicht nach abbrechen würde. Die Be-
klagte habe hingegen in der Vergangenheit gezeigt, dass sie den Kontakt der
Kinder zum Kläger – trotz aller Differenzen – mehrheitlich zulasse.

1.6. Aufgrund dieser Überlegungen sei die Obhut über die gemeinsamen Kinder
bei der Beklagten zu belassen (Urk. 2 E. II./B./5.2. ff.).

2. Rügen des Klägers und materielle Beurteilung

2.1. Der Kläger rügt zusammengefasst, dass sich seine Gewaltvorwürfe – entgegen der Vorinstanz – als glaubhaft erwiesen. Eine korrekte Würdigung der Beweismittel führe zum Schluss, dass das Kindeswohl in der Obhut der Beklagten gefährdet sei. Auch die Vorinstanz habe erwogen, dass die Obhut nicht bedenkenlos der Beklagten überlassen werden könne. Der Kläger könnte hingegen eine Betreuungsmöglichkeit sicherstellen, zudem würden die Kinder in gewohnter Umgebung aufwachsen und der Schulweg sei kürzer. Auch wäre seitens des Klägers – im Gegensatz zur Beklagten – ein Kontakt der Kinder zur Beklagten sichergestellt. Zudem hätten auch die Kinder den Willen geäußert, beim Kläger zu wohnen. Im Detail beanstandet der Kläger Folgendes:

2.2. Die Vorinstanz habe die Beklagte als glaubwürdig angesehen. Dies, obwohl sie die Gewaltvorwürfe lediglich pauschal bestritten habe und sich in ihren Aussagen mehrere Widersprüche fänden (mit Hinweis auf mehrere Aktenstellen). Bei korrekter Würdigung des Aussageverhaltens der Beklagten hätte die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen indes als erheblich beeinträchtigt angesehen werden müssen (Urk. 1 Rz. 27 ff.).

Der Kläger legt nicht dar, wo die Vorinstanz zu seinem Nachteil auf die Aussagen der Beklagten abgestellt hat. Es kann damit grundsätzlich offenbleiben, inwiefern sie insgesamt als glaubwürdig einzustufen ist. Bezüglich der Übernachtungsfrage erachtete die Vorinstanz die Aussage der Beklagten als glaubhaft, dass der Grossvater nicht bei ihr in der Wohnung nächtige, sondern bei ihrer Schwester in K. _____ oder in der eigenen Wohnung in L. _____ (Urk. 2 E. II./B./5.3.1.). Der Kläger will in den diesbezüglichen Aussagen der Beklagten einen Widerspruch erkannt haben (siehe Urk. 1 Rz. 32). Es trifft zu, dass die Beklagte bei der persönlichen Befragung zunächst auf die Frage, wo ihre Eltern wohnen würden, antwortete, diese seien momentan bei ihr und schauten zu den Kindern. Sie verfügten über eine eigene Wohnung in L. _____. Auf die folgende Frage des vorinstanzlichen Richters, seit wann die Eltern bei ihr wohnen würden, antwortete sie: "Knapp ein Jahr. Sie sind fast immer bei mir wegen den Kindern, [da] ich lange arbeite. Sie gehen auch zu meiner Schwester helfen, sie hat ebenfalls 2 Kinder." Zuletzt

antwortete sie auf die Frage, wo ihre Eltern übernachteten, dass die Mutter bei ihr, der Vater bei der Schwester oder in der eigenen Wohnung übernachteten würden (Prot. I S. 27). Betrachtet man ihre Antworten insgesamt, so können die von ihr an der Verhandlung vom 14. Dezember 2017 gemachten Aussagen nicht anders verstanden werden, als dass sich die Grosseltern seit einem Jahr tagsüber bei der Beklagten aufhielten und die Grossmutter jeweils bei ihr übernachtete. Nichts anderes ergibt sich aus ihren Aussagen an der Anhörung bei der KESB vom 13. September 2017. Dort hatte die Beklagte ausgesagt, dass die Grossmutter manchmal bei ihr übernachtete, die Grosseltern aber nicht bei ihr in der Wohnung *lebten* (vgl. Urk. 7/16/54 S. 2). Ein Widerspruch hinsichtlich der Übernachtungsfrage findet sich nach dem Ausgeführten damit nicht. Die Darstellung der Beklagten erscheint denn auch plausibel, zumal ihre Eltern unbestrittenermassen auch noch die Schwester sowie deren zwei Kinder unterstützen und zudem über eine eigene Wohnung verfügen.

2.3. Dem Kläger werde eigentlich nur ein Widerspruch zur Last gelegt, nämlich dass er drei Versionen ausgeführt habe, wie er Kenntnis vom Bluterguss erlangt habe. Indes habe die Vorinstanz die Aussagen nicht in chronologischer Reihenfolge wiedergegeben. Auch sei es bei allen drei Antworten D. _____ gewesen, der auf den Berufungskläger zugekommen sei. Die einzige Unklarheit bestehe darin, ob D. _____ nun bereits an der Bushaltestelle davon erzählt habe oder erst Zuhause. Daraus jedoch die Glaubwürdigkeit des Klägers in Frage zu stellen, sei nicht statthaft, zumal sich die vorgängig aufgedeckten Widersprüche im Aussageverhalten der Beklagten häuften und kein einziger Hinweis in der angefochtenen Verfügung zu finden sei, dass dies ihrer Glaubwürdigkeit abträglich wäre (Urk. 1 Rz. 37 f.).

Der Kläger scheint sich darauf zu berufen, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig ist, auf die Zusicherung eines Ehegatten abzustellen, wenn dieser glaubwürdig erscheint und seine Darstellung plausibel ist (Six, Ehe-schutz, 2. Aufl. 2014, Rz 1.01, mit Verweis auf BGer 5P.210/2001 vom 30. Juli 2001, E. 3a). Vorliegend hat die Vorinstanz indes ausführlich dargelegt, weshalb sie die Ausführungen des Klägers jeweils als nicht glaubhaft, mithin seine Darstel-

lung als nicht plausibel erachte. Abgesehen davon nennt der Kläger – mit Ausnahme des bei D. _____ auf dem Oberschenkel festgestellten blauen Flecks – keine weiteren konkreten Vorbringen, welche die Vorinstanz zu Unrecht als nicht glaubhaft erachtet hat. Hinsichtlich des blauen Flecks stellte die Vorinstanz zwar tatsächlich zunächst fest, dass der Kläger drei verschiedene Versionen ausgeführt habe, wie er von diesem Fleck erfahren habe. Indes wies sie im Anschluss daran darauf hin, dass es viel "offensichtlicher und relevanter" sei, dass der Kläger nicht schlüssig habe aufzeigen können, dass der blaue Fleck aufgrund von Schlägen der Beklagten entstanden sei. Insofern verwarf sie die Behauptung des Beklagten *nicht* aufgrund der verschiedenen Versionen.

2.4. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zu den eingereichten Kinderbriefen moniert der Kläger Folgendes:

a) Die Kinder hätten seit geraumer Zeit auch in der Schule Briefe geschrieben und diese Frau J. _____ und Frau I. _____ übergeben. Der hinter vorgehaltener Hand gemachte Vorwurf, der Kläger würde auf den Inhalt der Briefe Einfluss nehmen, sei damit widerlegt (Urk. 1 Rz. 39). Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Einflussnahme seitens des Klägers kann auch dann vorliegen, wenn die Kinder ohne seine physische Anwesenheit Briefe schreiben. Nur weil sie angeblich Briefe auch in seiner Abwesenheit schreiben, ist daher der Vorwurf einer Einflussnahme nicht per se widerlegt. Abgesehen davon hat er weder genauer spezifiziert, seit wann die Kinder auch in seiner Abwesenheit Briefe schreiben und Drittpersonen übergeben, noch hat er seine Behauptung durch irgendwelche Belege untermauert; der bloße Hinweis auf das vorinstanzliche Protokoll ohne Seitenangabe genügt nicht.

b) Im Weiteren sei für die Vorinstanz nicht offensichtlich, weshalb die Beklagte erst anfangs 2016 hätte anfangen sollen, die Kinder zu schlagen. Der Kläger habe jedoch ausdrücklich bestätigt, dass die Kinder während des Zusammenlebens nicht geschlagen worden seien. Mit Beginn der häuslichen Trennung und der Obhutszuteilung an die Beklagte habe diese sozusagen freie Hand erhalten und der Kläger habe angesichts seines Besuchsrechts alle zwei Wochen über das Wochenende die Gewaltvorfälle nicht überprüfen können (Urk. 1 Rz. 40). Auch diese

Ausführungen vermögen nicht plausibel darzutun, weshalb die Beklagte nach der Trennung bzw. anfangs 2016 begonnen haben soll, die Kinder zu schlagen. Allenfalls vermöchten sie zu erklären, weshalb der Kläger nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt rechtliche Schritte unternommen hatte, was ihm im vorliegenden Verfahren indes nicht vorgeworfen wird. Die vorinstanzliche Erwägung ist daher nicht zu beanstanden.

c) Die Vorinstanz werfe dem Kläger eine "weitere Beeinflussung der Kinderbriefe" vor, da nach der Verhandlung nur noch solche mit einer Datierung eingereicht worden seien. Was verwerflich bzw. beeinflussend daran sein solle, seinen Kindern zu sagen, dass sie allfällige Briefe datieren sollen, sei nicht nachvollziehbar und werde denn auch nicht begründet (Urk. 1 Rz. 41). Der Kläger stellt damit nicht in Abrede, die Kinder auf eine Datierung hingewiesen zu haben. Dass die Vorinstanz dies als (weiteres) Indiz einer (zumindest indirekten) Einflussnahme seitens des Klägers wertete, ist nicht zu beanstanden.

d) Im Weiteren halte die Vorinstanz gestützt auf den Abklärungsbericht des Sozialzentrums G._____ fest, dass die in den Briefen verwendete Sprache nicht altersgerecht sei (mit Hinweis auf Erwägung 9.2.). Diese unsubstantiierte Einschätzung werde bestritten. Es werde mit keinem Wort erwähnt, welche Stellen nicht altersgerecht sein sollen (Urk. 1 Rz. 42). Der erwähnten Passage lässt sich –entgegen dem Kläger – nicht entnehmen, dass die *in den Briefen* verwendete Sprache nicht altersgerecht gewesen sein soll. Vielmehr wird auf die damals im Rahmen der Erstellung des Abklärungsberichts 2016 getätigten Aussagen der Kinder in Anwesenheit des Klägers Bezug genommen (Urk. 7/16/20/2 S. 3). Der Einwand geht damit bereits aus diesem Grund ins Leere. Im Übrigen findet sich diese Passage in den vorinstanzlichen Erwägungen zum begleiteten Besuchsrecht und nicht zur Obhutsumteilung.

e) Schliesslich erwäge die Vorinstanz, die Briefe würden inhaltlich kaum konkrete Vorfälle der Gewaltanwendung durch die Beklagte beschreiben. Wer selbst Kinder habe, dürfte jedoch wissen, dass ein 9-10-jähriges Kind derartige Vorfälle in einem Brief eben gerade nicht detailliert niederschreibe, zumal die beiden Kinder offensichtlich die deutsche Schriftsprache nicht sonderlich gut beherrschen

würden. Auch überrasche wenig, dass die Freizeitaktivitäten detailliert geschildert würden, da es um ein Vielfaches einfacher sei, diese in einem Brief zu beschreiben. Dasselbe gelte umso mehr für die etwas mehr als zwei Jahre jüngere C._____. Der vorinstanzlichen Würdigung könne deshalb nicht gefolgt werden (Urk. 1 Rz. 43). Der Kläger stellt zu Recht nicht in Abrede, dass die Schilderungen der Kinder über körperliche Züchtigungen kaum Details enthalten, sondern sehr allgemein gehalten sind. An der sprachlichen Barriere dürfte dies kaum liegen, können doch solche Ereignisse, wenn sie denn stattgefunden haben, ebenso mit einfachen Worten beschrieben werden wie z.B. Freizeitaktivitäten. Weshalb die Kinder keine näheren Ausführungen zu den angeblichen Übergriffen machen sollten, vermag der Kläger nicht plausibel darzulegen. Wenn sie sich deswegen schämen würden, würden sie wohl überhaupt nicht erwähnt. Der vorsichtigen Einschätzung der Vorinstanz, es spreche eher dafür, dass die Briefe nicht vollständig der Realität entsprächen, ist daher zu folgen.

f) Zuletzt – so der Kläger – sei es zwar korrekt, dass sich die Briefe inhaltlich sehr ähneln würden, dies tue aber nichts zur Sache bzw. sei kein Beweis oder Indiz dafür, dass der Inhalt der Briefe nicht der Realität entsprechen würde (Urk. 1 Rz. 44). Inwiefern dies nichts zur Sache tun soll, legt der Kläger nicht dar und liegt nicht auf der Hand. Vielmehr verstärkt der Umstand, dass beide Kinder keine detaillierte Beschreibung der Vorkommnisse wiedergeben und sich die Briefe zusätzlich inhaltlich auch noch sehr ähneln, den Eindruck, dass es sich nicht um reale Begebenheiten handelt.

Mit seinen Beanstandungen vermag der Kläger damit zusammengefasst die Würdigung der Vorinstanz in Zusammenhang mit den Briefen nicht umzustossen.

2.5. Im Weiteren kritisiert der Kläger den Abklärungsbericht des Sozialzentrums G._____ vom 27. Juli 2016 (Urk. 7/16/20/2). Es hätten nie Gespräche mit den Kindern in Abwesenheit des Klägers oder der Beklagten stattgefunden. Insofern erstaune es nicht, dass D._____ seine Vorwürfe gegenüber der Beklagten in ihrem Beisein revidiert habe. Der Abklärungsbericht halte zudem fest, dass die Beklagte in der Lage sei, den Kindern die nötigen Strukturen und eine angemessene Betreuung und Zuwendung zu geben, und dass sich die Kinder gut entwickeln

würden. Die Beiständin E._____ sei indes in ihrer Stellungnahme vom 7. Juli 2017 zusammengefasst zum Schluss gekommen, dass eine Kindswohlgefährdung vorliege. Damit könne festgehalten werden, dass die Beklagte den Kindern die nötigen Strukturen und eine angemessene Betreuung nicht geben könne. Dies habe sie – zumindest teilweise – auch selbst eingesehen, als sie am 15. Januar 2018 dem Kläger offeriert habe, dass er D._____ – nicht jedoch C._____ – zu sich nehmen könne. Eine gute Entwicklung sei ebenfalls nicht auszumachen, D._____ habe eine Klasse wiederholen müssen. Auch habe Dr. phil. F._____ in seinem Bericht – dem Abklärungsbericht diametral entgegenstehend – festgehalten, die Kinder hätten im Beisein des Klägers offen und aufgestellt gewirkt und es habe eine ruhige und ausgeglichene Stimmung geherrscht. Auch hätten die Kinder zum Kläger deutlich mehr körperliche Nähe als zur Beklagten gezeigt. Schliesslich entspreche es auch nicht den Tatsachen, dass der Kläger praktisch keine Freizeitaktivitäten mit den Kindern ausübe. Bei Dr. phil. F._____ hätten die Kinder ausgeführt, dass sie mit dem Kläger in den Wald zum Grillen, Spielen, Velofahren, Wandern oder auch mit ihm einkaufen gehen würden. Auch würden sie mit ihm "UNO" oder Schach spielen. Insofern müsse festgehalten werden, dass der Abklärungsbericht diverse Punkte festhalte, die sich im Laufe der Zeit als falsch herausgestellt hätten. Vor diesem Hintergrund sei die Frage aufzuwerfen, inwiefern ein auf derart falschen Annahmen und Schlüssen beruhender Bericht überhaupt als Beurteilungsgrundlage des hiesigen Verfahrens dienen könne (Urk. 1 Rz. 45 ff.).

Die Vorinstanz hat vorliegend nicht nur auf den Abklärungsbericht des Sozialzentrums G._____ abgestellt, sondern bezog für ihre Beurteilung mehrere Berichte mit ein und nahm insofern eine Gesamtschau vor. Der Abklärungsbericht stammt vom 27. Juli 2016 und hielt die Verhältnisse zum damaligen Zeitpunkt fest. Es mag zutreffen, dass sich gewisse Dinge zwischenzeitlich geändert haben. Indes lässt sich unter Berücksichtigung des Abklärungsberichts der bisherige Verlauf der Verhältnisse in Bezug auf die Kinder analysieren und lassen sich Schlüsse hinsichtlich des (aktuellen) Verhaltens der Kinder ziehen. Dass der Bericht in jeder Hinsicht nicht den damaligen Tatsachen entsprochen haben soll, mithin in seiner Gesamtheit falsch sei, bringt der Kläger nicht vor. Inwiefern die Vorinstanz dem

Kläger gestützt auf den Abklärungsbericht aktuell Tatsachen vorwirft, die in anderen Berichten widerlegt bzw. in anderen Berichten gegenteilig vermerkt wurden, legte er sodann nicht dar und ist nicht ersichtlich. Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei ihrer Gesamtbeurteilung der Situation auch den Abklärungsbericht miteinbezog.

2.6. Schliesslich bringt der Kläger vor, dass D._____ und C._____ die Gewaltvorfälle an der Anhörung bei Dr. phil. F._____ bestätigt hätten. Es werde bestritten, dass gewisse Schilderungen repetitiv gewirkt hätten, und "dies ein Indikator sei, dass diese Aussagen nicht realistisch und eher auswendig gelernt als tatsächlich erlebt wirken". Vor dem Hintergrund, dass den Kindern bereits seit anfangs 2016 kein Glauben geschenkt werde, sei eine repetitive Äusserung durchaus nachvollziehbar. Ebenfalls hätten die Kinder bestätigt, dass sie bei der Beklagten keine Spielsachen hätten, nie nach draussen gehen dürften und die Freizeit nur mit Lesen und Fernsehen verbringen würden. Dr. phil. F._____ halte selbsterklärend fest, dass dies für die weitere Entwicklung der beiden Kinder sehr ungünstig wäre (Urk. 1 Rz. 51 f.).

Was der Kläger aus seinen Vorbringen zu seinen Gunsten ableiten will, ist nicht gänzlich klar. Er widerspricht sich denn auch, wenn er zunächst bestreitet, dass die Aussagen repetitiv gewirkt hätten, im Folgesatz aber geltend macht, dass die repetitiven Äusserungen angesichts der Umstände nachvollziehbar seien. Festzuhalten ist jedenfalls, dass gemäss den Erwägungen der Vorinstanz der Bericht von Dr. phil. F._____ vom 4. Oktober 2017 die Behauptungen des Klägers gesamthaft deshalb nicht zu stützen vermag, da an der Anhörung einzig die Aussagen der Kinder protokolliert worden sind und Dr. phil. F._____ sich nicht zu deren Glaubhaftigkeit äussert (siehe Urk. 2 E. II./B./5.3.4. S. 29). Diesen überzeugenden Überlegungen hält der Kläger nichts Substanzielles entgegen. Inwiefern die Aussagen repetitiv wirkten oder nicht, war für die Vorinstanz nicht ausschlaggebend. Soweit der Kläger im Bericht eine Bestätigung für die behauptete Vernachlässigung der Kinder erblicken will, ist darauf hinzuweisen, dass Dr. phil. F._____ in seinem Bericht die behaupteten Vernachlässigungen (keine Spielsachen, nie nach draussen gehen dürfen, Freizeit nur mit Lesen oder Fernsehen verbringen)

für die weitere Entwicklungen grundsätzlich als sehr ungünstig erachtet. Dies jedoch nur für den Fall, dass die Behauptungen auch tatsächlich zutreffen sollten (vgl. Urk. 7/16/72 S. 8). Zur Glaubhaftigkeit der Behauptungen äusserte er sich – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt – nicht.

2.7. Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe gänzlich unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte (bzw. deren Rechtsvertreter) dem Kläger (bzw. dessen Rechtsvertreter) am 15. Januar 2018 eigenmotiviert das Angebot unterbreitet habe, dass D._____ – nicht jedoch C._____ – ab sofort bei ihm wohnen solle. Als Begründung sei hierfür angeführt worden, dass die Beklagte mit der Gesamtsituation überfordert sei und D._____ sich ihr gegenüber abweisend verhalte, was die Situation untragbar mache (Urk. 1 Rz. 53). Ein solches Angebot, wenn es denn so erfolgt ist (vgl. die Bestreitung der Beklagten in Urk. 9 Rz. 26), mag Ausdruck einer gewissen Überforderung sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich insbesondere D._____ in einem massiven Loyalitätskonflikt befindet, welcher durch das beeinflussende Verhalten des Klägers genährt wird (vgl. Urk. 7/16/20/2 S. 5). Die (vorsorgliche) Anordnung des begleiteten Besuchsrechts sowie des Kontaktverbots (siehe nachfolgend Ziffer III./C./2.) dürfte zur Beruhigung der aktuellen Situation beitragen.

2.8. Im Weiteren kritisiert der Kläger die vorinstanzliche Erwägung, wonach es erstaunlich sei, dass bis anhin weder den Behörden noch den Lehrern (insbesondere beim Turnen oder Schwimmen) oder den Hortmitarbeitern Spuren von Gewaltanwendungen aufgefallen seien. Die Vorinstanz habe übersehen, dass D._____ beim Turnen regelmässig lange Hosen, ein T-Shirt oder Sweatshirt trage und der Schwimmunterricht lediglich jeden zweiten Freitag stattfindet. Da die Grosseltern und die Beklagte genau wüssten, wann der Schwimmunterricht stattfindet, liessen sich die Gewaltüberfälle entsprechend "timen" (Urk. 1 Rz. 54). Es mag zutreffen, dass D._____ im Turnen jeweils Kleidung trägt, die weite Teile der Extremitäten deckt, und der Schwimmunterricht lediglich jeden zweiten Freitag stattfindet. Dies vermag die vorinstanzliche Erwägung indes nicht umzustossen, erscheint es doch wahrscheinlich, dass auch beim lediglich jede zweite Woche stattfindenden Schwimmunterricht und insbesondere auch im Sommer einer die-

ser Personen irgendetwas aufgefallen wäre. Die Schulsozialarbeiterin I. _____ hielt in ihrem Bericht vom 25. Oktober 2017 denn auch fest, dass zu keiner Zeit (wohl: an den Sitzungen) am Körper von D. _____ Verletzungen hätten festgestellt werden können (vgl. Urk. 7/16/80 S. 3). Die Behauptung, dass die Beklagte und die Grosseltern ihre Übergriffe auf den Schwimmunterricht abstimmen, wird durch keinerlei Anhaltspunkte gestützt. Auch ist nicht ersichtlich und wird auch nicht vom Kläger behauptet, dass D. _____ bei den genannten Personen über Schmerzen geklagt hätte. Ein etwaiger Arztbesuch wurde ebenfalls weder behauptet noch dokumentiert.

2.9. Soweit der Kläger sich darauf beruft, dass D. _____ eigenmotiviert und selbstständig am 17. November 2017 die Polizei verständigt habe, nachdem der Grossvater ihn erneut geschlagen habe, und die Vorinstanz dies in ihrem Entscheid nicht erwähnt und nicht gewürdigt habe (Urk. 1 Rz. 55), ist Folgendes entgegenzuhalten: In den Akten findet sich eine Anzeigebestätigung betreffend einen Vorfall vom 17. November 2017 (Urk. 7/21). Diese vermag den zur Anzeige gebrachten Sachverhalt jedoch nicht per se glaubhaft zu machen. Die Anzeigenerstattung ist vielmehr im Gesamtkontext zu sehen. Die Kinder haben wiederholt körperliche Übergriffe geschildert, welche die Vorinstanz zu Recht nicht als glaubhaft erachtet hatte. Zudem steht insbesondere D. _____ unter massivem (psychischen) Druck (vgl. auch Urk. 7/16/20/2 S. 6). Offenbar kann er nicht einmal Telefongespräche mit dem Kläger führen, ohne dass dieser sie aufnimmt und ins Gerichtsverfahren einbringt. Angesichts dessen würde es nicht erstaunen, wenn der Kläger den Anstoss dafür gegeben hätte, bei der nächsten Gelegenheit die Polizei einzuschalten. Durch Letzteres wird daher der von D. _____ gegenüber dem Grossvater erhobene Vorwurf nicht erhärtet.

2.10. Die Vorinstanz hat eingehend und sorgfältig begründet, weshalb vorliegend keine akute Kindswohlfährdung bei der Beklagten auszumachen ist. Diesen Überlegungen kann gefolgt werden. Was der Kläger dagegen vorbringt, verfängt – wie vorstehend dargelegt – nicht. Von einer (vorsorglichen) Obhutsumteilung aufgrund der Gewaltvorwürfe ist daher im Rahmen der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen zu verzichten. Weitere Gründe für eine Kindswohlfährdung wur-

den nicht vorgebracht und sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die bei der Beklagten festgestellten Mängel (vgl. Urk. 2 E. II./B./5.6.), auf die sich der Kläger unter anderem beruft (siehe Urk. 1 Rz. 57 ff.), nicht als gravierend einzustufen sind (vgl. Urk. 1 Rz. 60 ff.).

Der Kläger macht geltend, wenn die Kinder bei ihm wohnen würden, wäre ein Kontakt zur Beklagten sichergestellt. Er habe nämlich vor Vorinstanz auf die entsprechende Frage ausgeführt: „Das müssen die Kinder entscheiden. Das beeinflusse ich nicht, wie alle behaupten. Bei der Mutter hat er ein Telefon, darf mich jedoch nicht anrufen. Ich verbiete niemanden den Kontakt oder Gespräche.“ Ganz im Gegensatz dazu sei aktenkundig, dass die Beklagte – auf Anraten ihres Anwalts – das Besuchsrecht eigenhändig sistiert, den zusammen mit der Beiständin erarbeiteten Telefonplan wiederholt nicht eingehalten und die abgesprochene Ferienplanung über den Haufen geworfen habe. Es sei nicht zutreffend, wenn die Vorinstanz schreibe, dass die Beklagte den Kontakt mehrheitlich zulasse (Urk. 1 S. 21 f. Rz. 67; Prot. I S. 19). Über die Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Besuchs- und Ferienbesuchsrechts sowie der Telefonregelung berichtete die Beiständin am 7. Juli 2017 (Urk. 7/3/8 = Urk. 4/16 S. 3 f.). Offenbar kam es einmal zu einem Kontaktunterbruch während drei Wochen, dies nach Aussage des Klägers wegen der Gefährdungsmeldung, welche er bei der KESB gemacht hatte (Prot. I S. 12). In seiner Eingabe vom 6. Februar 2018 beschwerte sich der Kläger, er könne mit seinen Kindern nur noch über das Mobiltelefon der Beklagten oder deren Mutter telefonieren (Urk. 32). Demnach konnten aber Telefonate stattfinden. Das Ferienbesuchsrecht des Klägers im Sommer 2017 scheiterte gemäss dem Bericht der Beiständin daran, dass der Kläger sich auf ein Angebot der Beklagten nicht mehr meldete (Urk. 4/16 S. 4). Die Einschätzung der Vorinstanz, dass die Beklagte den Kontakt zu den Kindern mehrheitlich zulasse, ist daher zutreffend. Die Vorinstanz hat unter Bezugnahme auf die Kinderbriefe zu Recht erwogen, dass ein Obhutswechsel an den Kläger die Gefahr berge, dass sich die Kinder von der Beklagten entfremden würden (Urk. 2 S. 35). Dem kann der Kläger in seiner Berufung nichts Substantielles entgegensetzen, im Gegenteil: Mit der Aussage, die Kinder müssten über die Besuche bei der Beklagten entscheiden, bestärkt er diese Einschätzung.

Es ist darauf hinzuweisen, dass – in Bezug auf die Obhut – kurzfristige oder häufige Veränderungen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen vermögen. Verbleibt das Kind gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid bei jenem Elternteil, der sich unmittelbar vor dem Eintritt der Umstände, die Anlass zum Massnahmenverfahren gegeben haben, hauptsächlich um das Kind gekümmert hat, ist von einer Umteilung der Obhut grundsätzlich abzusehen. Vorbehalten bleiben jedoch wichtige Gründe, namentlich wenn die bisherige Obhutzuteilung das Kindeswohl unmittelbar gefährdet, was von der Berufung erhebenden Partei darzutun ist, oder der Entscheid als solcher offensichtlich unhaltbar erscheint (BGE 138 III 565 E. 4.3.2. zur Frage des Aufschubs der Vollstreckung eines die Obhut regelnden erstinstanzlichen Massnahmeentscheids, wobei die darin festgehaltenen allgemeinen Grundsätze auch für die im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu beurteilende Obhutsumteilung analog Geltung beanspruchen). Vorliegend handelt es sich nicht um eine erstmalige Obhutzuteilung (siehe Urk. 7/3/2 Disp. Ziff. 2 und Urk. 7/4/24 Disp. Ziff. 1), sondern es wird eine (vorsorgliche) *Obhutsumteilung* anbegehrt. Mithin ist nicht die Frage zu beantworten, bei welchem Elternteil das Kind besser aufgehoben ist, sondern ob wichtige Gründe für eine Obhutsumteilung vorliegen. Soweit der Kläger vorbringen will, dass die Kinder in seiner Obhut besser aufgehoben seien (vgl. Urk. 1 Rz. 61 ff.), ist dies daher unbehelflich.

2.11. Der Kläger bringt schliesslich vor, die Kinder hätten ihren Willen, bei ihm wohnen zu wollen, unzählige Male kundgetan, selbst – was auch die Vorinstanz festgehalten habe – gegenüber der Beklagten. Dass es sich hierbei nicht um den tatsächlichen Willen von D. _____ und C. _____ handeln solle, werde mit Verweis auf die vorgängigen Ausführungen bestritten (Urk. 1 Rz. 66). Diese pauschale Kritik genügt den Begründungsanforderungen nicht. Der Kläger setzt sich mit den eingehenden diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander (siehe Urk. 2 E. II./B./5.4.; vgl. vorstehend Ziffer II./3.). Im Übrigen ist auf die vorangehenden Erwägungen zu verweisen (Ziffer III./2.2. ff.).

C. Besuchsrecht, Verbot Kontaktaufnahme, Aufgabenkatalog des Beistands

1. Besuchsrecht der Beklagten

Nachdem auch im Berufungsverfahren die Obhut über D._____ und C._____ nicht dem Kläger zuzuteilen ist, besteht keine Veranlassung, der Beklagten ein (begleitetes) Besuchsrecht einzuräumen bzw. ein solches einstweilen zu sistieren (vgl. Urk. 1 Ziffer 4 der Anträge). Weiterungen erübrigen sich.

2. Besuchsrecht des Klägers, Verbot der Kontaktaufnahme, Aufgabenkatalog Beistand

Der Kläger verlangt im Weiteren in seinen Anträgen die Aufhebung von Dispositivziffer 3 (begleitetes Besuchsrecht für den Kläger), 4 (Verbot der gegenseitigen Kontaktaufnahme seitens des Klägers und der Kinder in irgendeiner Form unter Androhung von Bestrafung) sowie die Abänderung von Dispositivziffer 5 (Aufgabenkatalog des Beistands). Seiner Begründung lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass er diese Begehren losgelöst vom Antrag stellt, die Obhut sei ihm zuzuteilen. Er geht jedenfalls nicht konkret auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz (siehe Urk. 2 E. II./B./8 f.) ein und legt nicht dar, inwiefern diese unzutreffend sein sollen. Soweit er aber auch diesbezüglich die bereits zuvor abgehandelten Rügen vorbringen will, kann auf die entsprechenden vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.

3. Fazit

Die Berufung erweist sich damit zusammengefasst als unbegründet. Entsprechend ist sie abzuweisen und die Dispositivziffern 1-6 des angefochtenen Entscheids sind zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind auf Fr. 5'000.– festzulegen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der GebV OG).

1.2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren Kinderbelange. In (nicht vermögensrechtlichen) Kinderbelangen (Obhut, Besuchsrecht) sind die Kosten praxisgemäss den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn sie gute Gründe für ihre Rechtsstandpunkte hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Davon ist vorliegend auszugehen. Entsprechend sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die gegenseitigen Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wettzuschlagen.

2. Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages/Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

2.1. Sowohl der Kläger als auch die Beklagte ersuchen sinngemäss um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw.-beitrages von einstweilen Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2 und Urk. 9 S. 2).

2.2. Sowohl beim Kläger als auch bei der Beklagten erscheint mit Blick auf ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse die Mittellosigkeit im Sinne des Gesetzes – selbst unter Korrektur einzelner geltend gemachter Bedarfspositionen – als glaubhaft (vgl. Urk. 1 Rz. 7 ff.; Urk. 4/4-11; Urk. 14/18; Urk. 9 S. 10 f.; Urk. 7/23/1-19). Die Beklagte wird durch das Sozialamt ergänzend unterstützt (vgl. Urk. 7/28/2-3). Mit ihrem Hinweis auf die vorinstanzlichen Beilagen 1-19 (offensichtlich Urk. 7/23/1-19) genügt die Beklagte gerade noch knapp der Anforderung, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht nur umfassend darzustellen, sondern auch insbesondere möglichst zu belegen. Angesichts der Mittellosigkeit beider Parteien fällt die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages ausser Betracht. Die entsprechenden Anträge auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind daher abzuweisen. Die Prozessstandpunkte der Parteien waren keineswegs aussichtslos, und die mittellosen und rechtsunkundigen Parteien waren für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihnen für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Dem Kläger ist in der Person von Rechtsanwalt MLaw X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Der

Beklagten ist in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffer 7 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom 23. Februar 2018 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositivziffern 1-6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom 23. Februar 2018 werden bestätigt.
2. Der Antrag des Klägers um Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Der Antrag der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.

5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd und das kjz H._____, M._____, ... [Adresse], an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
mc