

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 16. November 2011

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirkes Uster vom 15. September 2011; Proz. FP110013**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. September 1994 in C._____ geheiratet. Aus dieser Ehe gingen die drei noch minderjährigen Kinder D._____, geb. tt.mm.1995, E._____, geb. tt.mm.1999, und F._____, geb. tt.mm.1999, hervor (act. 7/6/4). Mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Uster vom 1. April 2010 wurde unter anderem die Ehe der Parteien geschieden, die Zwillinge E._____ und F._____ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen, vorgemerkt, dass die Zwillinge ihren Wohnsitz an der ...strasse ... in G._____ haben, und die geschlossene Scheidungskonvention insofern genehmigt, dass der mit der Pflegefamilie H._____ abgeschlossene Pflegevertrag betreffend die Zwillinge aufrecht erhalten bleibt und von den Eltern nur gemeinsam gekündigt werden kann (act. 7/6/82).

2. Am 12. Juli 2011 machte die Berufungsklägerin beim Einzelgericht des Bezirkes Uster eine Klage betreffend die Abänderung des genannten Scheidungsurteils im Sinne der Neuordnung der Obhut der Zwillinge sowie der damit zusammenhängenden Besuchsrechte und Unterhaltsverpflichtung anhängig und stellte gleichzeitig ein Begehren um Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen, mit dem Antrag, es seien die zwei Kinder E._____ und F._____ für die Dauer des Verfahrens unter ihre Obhut zu stellen (act. 7/1). Mit Verfügung vom 15. Juli 2011 wies das Einzelgericht des Bezirkes Uster das Begehren um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ab und lud zur Verhandlung betreffend die vorsorgliche Massnahme vor (act. 7/4). Anlässlich dieser Verhandlung vom 30. August 2011 hielt die Berufungsklägerin an ihrem Antrag fest (Prot. I S. 10). Der Berufungsbeklagte stellte unter anderem die Anträge, es sei der Antrag der Berufungsklägerin abzuweisen und es seien Vollstreckungsmassnahmen zu treffen (act. 7/27). Die Vormundschaftsbehörde I._____ leitete dem Gericht ferner mit Schreiben vom 14. September 2011 den bei ihr gestellten Antrag der Beiständin der Kinder auf Anordnung geeigneter Kindesschutzmassnahmen vom 13. September 2011 weiter (act. 7/44, act. 7/45/4).

3. Mit Urteil vom 15. September 2011 wies das Einzelgericht des Bezirkes Uster das Begehren der Berufungsklägerin ab (act. 6, Ziff. 1). Gleichzeitig wurde die Berufungsklägerin verpflichtet dafür zu sorgen, dass sich die Kinder am Sonntag, 25. September 2011, 20.00 Uhr, bei der Pflegefamilie H._____ in G._____ einfinden (act. 6, Ziff. 4). Bei Nichterfüllung wurde der Berufungsklägerin die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung mit einer Busse von bis zu Fr. 10'000.-- durch den Strafrichter angedroht (act. 6, Ziff. 6). Ferner wurde die Berufungsklägerin verpflichtet, die Kinder für die Dauer des Verfahrens nur an den gemäss Scheidungsurteil vom 1. April 2011 geltenden Besuchswochenenden zu sich in die Wohnung zu lassen (act. 6, Ziff. 5), unter der Androhung der Bestrafung mit einer Ordnungsbusse in Höhe von Fr. 200.-- für jeden Tag der Nichterfüllung (act. 6, Ziff. 7).

4. Hiegegen erhob die Berufungsklägerin am 20. September 2011 rechtzeitig Beschwerde, die als Berufung entgegengenommen wurde (vgl. act. 9 E. 3). Sie stellte dabei die Anträge, es sei erstens das angefochtene Urteil vollumfänglich aufzuheben und das vorinstanzlich gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gutzuheissen, sowie es sei zweitens die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen und drittens die Vollstreckung des angefochtenen Urteils umgehend aufzuschieben (act. 2).

5. Am 23. September 2011 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (act. 4, act. 7). Mit Präsidialverfügung vom 4. Oktober 2011 wurde das Gesuch der Berufungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, soweit es nicht ohnehin gegenstandslos geworden war, und es wurde der Berufungsklägerin Frist zu Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren angesetzt (act. 9). Dieser Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (act. 11).

6. Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, wurde auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Auf Begehren eines Elternteils regelt das Gericht die Zuteilung der elterlichen Sorge (generell die Abänderung der Kinderbelange) neu, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist (Art. 134 Abs. 1 und 4 ZPO; BSK ZGB I-BREITSCHMID, 3. Aufl. 2006, Art. 134 N 1). Eine Umteilung des Sorge- und Obhutsrechts setzt somit nebst veränderten Verhältnissen voraus, dass die Umteilung in dem Sinn zwingend nötig ist, als die aktuellen Lebensumstände dem Kindeswohl mehr schaden als ihre Neuordnung und die damit verbundene Kontinuitätsunterbrechung der Erziehung (BGer 5a_63/2011 vom 1. Juni 2011, vgl. HÄBERLI/MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (März bis Juni 2011), ZKE 2011 S. 312 ff., 321).

Auf streitige Änderungsverfahren finden die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss Anwendung (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Es gelten demnach die Art. 274-283 und Art. 290-293 ZPO. Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen; die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Das Gericht entscheidet über vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO); die Art. 252 ff. ZPO gelten subsidiär (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 41). Sind wie hier Anordnungen über Kinder zu treffen, so erforscht es den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 277 Abs. 3 ZPO) und es gilt die Oficialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

2. Gemäss der mit Scheidungsurteil des Bezirkes Uster vom 1. April 2010 genehmigten Scheidungskonvention vom 9. März 2010 leben die Zwillinge E. _____ und F. _____ bei den Pflegeeltern H. _____ in G. _____ und besuchen dort die ...-Schule (act. 7/6/70, act. 7/6/82). Seit Februar 2011 besuchen die Zwillinge nach Darstellung der Berufungsklägerin die Staatsschule (act. 7/1 S. 3). Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Gesuchstellung waren E. _____ und F. _____ für eine Woche bei der Berufungsklägerin in den Ferien (act. 7/1 S. 5). Am Sonntag, 17. Juli 2011, brachte die Berufungsklägerin die Kinder nach einem Besuchswochenende entgegen getroffener Vereinbarungen nicht zurück zu den Pflegeeltern.

In der Folge wurde sie von der Beiständin mit Schreiben vom 19. Juli 2011 (act. 7/45/4a) und von der Vormundschaftsbehörde I. _____ mit Schreiben vom 2. August 2011 aufgefordert, dafür zu sorgen, dass sich die Kinder bis spätestens am 14. August 2011 wieder bei der Pflegefamilie einfinden (act. 7/20). Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Entscheidfällung befanden sich die Kinder noch immer bei der Berufungsklägerin und besuchten die öffentliche Schule in I. _____ (Prot. I S. 6, S. 10 und S. 14, act. 7/44).

3. Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Berufungsklägerin geltend, die gegenwärtige Situation bei den Pflegeeltern entspreche nicht dem Kindeswohl. Die Kinder seien sowohl in der ...-Schule als auch in der staatlichen Schule unterfordert. Sie seien ferner unglücklich, weil sie sich gegenüber den drei eigenen Kindern der Pflegeeltern H. _____ ungerecht behandelt und vernachlässigt fühlen würden (act. 7/1 S. 3). Die Zwillinge würden sich wünschen, bei ihr leben zu können und nicht mehr zur Pflegefamilie zurückkehren zu müssen, weil sie die einzige tatsächliche Bezugsperson sei (act. 7/1 S. 4. Prot. I S. 10 ff.). Nach den Ausführungen der Berufungsklägerin habe sich die Situation bei ihr zudem dauerhaft verändert, denn es bestehe insbesondere kein starrer Zeitplan mehr, sie koche für die Kinder und die Wohnung sei kein abgeschlossener Raum mehr (act. 7/1 S. 4 f., Prot. I S. 11 f., S. 17 f. und S. 27). Das sei nicht bloss vorübergehend, da sie ihre Krankheit zu 90 % überwunden habe (Prot. I S. 26).

4. Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid damit, dass die Berufungsklägerin weder eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls von E. _____ und F. _____ bei einem Verbleib bei der Pflegefamilie H. _____ noch eine dauerhafte Veränderung ihrer Verhältnisse habe glaubhaft darlegen können (act. 6 S. 3, act. 6 S. 5 f.). Die Vorinstanz hörte die Kinder an (Prot. I S. 6 ff.) und holte Stellungnahmen der Pflegefamilie H. _____ (act. 7/30, act. 7/32, act. 7/37) und der Beiständin (act. 7/33, act. 7/38) ein. Gestützt auf diese Stellungnahmen sowie die Aussagen der Kinder anlässlich deren Anhörung erwog sie weiter, es sei glaubhaft, dass das Wohl der Kinder bei einer weiteren Betreuung durch die Pflegefamilie nicht gefährdet sei, selbst wenn die Kinder mit dieser Situation unzufrieden seien und den Wunsch hegen würden, bei der Mutter zu wohnen (act. 6

S. 4). Im Gegenteil erscheine das Wohl der Kinder gestützt auf ebendiese Stellungnahmen und die überdies eingeholten Stellungnahmen der Familie J. _____ (act. 7/31, act. 7/35) und von Dr. med. K. _____ (act. 7/37, act. 7/43) sowie der Auskunft der Nachbarn L. _____ (act. 7/42) bei einem weiteren Verbleib der Kinder bei der Berufungsklägerin als gefährdet, weil sich die Situation der Berufungsklägerin nicht geändert habe. Die Berufungsklägerin habe sich zudem den Anweisungen der Behörden widersetzt und die Kinder nicht in die Pflegefamilie zurückgebracht (act. 6 S. 6). Zum Kindesschutz nahm die Vorinstanz ihr Weisungsrecht nach Art. 307 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 315a ZGB wahr und ordnete Massnahmen an, um den Zustand entsprechend den Anordnungen im Scheidungsurteil wiederherzustellen und in der Folge aufrecht zu behalten (act. 6 S. 7).

5. Rechtliches Gehör

5.1 Mit ihrer Berufung rügt die Berufungsklägerin im Wesentlichen die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, indem ihr die Möglichkeit verwehrt worden sei, sich zum Beweisergebnis, namentlich zu den Berichten der Beiständin und der Pflegeeltern der Kinder sowie zu den Schreiben der Familie J. _____, von Dr. med K. _____ und der Aussage von L. _____ äussern zu können (act. 2 S. 4). Weil ihr die entsprechenden Grundlagen nicht zur Einsicht vorgelegt worden seien, sei es ihr denn auch nicht möglich, in der "Beschwerde" weiter Stellung dazu zu nehmen (act. 2 S. 6). Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs könne im "Beschwerdeverfahren" nicht geheilt werden, weil es sich um eine gravierende Verletzung handle und die "Beschwerdeinstanz" bezüglich Tatfragen keine volle Kognition habe, weshalb die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. 2 S. 4 f.).

5.2 Art. 53 ZPO statuiert für das Verfahrensrecht den bereits in Art. 29 Abs. 2 BV festgesetzten Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör umfasst unter anderem das Recht auf Äusserung zu Vorbringen des Gegners und zum Beweisergebnis (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 10). Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht auch im summarischen Verfahren. Einschränkungen gibt es mit Ausnahme superprovisorischer Massnahmen und allfäll-

lig abänderbarer Zwischenentscheide keine (ZK ZPO- SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 21 ff.).

5.3 Aus den Akten ist nicht zu ersehen, dass die genannten Stellungnahmen und Berichte, auf welche sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid stützt, der Berufungsklägerin (oder dem Berufungsbeklagten) zur Stellungnahme zugestellt worden sind. Auch ergibt sich nicht, dass die Parteien überhaupt darüber informiert worden wären, dass entsprechende Abklärungen von Amtes wegen zum Kindeswohl vorgenommen werden. Da den Parteien aber Gelegenheit zu geben ist, zu jeglichen Äusserungen des Gegners sowie zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen, rügt die Berufungsklägerin somit zu Recht, ihr rechtliches Gehör sei durch das Verhalten der Vorinstanz verletzt worden, indem diese ihr die Möglichkeit verwehrte, sich vor dem Entscheid zu den eingeholten Stellungnahmen und Berichten äussern zu können. Es handelt sich dabei zutreffend um eine gravierende Verletzung, weil der Berufungsklägerin der Anspruch auf rechtliches Gehör vollständig verweigert wurde und es sich bei den Stellungnahmen und Berichten um massgebende Grundlagen des angefochtenen Entscheids handelt.

5.4 Das Recht, gehört zu werden, ist formeller Natur, weshalb die Verletzung dieses Rechts ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 39). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine nicht gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs aber geheilt werden und zwar dann, wenn sich die betroffene Person im Rechtsmittelverfahren äussern konnte und die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügt wie die Vorinstanz. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist ferner auch bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zudem zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.H.).

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Sie ist ein vollkommenes, ordentliches Rechtsmittel, das die volle Überprüfung des angefochtenen Entscheides in allen Rechts- und Sachfragen zulässt; die Rechtsmittelinstanz prüft also mit freier Kognition (ZK ZPO-REETZ, Vorbem. zu Art. 308-318 N 3 und 15 und Art. 310 N 5 f.). Dabei können neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Mit dem Berufungsverfahren wird somit das erstinstanzliche Verfahren fortgeführt (ZK ZPO-REETZ, Art. 317 N 10). Im Grundsatz ist eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Berufungsverfahren also möglich.

5.5 Mit Kenntnisnahme des angefochtenen Entscheides erfuhr die Berufungsklägerin von den genannten Stellungnahmen und Schreiben. Im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechtes (Art. 53 Abs. 2 ZPO) stand es der Berufungsklägerin danach frei, sich durch Einsicht in die Akten Kenntnis von deren Inhalt zu beschaffen. Dass dieses Recht von der Vorinstanz verweigert worden ist, ergibt sich nicht aus den Akten und wird von der Berufungsklägerin auch nicht behauptet. Ihre Argumentation, sie könne die Berufung mangels Kenntnis in materieller Hinsicht nicht begründen, zielt demnach ins Leere. In der Berufungsschrift ergab sich für die Berufungsklägerin sodann die Möglichkeit, sich vollständig zu den dem angefochtenen Entscheid zu Grunde gelegten Berichten und Schreiben zu äussern. Wie ausgeführt verfügt die Kammer zudem als Berufungsinstanz über umfassende Kognition in Bezug auf Tatfragen. Damit wäre vorliegend ein nicht besonders schwerwiegender Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens geheilt. Da es sich hier aber um eine gravierende Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör handelt, ist zu prüfen, ob eine Rückweisung im Konkreten sinnvoll und in materieller Hinsicht notwendig ist, ansonsten nach dem Gesagten zu Gunsten des sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ergebenden und auch in Art. 124 Abs. 1 ZPO enthaltenen Beschleunigungsgebotes darauf zu verzichten ist. Zu beachten gilt dabei, dass es im vorliegenden Verfahren um die Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen geht, womit *rasch* eine vorläufige Regelung der Situation während des unter Umständen länger dauernden Hauptverfahrens herbeigeführt wird (ZK ZPO-KOBEL,

Art. 276 N 5; FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 2. Aufl., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 17). Vorsorgliche Massnahmen sind im summarischen Verfahren zu behandeln (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO), welches sich durch Beschränkungen zum Zwecke der Prozessbeschleunigung auszeichnet (ZK ZPO-Chevalier, Art. 248 N 1 ff.). Dem einstweiligen Rechtsschutz immanent ist also die zeitliche Dringlichkeit. Daraus ist zu folgern, dass bei ihm dem Beschleunigungsgebot im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren eine massgeblich erhöhte Bedeutung zukommt. Vor diesem Hintergrund hat eine Abwägung zwischen der Verletzung des Gehörsanspruchs und dem Anspruch auf eine Beurteilung innert angemessener Frist grundsätzlich zu Gunsten von Zweiterem auszufallen, sofern im konkreten Fall nicht weitere Umstände vorliegen, die ein anderes Ergebnis bedingen. Solche Umstände sind hier nicht ersichtlich. Im Gegenteil lässt sich insbesondere aus dem Verhalten der Berufungsklägerin ein erhöhtes Interesse an einer raschen Beurteilung erkennen, beantragte sie ja die vorsorgliche Massnahme zunächst gar superprovisorisch (vgl. act. 7/1 S. 3 und 7, act. 7/4).

5.6 Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass eine Rückweisung vorliegend zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen bzw. dem Prinzip des einstweiligen Rechtsschutzes entgegenstehenden Verzögerungen führen würde, weshalb die vorinstanzlich begangene Verletzung des Anspruches der Berufungsklägerin auf rechtliches Gehör hier mit der Berufung geheilt wird. Hinzu kommt, dass es vorliegendenfalls um wesentliche Kinderbelange geht, die Untersuchungsmaxime gilt und Fragen der Gefährdung des Kindeswohls im Raume stehen.

6. Vorsorgliche Massnahme

6.1 In materieller Hinsicht bringt die Berufungsklägerin gegen den abweisenden Entscheid der Vorinstanz vor, es sei falsch, dass sich ihre persönliche Situation nicht geändert habe. Die Vorwürfe, die Kinder müssten bei schönem Wetter drinnen sein, könnten sich nicht frei bewegen oder sie sei mit den Kindern bis spät Abends unterwegs, seien unzutreffend. Sie habe hierfür den Beweis offeriert: einen Augenschein bei ihr zu Hause und die Befragung des Lehrers der Kin-

der als Zeugen (act. 2 S. 6). Der Bericht der Beiständin sei zudem parteiisch und setze sich nicht mit dem Umstand auseinander, dass die Kinder bei den Pflegeeltern unglücklich seien. Die Stellungnahme der Pflegeeltern H._____ basiere ferner auf einem finanziellen Interesse an der Weiterbetreuung der Kinder (act. 2 S. 5).

6.2 Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen setzt voraus, dass diese nötig, geeignet und verhältnismässig sind (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 8). Es muss also ein Bedürfnis für die Anordnung solcher Massnahmen ausgewiesen werden. Ein solches wird von der Lehre verneint, wenn die Verhältnisse bereits angemessen geregelt sind (vgl. FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 2. Aufl., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 4), es sei denn die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich erheblich und dauernd geändert, so dass die geltende Regelung für die Dauer des Verfahrens nicht mehr angemessen erscheint. Davon ist aber nur im Ausnahmefall auszugehen, weil im Abänderungsprozess bereits ein im ordentlichen Verfahren ergangenes rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt, welches die Verhältnisse bereits vollständig und dauerhaft regelt (OGer SO im Entscheid vom 13. April 2007, in: FamPra.ch 2009, S. 777 ff., S. 779). 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 auch in Anbetracht dessen, dass zugunsten des Kindes grundsätzlich eine gewisse Stabilität der Lebensumstände zu erhalten und ein schädliches Hin und Her zu vermeiden ist, nur dann nicht mehr angemessen erscheint und eine vorsorgliche Neuregelung bedingt, wenn das Wohl des Kindes eine andere Ordnung gebietet (BGer 5P.323/2001 E. 2.c; BRÄNDLI/KILDE, Scheidungsrecht – Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Zürich 2008, N 149) bzw. unter der geltenden Regelung als gefährdet erscheint.

6.3 Die Berufungsklägerin äussert sich im Berufungsverfahren nicht konkret zur Frage der Gefährdung des Kindeswohls bei einem weiteren Aufenthalt der Kinder bei der Pflegefamilie H._____. Sie stützt sich einzig auf den Umstand, die Kinder seien dort nicht glücklich, und negiert pauschal die Aussagekraft der Berichte der Beiständin und der Pflegeeltern. Die Berufungsklägerin legt aber nicht

dar, inwiefern die in den Stellungnahmen enthaltenen Aussagen aus welchem Grund nicht zutreffen würden, weshalb weiter darauf abzustellen ist. Ferner vermag für sich alleine der Umstand, dass Kinder eventuell unglücklich sind, das Kindeswohl noch nicht zu gefährden. Die Vorinstanz stellt somit – unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Berufungsklägerin – gestützt auf die Stellungnahmen und Berichte sowie die Aussagen der Kinder zutreffend fest, dass die Kinder zwar lieber bei der Mutter wohnen wollten, das Wohl der Kinder bei einer (vorläufig) weiteren Betreuung durch die Pflegefamilie aber nicht gefährdet sei, weil sie selbst keine entsprechenden Hinweise geliefert hätten, die Pflegeeltern die nötigen Voraussetzungen zur Betreuung der Kinder hätten, die Kinder einen gesunden, altersgerecht entwickelten und zufriedenen Eindruck machen würden und sie sich in den letzten zweieinhalb Jahren, in welchen sie bereits bei der Pflegefamilie H._____ gelebt hätten, eine grundsätzlich positive Entwicklung durchgemacht hätten. Was an dieser Einschätzung falsch sein sollte, ist nicht zu erkennen. Wird das Wohl der Kinder bei einem weiteren Verbleib bei der Pflegefamilie also nicht gefährdet, so erscheint eine Abweichung von der bereits getroffenen Regelung im Scheidungsurteil zur Zeit und damit im Rahmen vorsorglicher Massregeln nicht notwendig. Die Berufung ist daher abzuweisen.

7. Kindesschutzmassnahmen

7.1 Die Berufungsklägerin bezeichnet in der Berufungsschrift die von der Vorinstanz angeordneten Vollstreckungsmassnahmen (Ziff. 6-7 des angefochtenen Entscheides) für ungerechtfertigt und unhaltbar. Die Kinder seien mehr als 12 Jahre alt und seien aus eigenem Willen und Antrieb zu ihr gegangen. Indirekten Zwang gegen einen Elternteil sei aber nur sinnvoll, wenn feststehe, dass der Widerstand von diesem und nicht vom Kind ausgehe, was vorliegend nicht der Fall sei (act. 2 S. 3 und S. 6 f.).

7.2 Im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen können auch Kindesschutzmassnahmen angeordnet werden (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 27). Gemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 315a ZGB kann das Gericht geeignete Massnahmen zum Schutze des Kindes treffen, wenn sein Wohl gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen. Das Gericht kann insbesondere den Eltern

in sämtlichen Bereichen ihres Handelns bestimmte Weisungen erteilen (Art. 307 Abs. 3 ZPO; BSK ZGB I-BREITSCHMID, 3. Aufl. 2006, Art. 307 N 19). Diese Weisungen können sich auf ein konkretes Tun oder Unterlassen richten und mit Androhung der Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB) oder einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.-- für jeden Tag der Nichterfüllung (Art. 267 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. a und c ZPO) verbunden werden (BSK ZGB I-BREITSCHMID, 3. Aufl. 2006, Art. 307 N 22).

7.3 Die Berufungsklägerin rügt mit ihrer Berufung die von der Vorinstanz in Ziff. 4 und 5 des angefochtenen Entscheides angeordneten Massnahmen, wonach sie verpflichtet wurde, dafür zu sorgen, dass sich die Zwillinge am Sonntag, 25. September 2011, 20.00 Uhr, in G._____ einfinden und die Zwillinge für die Dauer des Verfahrens nur an den vereinbarten Besuchswochenenden zu sich in die Wohnung zu lassen, nicht. An diesen Anordnungen ist im Übrigen auch nichts zu beanstanden, denn die Berufungsklägerin bestreitet selber nicht, dass im Zeitpunkt des Scheidungsurteils und der Anordnung der Fremdbetreuung der Kinder eine Gefährdung des Kindeswohls in ihrer Obhut bestand. Sie macht einzig eine Veränderung der damaligen persönlichen Verhältnisse geltend. Eine solche Veränderung ist allerdings nicht sichtbar, weshalb weiterhin von einer Gefährdung auszugehen ist.

7.4 Die Rüge der Berufungsklägerin bezieht sich einzig auf die mit den Weisungen verbundenen Massnahmen. Hierzu ist anzumerken, dass es zwar zutrifft, dass das Verhalten von Kindern im Alter von E._____ und F._____ nicht in jedem Zeitpunkt und vollständig bestimmt werden kann. Massgebend für die Vollstreckungsmassnahmen ist hier aber nicht der Umstand, dass die Kinder aus eigenem Antrieb zur Berufungsklägerin gegangen sind oder allenfalls in Zukunft gehen werden. Im Zentrum steht das Verhalten der Berufungsklägerin, wenn die Kinder in einem Zeitpunkt zu ihr kommen oder bei ihr sind, in welchem sie sich nach der gegenwärtig geltenden rechtlichen Obhuts- und Besuchsregelung bei der Pflegefamilie H._____ aufzuhalten haben. Denn es ist der Berufungsklägerin durchaus möglich, diesfalls die Pflegeeltern zu informieren und aufzufordern, die Kinder abholen zu kommen oder diese selbst wieder zurück zu den Pflegeeltern zu

bringen. Ebenso liegt es an der Berufungsklägerin, positiv auf die Kinder einzuwirken und die bisherige Ordnung so zu unterstützen. Unterlässt sie dies und bleiben die Kinder daher bei ihr, so hat sie die Verantwortung für diese Situation zu tragen. Darauf zielen die Vollstreckungsmassnahmen. Es ist ferner nicht nur so, dass die Berufungsklägerin bloss untätig gewesen wäre, vielmehr hat sie die Aufforderungen der Vormundschaftsbehörde und der Beiständin, die Kinder zurück nach G._____ zu bringen, letztlich ignoriert bzw. verweigert. Der Widerstand geht somit von der Berufungsklägerin aus, wie es die Vorinstanz bereits zutreffend feststellte. Die Berufung ist daher auch diesbezüglich abzuweisen.

III.

1. Die Berufung ist insgesamt abzuweisen. Ausgangsgemäss hat somit grundsätzlich die Berufungsklägerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann aber abgewichen werden und es können die Kosten nach Ermessen verteilt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Davon ist auszugehen, wenn – wie vorliegend (vgl. E. 5 vorstehend) – eine begangene Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt wird (TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 42). Ferner kann das Gericht die Kosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen auch dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO) bzw. auf die Erhebung von Kosten verzichten.

2. Die Vorinstanz verwies in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheides anstatt auf die Berufung unzutreffend auf die Möglichkeit der Beschwerde (act. 6 S. 9, vgl. act. 9 E. 3). Dementsprechend erhob die Berufungsklägerin vorliegend Beschwerde und beantragte gestützt auf die (hier festgestellte; vgl. E. 5.3 vorstehend) Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung des Verfahrens. Mit der Beschwerde kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Bereich der Sachverhaltserstellung auf Grund seiner formellen Natur und wegen der beschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz hinsichtlich Tatfragen nicht geheilt werden (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Art. 53 N 27; ZK ZPO-

FREIBURGHaus/AFHELDt, Art. 320 N 5). Eine Beschwerde wäre vorliegend demnach gutzuheissen gewesen. Da die Berufungsklägerin sich entsprechend der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz veranlasst sah, Beschwerde zu erheben, sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens ausnahmsweise auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO) bzw. gar keine Kosten zu erheben. Eine Prozessentschädigung ist der Berufungsklägerin zufolge Unterliegens hingegen nicht zuzusprechen. Auch dem Berufungsbeklagten ist mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Für eine solche zulasten des Staates würde es überdies an einer gesetzlichen Grundlage fehlen (ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 15).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Uster vom 15. September 2011 wird bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirkes Uster, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat lediglich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 ZPO/ZH zum Gegenstand. Es kann daher nur geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, er verstosse gegen klares materielles Recht oder er beruhe auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme. Gemäss § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO/ZH sind die Nichtigkeitsgründe nachzuweisen, d.h. es ist darzulegen, inwiefern und weshalb ein Nichtigkeitsgrund gegeben sein soll. Nur insoweit dies geschieht, erfolgt eine Überprüfung des Entscheides des Sachrichters (§ 290 ZPO/ZH).