

# ZH\_OBERGERICHT LC120003 vom 6. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC120003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC120003)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC120003 du 6 février 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LC120003 del 6 febbraio 2013

## Erwägungen

### E. 1

a) Das angefochtene Urteil wurde am 21. Dezember 2011 gefällt. Damit ist auf das Berufungsverfahren - auch wenn sich das erstinstanzliche Verfahren noch nach den Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) richtete - die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Danach ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Berufungsinstanz im Anschluss an die Berufungsantwort aufgrund der Akten entscheiden, einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder - wie mit Beschluss vom 21. Mai 2012 angeordnet - eine Verhandlung durchführen. Damit wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, mit einer Replik bzw. einer Duplik ein zweites Mal in der Sache Stellung zu nehmen. Ebenso wurde der Prozessbeiständin der Kinder Gelegenheit gewährt, ergänzend Stellung zu nehmen. Sie konnten sich zudem zur ergänzenden Befragung äussern. Damit war - mit Ausnahme der Anhörung von C.\_\_\_\_\_ und der Stellungnahme zu dieser Anhörung - das Verfahren abgeschlossen. Weitere Vorträge waren weder vorgesehen noch sind solche zulässig. Die Parteien hatten die Möglichkeit, anlässlich der Berufungsverhandlung vom 18. September 2012 abschliessend Stellung zu nehmen (vgl. dazu: Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 14). Die vom Beklagten im Hinblick auf die

- 9 - Regelung der Unterhaltsbeiträge erst mit der Stellungnahme vom 7. November 2012 zur Anhörung von C.\_\_\_\_\_ vorgebrachten Behauptungen (Urk. 119 S. 2-4), die auf ausserhalb des Protokolls und nach Abschluss der Berufungsverhandlung vorgebrachten Überlegungen des Gerichts zu einem möglichen Urteil Bezug nehmen (vgl. Prot. II S. 28), sind daher nicht weiter zu berücksichtigen. Sie enthalten im Übrigen auch keine echten Noven. Dies gilt ebenso für die Vorbringen in der nachträglichen Eingabe vom 12. Dezember 2012, soweit mit diesen nochmals zur Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge Bezug genommen wurde (Urk. 123, insb. S. 3). b) Im Rahmen der Berufungsvorträge ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Es ist zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese

Fehlerhaftigkeiten träten klar zu- tage (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommen- tar, Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung und die Replik mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prü- fungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreiben. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen. c) Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berück- sichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz

- 10 - zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterste- hen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Li- teratur umstritten. Das Bundesgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Allerdings können die Parteien vorbringen, in der ersten Instanz sei die Untersuchungsmaxime verletzt worden, indem gewisse Fakten unberücksichtigt geblieben seien. Falls dies zu- trifft, sind die entsprechenden Vorbringen zu berücksichtigen (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414). Dies gilt auch bei Verfahren in Kin- derbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Auch hier können mit Vorbringen, wonach die Untersu- chungsmaxime im erstinstanzlichen Verfahren verletzt worden sei, bisher unbe- rücksichtigte Behauptungen vorgebracht werden (F. Hohl, a.a.O., Rz 2415). Im Ergebnis bedeutet dies, dass sowohl echte als auch unechte Noven vorgebracht werden können, allerdings sind die unechten Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. mit der Beru- fungsantwort vorzubringen. Dies gilt sowohl für die eigentlichen Kinderbelange, nämlich die Regelung der elterliche Sorge, die Festlegung des Besuchsrecht und die Anordnung einer Beistandschaft, als auch für die Regelung der Unterhaltsbei- träge für die Kinder. Nach Berufungsbegründung und Berufungsantwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden. Sodann können nach Abschluss der Parteivorträge auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, keine neuen Behauptungen mehr vorgebracht werden (Bundesgericht, Urteil vom 30. Oktober 2012, 5A\_452/2012, E 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172). Die Eingaben der Parteien im Anschluss an die Anhörung von C.\_\_\_\_\_ sind daher - wie bereits

- 11 - erwähnt - nur insoweit zu beachten, als damit zu dieser Anhörung Stellung ge- nommen wurde. d) Die Klägerin stellte anlässlich der Berufungsverhandlung vom 18. September 2012 mit der Duplik den Antrag, dass auch für den Sohn D.\_\_\_\_\_ eine Besuchsbeistandschaft anzuordnen sei, dies mit der Aufgabe "bei im persön- lichen Umgang auftretenden Konflikten zu intervenieren". Damit nahm sie ihren bereits vor Vorinstanz gestellten Antrag wieder auf, wonach auch für D.\_\_\_\_\_ ei- ne Beistandschaft

anzuordnen sei. Weiter beantragte sie neu, dass dem Beklagten gestützt auf Art. 307 Abs. 1 ZGB die Weisung zu erteilen sei, mit beiden Kindern kinds- und altersgerechte Gespräche zu führen (auch im schriftlichen Verkehr) sowie diesen gegenüber herabwürdigende und hetzerische Aussagen bezüglich der Klägerin und deren familiären Umfelds zu unterlassen (Urk. 103 S. 1). Nach der Auffassung des Beklagten ist auf diese neu bzw. erst mit der Duplik gestellten Anträge nicht einzutreten (Prot. II S. 12). Der Beklagte bringt zu Recht vor, dass eine Anschlussberufung mit der Berufungsantwort bzw. innert der Frist, die zur Berufungsantwort zur Verfügung steht, zu erheben ist. Danach steht dieses Anschlussrechtsmittel nicht mehr zur Verfügung (Art. 313 Abs. 1 i.V. mit Art. 312 Abs. 2 ZPO; Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 313 N 11; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 313 N 27). Es stellt sich indes die Frage, ob die neuen Anträge der Klägerin als Klageänderungen doch zuzulassen sind. Im Berufungsverfahren sind Klageänderungen nämlich unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie nach dem Aktenabschluss im erstinstanzlichen Verfahren (Art. 317 Abs. 2 ZPO; Leuenberger in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 227 N 30), d.h. eine Klageänderung ist zulässig, wenn die neuen Begehren in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch stehen (oder die Gegenpartei zustimmt) und die Anträge auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen. Dass in Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO von neuen Tatsachen und Beweismitteln die Rede ist, beruht auf einem Versehen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 86; vgl. auch den französischsprachigen Text von Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO: "la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux"). Sodann ist eine Klageände-

- rung zulässig, solange das Vorbringen von echten Noven zulässig ist, mithin bis zum Abschluss der Berufungsverhandlung (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 88). Damit steht fest, dass Klageänderungen auch noch anlässlich einer Berufungsverhandlung möglich sind, zumal in der Lehre auch gefordert wird, dass im Bereiche der Officialmaxime, namentlich bei Kinderbelangen, die Anträge auch im Berufungsverfahren noch bis zur Urteilsberatung abgeändert werden können (vgl. z.B. F. Hohl, a.a.O., Rz 2392). Mit Beginn der Urteilsberatung ist dabei der Abschluss der Parteivorträge gemeint (Bundesgericht, Urteil vom 30. Oktober 2012, 5A\_452/2012, E 4.2) Gegen eine Zulassung der Klageänderung spricht andererseits, dass das Berufungsverfahren in erster Linie der Überprüfung des erstinstanzlichen Entscheides dient und nur beschränkt geeignet ist, alle Sach- und Rechtsfragen umfassend zu beurteilen (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 1). Ausserdem ist darauf zu achten, dass mit neuen Anträgen im Berufungsverfahren nicht das Prinzip der double instance verletzt wird (CPC, Nicolas Jeandin, Art. 317 N 11). Ein von den bisherigen Begehren völlig unabhängiger Anspruch könnte daher - auch gestützt auf neue Tatsachen oder Beweismittel - nicht mit einer Klageänderung noch eingeführt werden. Hier besteht ein gewisser Zusammenhang zwischen den neuen Anträgen der Klägerin mit der noch offenen Regelung des Besuchsrechts der Kinder, auch wenn das Ausmass des Besuchsrechts für D.\_\_\_\_\_ bisher nicht umstritten war und eine Kindesschutzmassnahme für D.\_\_\_\_\_ im erstinstanzlichen Verfahren nicht weiter geprüft wurde. Auch der Antrag, wonach dem Beklagten eine Weisung zu erteilen sei, steht im weiteren Sinne im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht und damit mit dem Umgang mit den Kindern. Dies liesse die neuen Anträge vorliegend als zulässig erscheinen. Die Frage kann jedoch letztlich offen gelassen werden, da die Begehren ohnehin abzuweisen sind. Zur Frage der Anordnung einer Beistandschaft für D.\_\_\_\_\_ kann dabei auf die nachfolgenden Erwägungen unter Ziff. II.B.4. verwiesen werden. Mit Bezug auf die beantragte Weisung

ist sodann vorab festzuhalten, dass diese kaum umsetzbar wäre, steht doch nicht fest, was mit "kinds- und altersge-

- 13 - rechten Gesprächen" gemeint ist, und es ist auch die angestrebte Auflage, den Kindern gegenüber herabwürdigende und hetzerische Aussagen bezüglich der Klägerin und deren familiären Umfelds zu unterlassen, zu unbestimmt und damit kaum vollstreckbar. Aufgrund der neuen Vorbringen in der zweitinstanzlichen Duplik besteht aber auch kein Grund, die beiden fraglichen Anträge gutzuheissen. Es wurden insbesondere keine (neuen) Vorfälle angeführt, die Anlass zur Anordnung einer derartigen Kinderschutzmassnahme geben würden. Der von der Klägerin angeführte Vorfall mit der Gitarre von D. \_\_\_\_\_ genügt hierfür jedenfalls nicht. Er belegt lediglich, dass es den Parteien schwer fällt, im Sinne des Kindeswohls zielführende Kontakte bzw. Gespräche zu führen, dass sie vielmehr offenbar noch vorhandene Animositäten austragen. Die Klägerin teilte einerseits imperativ mit, dass D. \_\_\_\_\_ von jetzt an seine akustische Gitarre (d.h. eine Gitarre ohne Elektronik bzw. eine Konzertgitarre) beim Besuch mitnehmen werde, während dem der Beklagte andererseits in wenig verständlicher Weise diese Gitarre "nicht mit sich herumschleppen will", weil er auch eine Gitarre habe. Bei letzterer handelt es sich allerdings unbestrittenermassen um eine elektrische Gitarre die bekanntlich anders zu bespielen ist und die sich für den Einstieg weniger eignet (Urk. 103 S. 3 f., Prot. II S. 12 f., 19, 25 f. und 28). Dass D. \_\_\_\_\_ unter diesem einzigen neu genannten, zwischen verständigen Eltern unüblichen Umgang gelitten hat, wird indes nicht weiter geltend gemacht. Soweit eine Weisung an den Beklagten verlangt wird, macht die Klägerin (bloss) geltend, der Beklagte habe D. \_\_\_\_\_ im Vorfeld der Berufungsverhandlung gesagt, sie wolle, dass er den Vater weniger sehen könne. Diese angesichts des unbestrittenen Besuchsrechts unsinnige Aussage habe zu einer starken Beunruhigung von D. \_\_\_\_\_ geführt (Urk. 103 S. 5). Anlässlich der ergänzenden Befragung in der Berufungsverhandlung führte die Klägerin zusätzlich aus, D. \_\_\_\_\_ habe deswegen im Flur geschlafen, er habe geweint und darauf bestanden, dass sie ihn in die Schule fahre (Prot. II S. 20). Der Beklagte hielt dem entgegen, dass er von D. \_\_\_\_\_ gefragt worden sei, weshalb er "am Dienstag die Mutter sehe", worauf er versucht habe, ihm zu umschreiben, um was es an der Gerichtsverhandlung gehe (Prot. II S. 25). Dies zeigt, dass eine allfällige Beunruhigung von D. \_\_\_\_\_ auf die damals anstehende Berufungsverhandlung und auf falsche oder

- 14 - missverstandene bzw. übertrieben gewertete Auskünfte zurückzuführen war. Ein Zusammenhang mit einem nicht kindsgerechten oder nicht altersgerechten Umgang kann diesem bestrittenen Vorfall nicht entnommen werden. Ebenso kann daraus nicht auf herabwürdigende oder verletzende Aussagen des Beklagten geschlossen werden, die nach einer entsprechenden Weisung rufen würden. Die Begehren sind deshalb - sofern von einem genügenden Zusammenhang mit den bisherigen Anträgen ausgegangen wird - abzuweisen.

## **E. 2**

a) Die Klägerin machte zur Begründung ihres Antrages zur Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge hauptsächlich geltend, es fehle am Kommunikationswillen und an der Konfliktlösungskompetenz beim Beklagten. Die Parteien hätten seit der Trennung vor acht Jahren keinen Weg gefunden, um in einer verträglichen Weise über die Belange der Kinder zu kommunizieren und gemein-

- 18 - same Lösungen zu finden. Dies zeige sich in den vom Beklagten initiierten Vollstreckungsverfahren. Die bisherige Regelung beinhalte ein hohes Konfliktpotential und gefährde das Kindeswohl, da die Kinder zunehmend direkt tangiert würden. Es sei daher im Interesse der Kinder, die gemeinsame elterliche Sorge aufzuheben und diese der Klägerin allein zuzuteilen (vgl. ergänzend Urk. 83 S. 9 f. und S. 13 f.). Mit der Berufungsantwort bringt die Klägerin vor, dass der Beklagte nicht in der Lage sei, auf die Bedürfnisse der heranwachsenden Tochter einzugehen, er setze sie vielmehr unter Druck, wenn er ihr gegenüber bemerke, wenn sie ihn weiterhin so wenig besuche, käme dies einem langsamen Sterben der Beziehung gleich. Dann wolle er lieber eine Ende mit Schrecken statt ein Schrecken ohne Ende, d.h. sie lieber gar nicht mehr sehen (Urk. 91 S. 9 f.). Die Klägerin verwies auch erneut darauf, dass der Beklagte sie schikaniert habe, indem er ihr nach dem Umzug in die Schweiz die Anmeldung der Kinder im Kindergarten und in der Primarschule verhindert habe. Er habe sich auch geweigert, unter Vermittlung der Jugend- und Familienberatung bzw. der Vormundschaftsbehörde von F.\_\_\_\_\_ eine einvernehmliche Lösung für das Umgangsrecht zu suchen (Urk. 91 S. 10). Für die Ermächtigung zur Anmeldung von C.\_\_\_\_\_ zur Gymnasiumsprüfung am ...-Gymnasium habe sie vorsorgliche Massnahmen beantragen müssen, nachdem C.\_\_\_\_\_ selber einen entsprechenden Schulbesuch angestrebt habe. Es habe Monate gedauert, bis der Beklagte seine Zustimmung zur Prüfungsanmeldung gegeben habe (Urk. 91 S. 14). Auch bezüglich D.\_\_\_\_\_ bestünden Kommunikations-schwierigkeiten, weigere sich doch der Beklagte, mit ihr zu den Elterngesprächen zu gehen (Urk. 91 S. 12). Dass der Beklagte seit bald zwei Jahren sich seiner finanziellen Verpflichtungen entziehe und nicht einmal die Kinderzulagen überweise, zeige weiter auf, dass nicht annähernd von geteilter Tragung der Sorge um die Kinder die Rede sein könne (Urk. 91 S. 13). Das fehlende Verständnis des Beklagten zeige sich auch darin, dass er nicht bereit sei, beim Besuchsrecht der Tochter und ihren Trainings für das Ballett die über gewisse Zeitspannen auch auf die Wochenenden fielen, die nötige Flexibilität zu zeigen (Urk. 91 S. 14). Ein Ende der Spannungszustände sei nicht abzusehen. Dies sei der Klägerin nicht weiter zuzumuten. Bereits im Scheidungsverfahren sei gutachterlich festgehalten worden, dass Befürchtungen bestehen, ob die Eltern tatsächlich in der Lage sein

- 19 - werden, die elterliche Sorge gemeinsam auszuüben. Sie habe denn auch kurz nach der Scheidung Antrag gestellt, dass ihr die alleinige elterliche Sorge überlassen werde, doch seien die deutschen Gerichte angesichts ihres neuen Wohnsitzes in der Schweiz auf die Klage nicht eingetreten (Urk. 91 S. 15). Mit der Duplik wies die Klägerin nochmals auf das seit 2003 anhaltende "intolerable Verhalten" des Beklagten hin, das ihr nicht mehr zuzumuten sei (Urk. 103 S. 2). Sodann sei eine unterschiedliche Regelung der elterlichen Sorge über die beiden Kinder auch aus dem Aspekt der Gleichbehandlung nicht angezeigt. Dies würde vielmehr dazu führen, dass zwischen die Geschwister, die durch die ungleiche Behandlung des Beklagten ohnehin schon tangiert seien, noch ein rechtlicher Keil getrieben würde (Urk. 103 S. 4). b) Auch die Prozessbeiständin der Kinder - für deren Ausführungen vor Vorinstanz nochmals auf das angefochtene Urteil verwiesen werden kann (Urk. 83 S. 33 ff.) - beantragte die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils und damit die Neuregelung der elterlichen Sorge für beide Kinder. Sie machte vorab geltend, dass der Beklagte nach wie vor nicht akzeptieren wolle, dass C.\_\_\_\_\_ nicht mehr bei ihm übernachten wolle. Damit nehme er die Befindlichkeit der Tochter nicht ernst und gehe auf ihre Bedürfnisse nicht ein. C.\_\_\_\_\_ fühle sich durch die Entweder-Oder-Haltung des Beklagten verletzt, wenn er geltend mache, dass die Beziehung absterbe, wenn das ursprüngliche Besuchsrecht nicht

eingehalten werde (Urk. 87 S. 3). Auch die Beiständin wies sodann darauf hin, dass die Einigung der Schulwahl für C.\_\_\_\_\_ das Ergebnis eines langen Hin und Her gewesen sei. Der Beklagte habe die Idee eines Internats favorisiert, was C.\_\_\_\_\_ auf keinen Fall gewollt und deswegen grosse Ängste ausgestanden habe (Urk. 87 S. 4 f.). Dem Beklagten scheine die Fähigkeit zu fehlen, das mit dem Alter der Kinder wachsende Recht auf Selbstbestimmung zu akzeptieren. Die Ablehnung aller Entscheide der Vorinstanz zeige, dass er nur seine eigenen Interessen verfolge. Würde D.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen, bestünde die Gefahr, dass die bisherigen Auseinandersetzungen bezüglich C.\_\_\_\_\_ nunmehr "auf dessen Rücken ausgetragen" würden (Urk. 87 S. 6). Daran hielt die Prozessbeiständin anlässlich der Berufungsverhandlung fest und verwies am Beispiel der von C.\_\_\_\_\_ gewünschten Schulwahl darauf, dass mit der anfänglichen

- 20 - Weigerung des Beklagten ein grundlegender Entscheid für das Kind gehemmt worden sei und eine Einigung erst nach harzigen und zeitaufwändigen Diskussionen möglich gewesen sei. Dies sei für C.\_\_\_\_\_ sehr belastend gewesen, sie habe nicht gewusst, wie es schulisch weiter gehe und sie habe realisieren müssen, dass sie Grund für die Streitigkeiten zwischen den Eltern gewesen sei. Die Neuregelung der elterlichen Sorge sei daher im Interesse der Kinder geboten. Bei fehlender Kooperationsfähigkeit und mangelndem Kooperationswillen könne die gemeinsame elterliche Sorge nicht mehr aufrecht erhalten bleiben. Mit der Zuteilung eines alleinigen Sorgerechts würden die Kinder aus dem "Schussfeld" der Eltern genommen. Es stehe den Eltern frei, sich weiterhin auszutauschen, doch könnten - falls keine gemeinsamen Lösungen getroffen werden - innert nützlicher Frist die nötigen Entscheide gefällt werden (Urk. 106 S. 1 f.). c) Für die Vorbringen des Beklagten vor Vorinstanz kann ebenfalls auf die ausführliche Wiedergabe im erstinstanzlichen Entscheid verwiesen werden. Er führte aus, es könne nicht von andauernden Meinungsverschiedenheiten und dauernd beeinträchtigter Kooperationsfähigkeit gesprochen werden (Urk. 83 S. 23 ff.). Mit der Berufung machte der Beklagte vorab geltend, dass sich das Verhältnis zwischen den Eltern inzwischen beruhigt habe, auch die Beiständin habe nicht mehr in Anspruch genommen werden müssen. Weiter führte er an, dass das Scheidungsverfahren vor Amtsgericht Starnberg strittig geführt worden sei, da ihm zu Unrecht ein Missbrauch der Tochter vorgeworfen worden sei. Trotz all diesen Widrigkeiten habe das Gericht den Parteien die gemeinsame elterliche Sorge über die Kinder belassen. Auch heute seien sich die Parteien in fast allen Kinderbelangen einig. Über die Belange des Sohnes sei es überhaupt noch nie zu heftigen Auseinandersetzungen gekommen. Es sei daher unverständlich, wenn das Gericht keine Unterscheidung zwischen elterlicher Sorge für die Tochter und den Sohn treffe (Urk. 82 S. 3). Dass er beim Umzug in die Schweiz die Zustimmung zur Anmeldung des Sohnes an eine Schweizer Schule verweigert habe, könne heute nicht mehr zur Begründung einer Umteilung der elterlichen Sorge herangezogen werden. Die damaligen unberechtigten Vorwürfe bezüglich der Tochter liessen erklären, weshalb er sich gegen die Versuche wehre, die Tochter zu entfremden. Für den Sohn würden keine veränderten Verhältnisse vorliegen, die eine

- 21 - Umteilung der elterlichen Sorge rechtfertigen liessen (Urk. 82 S. 4). Dies gelte aber auch für die Tochter. Die früheren Differenzen seien für das heutige Verfahren nicht mehr relevant. Entzündet habe sich das Abänderungsverfahren daran, dass die Klägerin die Tochter zum Ballettunterricht angemeldet habe, obwohl dieser in die Besuchszeiten des Beklagten gefallen sei. Die Schulwahl sei sodann ein Beispiel für die

Kooperationsfähigkeit, hätten sich doch die Eltern nach anfänglichen Schwierigkeiten gemeinsam auf eine Schule einigen können (Urk. 82 S. 4 f.). Der heftig geführte Streit um das Besuchsrecht gebe noch keinen Anlass für eine Neuregelung der elterlichen Sorge, zumal es ansonst zu keinen schwerwiegenden Problemen bei der Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge gekommen sei. Dass die Klägerin höhere Unterhaltsbeiträge beanspruche, sei auch kein Anlass zur Neuzuteilung der elterlichen Sorge (Urk. 82 S. 5). Anlässlich der Berufungsverhandlung wies der Beklagte erneut darauf hin, dass im Scheidungsverfahren zu Unrecht Vorwürfe betreffend sexuellen Missbrauch erhoben worden seien. Sodann hätte er auch nichts gegen einen Ballettunterricht einzuwenden gehabt, wenn dieser in vernünftigem Mass geblieben wäre und das Besuchsrecht nicht de facto verunmöglicht hätte (Urk. 110 S. 5 f.). Weiter hielt er fest, dass eine gestörte Kooperations- oder Kommunikationsfähigkeit der Eltern nicht genüge, um einen Eingriff in die elterliche Sorge vorzunehmen. Die von der Prozessbeiständin behauptete Verweigerungshaltung der Tochter sei nicht belegt (Urk. 110 S. 7).

### **E. 3**

a) Es ist nicht Sache eines Abänderungsverfahrens, den ursprünglichen Entscheid zu korrigieren, sondern es ist zu fragen, ob sich die Verhältnisse seither, d.h. seit dem Entscheid über die Zuteilung der elterlichen Sorge bzw. hier der Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge so geändert haben, dass sich - wie oben angeführt und auch vom Beklagten vorgebracht (u.a. Urk. 110 S. 6) - eine Neuregelung der elterlichen Sorge aufgrund der vorliegenden neuen Umstände zwingend gebietet, weil die aktuelle Regelung dem Kind mehr schadet als der mit der Änderung der Hauptbezugspersonen verbundene Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen. Entgegen der Vorinstanz (Urk. 83 S. 40 ff.) kann daher nicht darauf abgestellt werden, dass das Verhältnis zwischen den Parteien schon während der Trennungszeit, d.h. vor dem 1. Oktober 2007 sehr spannungsbelastet gewesen sei, und dass schon im Scheidungs-

- 22 - zeitpunkt die Frage hätte gestellt werden können, ob nicht die Sorge einem Elternteil allein zuzuteilen sei. Ebenso kann aus dem im Zeitpunkt der Scheidung bekannten Umzug der Klägerin in die Schweiz nichts abgeleitet werden. b) Der erstinstanzliche Entscheid ist indes mit Bezug auf die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge für C. \_\_\_\_\_ an die Klägerin zu bestätigen. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zu Recht auf die fehlende Kooperationsfähigkeit der Eltern hingewiesen. Diese wirkte sich insofern aus, als die Klägerin - obwohl die Parteien mit ihrer Vereinbarung vom 1. Oktober 2007 festhielten, dass die Klägerin berechtigt sei, mit den Kindern in die Schweiz umzuziehen und hier einen neuen Lebensmittelpunkt zu begründen (Urk. 22/3/2 S. 15) - einen gerichtlichen Beschluss erwirken musste, um die Kinder aus der Deutschen Grundschule abzumelden und in der Schweiz in der üblichen öffentlichen Schule bzw. im staatlichen Kindergarten anmelden zu können (Beschluss des Amtsgerichtes Starnberg vom 15. Februar 2008, Urk. 26/7). Das entsprechende Verfahren war nötig geworden, weil es Meinungsverschiedenheiten darüber gegeben hat, in welcher Schule bzw. in welchem Kindergarten die Kinder anzumelden seien (Urk. 26/7 S. 2). Derartige Verfahren tangieren nicht nur die Parteien, sondern belasten direkt auch die Kinder. Dies gilt auch für die Vollstreckungsverfahren für das Besuchsrecht für C. \_\_\_\_\_. Zwar hat der Beklagte grundsätzlich Anspruch auf die Durchführung der im Scheidungsverfahren festgelegten Besuche, doch gilt es hier - worauf bei der Frage der Neuregelung des Besuchsrechts noch ergänzend einzugehen sein wird - zu beachten, dass eine solche für die Kindheit getroffene Regelung vielfach nicht bis zur Volljährigkeit

Bestand haben kann, sondern dass diese an die geänderten Verhältnisse und die neuen Lebensumstände und Bedürfnisse der Kinder anzupassen ist. Entsprechend können Anpassungen und Änderungen nötig sein, die eine funktionierende Kommunikation zwischen Eltern einerseits, aber andererseits auch Absprachen mit dem betreffenden Kind erforderlich erscheinen lassen. Die Vollstreckungsverfahren und die andauernden unterschiedlichen Auffassungen zum Besuchsrecht, so insbesondere im Zusammenhang mit der von C.\_\_\_\_\_ gewünschten Teilnahme am Ballett-Training und an Ballettaufführungen, zeigen hier eine klare Belastung der Tochter auf, die es im Sinne des Kindeswohles einzuschränken gilt. Die Belastung wurde z.B. manifest

- 23 - durch die E-Mail des Beklagten zur Ballettschule der Tochter, die schliesslich am 12. Mai 2010 in folgender Mitteilung kulminierte (Urk. 29/2): "C'.\_\_\_\_\_ : Die alberne Regel des Ausschlusses bei Verpassen einer Prüfung zeigt nur, dass Du die falsche Ballettschule gewählt hast. Das Verhalten spottet jeder Beschreibung und ist nicht inakzeptabel (recte wohl: nicht akzeptabel). Um es nochmals ganz deutlich zu machen: - Hiermit verbiete ich Dir jedwelche Ballettaktivität an sämtlichen Umgangstagen für alle Zukunft und zwar ganz egal, ob es sich um normale Ballettproben, Sonderproben oder Aufführungen handelt - Das Verbot gilt unabhängig davon, ob Du an den Umgangstagen "teilnimmst" oder nicht. Insofern findet also auch heute nachmittag kein Ballettunterricht statt - Die Ballettschule werde ich entsprechend informieren. Sie hat mit zugesagt, sich an das ...- Unterrichtsverbot zu halten. Zudem werde ich das von nun an überwachen lassen und behalte mir weitere rechtliche Schritte gegen die Ballettschule vor. Papa" Dass ein derartiger Umgang mit der Tochter wenig einfühlsam ist und auf fehlendes Verständnis für deren Interessen schliessen lässt, braucht nicht weiter kommentiert zu werden. Ein solches Verhalten ruft nach einer Änderung. In ähnlichem Sinne sind auch die Erwägungen der II. Zivilkammer des Obergerichtes vom 22. Februar 2011 im Verfahren betreffend Befehl (Vollstreckung des Besuchsrechts) zu verstehen, die hier bloss auszugsweise angeführt werden (Urk. 34/1 S. 11): "Beispielhaft sei die E-Mail vom 1. September 2010 erwähnt, worin ihr der Rekurrent (=Beklagter) vorwirft, durch ihre durch nichts zu rechtfertigende Boykothaltung müsse er erneut Gericht und Polizei bemühen, wodurch der Streit zwischen ihm und der Rekursgegnerin (=Klägerin), welcher im letzten Jahr so gut wie beigelegt gewesen sei, weiter eskaliere. Neben den immensen Kosten, die ein solches Verfahren verursache - dieses Geld fehle am Ende für Urlaub oder Geschenke -, leide ihr Bruder, der ja nichts dafür könne und es auch nicht verstehe, unter dem Gestreite. Auch die Beziehung ihrer Mutter zum neuen Lebenspartner werde sicherlich nicht besser, wenn sich diese wegen ihres störrischen Verhaltens dauernd vor Gericht verantworten müsse. Des Weiteren hielt der Rekurrent C.\_\_\_\_\_ verschiedentlich vor, sie setze wegen des Balletts das Verhältnis zu

- 24 - ihm aufs Spiel, was ihn sehr traurig mache. Mit ihrer Sturheit verletzte sie aber nicht nur ihn, sondern auch die Oma. Durch diese Schuldzuweisungen vermittelt der Rekurrent der Tochter das Gefühl, allein für die verfahrenere Situation verantwortlich zu sein und mit ihrem Verhalten nicht nur zu seinen, sondern auch zum Nachteil des Rests der Familie inklusive Grossmutter zu handeln. Damit setzt er sie einem massiven Druck aus." Ein Einschränkung solcher Belastungen kann mit der Zuteilung der alleinigen Sorge an die Klägerin, welche durchaus vertretbare Interessen und Neigungen der Tochter unterstützt, verwirklicht bzw. angestrebt werden. Solche Überlegungen gelten erst recht im Zusammenhang mit den Meinungsverschiedenheiten, die bei der Schulwahl beim Übertritt in die Oberstufe entstanden. C.\_\_\_\_\_ hatte bereit anlässlich ihrer Anhörung vor

Amtsgericht Starnberg am 1. Oktober 2007 die Absicht geäußert, dass sie das Abitur machen, mithin eine Mittelschule besuchen wolle (Urk. 22/3/2 S. 2). An dieser Vorstellung hielt sie fest. Trotzdem musste die Klägerin für die entsprechende Anmeldung der Tochter an ein öffentliches Gymnasium in G.\_\_\_\_\_, d.h. an ein übliches ...-Gymnasium, im vorliegenden Abänderungsverfahren am 4. Februar 2011 ein Massnahmeverfahren anstrengen, um C.\_\_\_\_\_ anmelden zu können (Urk. 25 S. 2). Obschon C.\_\_\_\_\_ in ihrer üblichen Umgebung, in der sie sich wohl fühlt, verbleiben wollte, wollte sie der Beklagte nach Darstellung der Klägerin vorerst in ein Internat, mit Vorzug nach H.\_\_\_\_\_ schicken (Urk. 25 S. 7). Nach Darstellung des Beklagten erklärte er sich nach rund zwei Monaten mit der Anmeldung einverstanden (Prot. I S. 39). Ein Entscheid über die beantragte Massnahme erübrigte sich damit zwar, bestätigte die Klägerin doch am 24. März 2011, dass die Anmeldung nunmehr unterschrieben sei (Prot. I S. 24). Trotzdem zeigt die für die Tochter vorübergehend ungewisse Situation bzw. ungeklärte Zukunftsplanung, dass C.\_\_\_\_\_ aufgrund der Meinungsverschiedenheiten der Eltern und der fehlenden konstruktiven Kommunikation auch in diesem Zusammenhang einem grossen Druck ausgesetzt wurde. Es fällt dem Beklagten offensichtlich schwer, die Wünsche der Tochter zu akzeptieren bzw. auf diese einzugehen, er setzt vielmehr die Tochter mit seinem

- 25 - Verhalten einer grossen Belastung aus. Eine Umteilung der elterlichen Sorge für die Tochter C.\_\_\_\_\_ auf die Klägerin allein erscheint daher im Interesse von C.\_\_\_\_\_ als angezeigt. Dabei ist festzuhalten, dass überhaupt kein Anlass besteht, ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Klägerin erstellen zu lassen. Der Beklagte bringt - ausser den Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Besuchsrechts und dem in diesem Zusammenhang angeblich fehlenden Verantwortungsbewusstsein - nichts vor, wonach die Erziehungsfähigkeit der Klägerin in Frage gestellt werden könnte (vgl. Urk. 62 S. 6 Ziff. 5.3). Andere Anhaltspunkte für eine fehlende Erziehungsfähigkeit liegen nicht vor. Der Beklagte beantragte sodann auch keine Änderung in der hauptsächlichen Betreuung der Kinder durch die Klägerin. Es ist schliesslich - entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 82 S. 6 Ziff. 5.3) - nicht Sinn eines Beweisverfahrens, nach Ergebnissen für eine neue Schilderung des Sachverhaltes zu suchen und Material für neue Anträge zu liefern. c) Die fehlende Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Parteien tangierte auch die Anmeldung von D.\_\_\_\_\_ im Kindergarten. Dass dieser dadurch einem besonderen Druck ausgesetzt wurde, wird indes nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Dennoch führte die Prozessbeiständin mit gewissem Recht an, dass diese fehlende Kooperationsfähigkeit das Kindeswohl gefährden könnte, wenn die Eltern nicht in der Lage seien, die wichtigen Entscheide für die Kinder innert nützlicher Frist gemeinsam zu treffen. Eine solche Gefahr kann denn auch aufgrund des bisherigen Verhaltens des Beklagten gegenüber C.\_\_\_\_\_ nicht gänzlich ausgeschlossen werden, und es ist verständlich, wenn die Klägerin ausführen lässt, dass sie weitere Auseinandersetzungen und Gerichtsverfahren vermeiden möchte. Trotzdem musste auch die Klägerin bestätigen, dass es bisher weniger Auseinandersetzungen bezüglich D.\_\_\_\_\_ gegeben habe, dies weil er weiterhin gerne mit dem Beklagten zusammen sei und für ihn aber auch noch keine Entscheide angestanden seien, wo sein Wille im Widerspruch zu demjenigen des Vaters gestanden habe (Urk. 103 S. 3). Mit dem Hinweis auf die Entwicklung bei C.\_\_\_\_\_ befürchten indes sowohl die Klägerin als auch die Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_, dass das ganze Konfliktpotential zwischen den Parteien auf den Sohn überwältzt werden könnte. D.\_\_\_\_\_ sei deshalb

- 26 - im Voraus "aus dem Schussfeld" eines möglichen Kampfes zu nehmen (Urk. 87 S. 5 Abs. 3 und Urk. 103 S. 3). Die angeführten Vorbringen und Bedenken sind nicht völlig unbegründet. Dennoch besteht bezüglich D.\_\_\_\_\_ zur Zeit kein Anlass, die elterliche Sorge der Klägerin allein zuzuteilen. Wesentlich ist hier, dass nicht erstmals über die Zuteilung der elterlichen Sorge zu befinden ist, sondern dass eine bisher gültige Regelung abgeändert werden sollte. Bei der Prüfung dieser Frage ist - wie oben angeführt und entsprechend dem (im deutschen Recht bereits verwirklichten und im schweizerischen Recht geplanten) Grundsatz, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich beizubehalten ist - eine Abänderung erst bei einer Gefährdung des Kindeswohls vorzunehmen. Eine solche Gefährdung muss indes manifest sein. Eine bloss theoretische Gefährdung bzw. hier die Gefahr, dass eine Entwicklung wie bei C.\_\_\_\_\_ eintreten könnte, genügt nicht für die Umteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein. Im Grunde verweist selbst die Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ auf diese Vorgaben, indem auch sie anführt, dass es nicht Sache eines Abänderungsverfahrens sei, das Scheidungsurteil zu korrigieren (vgl. Urk. 87 S. 4 Ziff. 4 Abs. 2). Sie bestätigte zudem ebenso wie die Klägerin, dass die Entscheidungen betreffend D.\_\_\_\_\_ bisher weniger konfliktreich waren (Urk. 87 S. 5 und 103 S. 3). Daran ändert der von der Klägerin anlässlich der Berufungsverhandlung geschilderte Vorfall mit der Gitarre nur wenig. Zwar ist es kaum nachvollziehbar, dass D.\_\_\_\_\_ seine klassische Akustikgitarre nicht entsprechend dem Wunsch der Klägerin und der behaupteten Empfehlung des Gitarrenlehrers am Wochenende zum Beklagten mitnehmen konnte, dies mit der Begründung des Beklagten, er habe die Gitarre nicht herumschleppen wollen, zumal er auch eine Gitarre habe (Urk. 103 S. 3 f, Prot. II S. 19 und 25). Offenbar handelt es sich bei letzterer allerdings um eine für die Ausbildung weniger geeignete E-Gitarre und nicht um eine klassische Gitarre (Prot. II S. 28). Ebenso ist unverständlich, wenn der Beklagte zum Abschluss der E-Mail Korrespondenz zu diesem Thema zu Händen der Klägerin ausführt: "Absprachen, die Du mit dem Gitarrenlehrer triffst, sind für mich nicht verbindlich. Wenn Du dich weigerst, die Gitarre wieder mit zurückzunehmen (die ich nicht haben will) und dich im Wagen verschanz[s]t, bleibt mir keine andere Möglichkeit als sie Dir aufs Auto zu legen. Ich

- 27 - nehme nur diejenigen Dinge in Empfang, über die vorher Einvernehmlichkeit erzielt wurde. Dazu hättest Du genügend Zeit gehabt. Das Fehlverhalten liegt somit auf deiner Seite" (Urk. 105/1). Immerhin ging es dabei um die Gitarre von D.\_\_\_\_\_ und darum, ob er am Wochenende auf seiner klassischen Gitarre üben wollte und nicht um die Klägerin, und es ist auch kaum anzunehmen, dass über alle Gegenstände, die D.\_\_\_\_\_ bei den Besuchen mitnimmt, vorher konferiert werden muss. D.\_\_\_\_\_ wurde vom Beklagten indes offenbar gar nicht weiter einbezogen, was auch hier auf ein fehlendes Einfühlungsvermögen des Beklagten hinweisen könnte. Im Ergebnis belegt jedoch auch dieser Vorfall bloss die fehlende Kommunikationsfähigkeit der Parteien, wird doch letztlich nicht geltend gemacht, dass D.\_\_\_\_\_ unter dem Vorfall gelitten habe. Es kann jedenfalls nicht daraus abgeleitet werden, dass eine Umteilung der elterlichen Sorge dringend ist. Erscheint eine Umteilung der elterlichen Sorge jedoch nicht als dringlich, so ist entsprechend dem Gesagten davon abzusehen. Eine bloss Gefahr, dass es Schwierigkeiten geben könnte, genügt nicht für die Annahme, dass nur mit einer Umteilung der elterlichen Sorge inskünftig das Kindeswohl gewährleistet wird. Dies erst recht unter Beachtung der unbestrittenen Tatsache, dass bei D.\_\_\_\_\_, der ein sehr gutes Verhältnis zum Beklagten hat und der die bisherigen Besuche weiter führen will, derzeit auch keine dringlichen Entscheidungen anstehen. Es ist zudem durchaus vorstellbar, dass es bei D.\_\_\_\_\_ auch

ohne Streit zur Schulwahl für die Oberstufe kommen kann, zumal es nun offenkundig geworden ist, dass die fehlende Rücksichtnahme auf die Interessen und Absichten der Kinder zu einer Umteilung der elterlichen Sorge führen kann. Es drängt sich schliesslich auch nicht auf, beide Kinder gleich zu behandeln. Sie haben unterschiedliche Kontakte zum Beklagten und es besteht zudem ein Altersunterschied von fast vier Jahren, was eine unterschiedliche Behandlung auch rechtfertigen kann. Daran ändern auch die Ausführungen der Klägerin in der Noveneingabe vom 5. November 2012 nichts, wonach das Verhalten des Beklagten gegenüber C.\_\_\_\_\_ und die dadurch hervorgerufene Betroffenheit auch für D.\_\_\_\_\_ eine Gefahr bedeuten würde. Zwar spüre D.\_\_\_\_\_ noch nach den Vorstellungen des Beklagten, doch werde auch er in der Adoleszenz zunehmend eigene Vorstellungen entwickeln, die dem Beklagten nicht gefallen könnten. Angesichts des Emailverkehrs der Parteien sei

- 28 - das Wohl von D.\_\_\_\_\_ ebenso betroffen wie dasjenige von C.\_\_\_\_\_ (Urk. 116 S. 4 f.). Wollte man diese Behauptungen, die im Übrigen in weiten Teilen keine echten Noven enthalten, überhaupt noch berücksichtigen (vgl. dazu oben Erwägung I.1.c), so ist hiezu festzuhalten, dass auch mit den neu eingereichten Urkunden - soweit diese überhaupt auf die Kinder und nicht die Unterhaltsfrage Bezug nehmen und hier unbeachtlich sind (Urk. 118/3) - lediglich die nach wie vor anhaltenden Spannungen zwischen den Parteien aufgezeigt werden (Urk. 118/1-5). Dass für D.\_\_\_\_\_ nunmehr eine erhebliche Belastung, d.h. eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls eingetreten ist, ergibt sich daraus nicht. Dies kann weder aufgrund der Vorwürfe des Beklagten wegen des kurzfristig angetretenen verlängerten Wochenendes der Klägerin mit C.\_\_\_\_\_ in ... [ausländische Stadt] angenommen werden (Urk. 118/2), noch kann dies aus den Abmachungen eines Gesprächstermins mit der Lehrerin von D.\_\_\_\_\_ geschlossen werden (Urk. 118/4 und 118/5). Wenn dieser Termin aufgrund der Abwesenheit des Beklagten so gelegt werden musste, dass in der vierten Primarschulklasse "einige schulbegleitende ...-Stunden" erst für das Jahr 2013 bewilligt wurden (Urk. 116 S. 9) und nicht schon Ende 2012, so stand damit das Kindeswohl ja kaum in Gefahr. Dass die Schule die Gespräche mit beiden Eltern gleichzeitig führte, erscheint zudem verständlich. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin ebenso festhält, dass sich D.\_\_\_\_\_ aus dem Ganzen heraushalte und sich anpasse (Urk. 116 S. 4). Anders als bei C.\_\_\_\_\_ ist daher nicht von einer unzumutbaren Belastung für D.\_\_\_\_\_ auszugehen. Die Klage auf Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge an die Klägerin ist daher mit Bezug auf D.\_\_\_\_\_ abzuweisen.

B. Besuchsrecht 1. a) Mit der Vereinbarung der Parteien vom 1. Oktober 2007 wurde der Umgang des Beklagten mit den Kindern bzw. das Besuchsrecht wie folgt geregelt (Urk. 22/3/2 S. 15 Ziff. IX): "Der Ehemann hat das Recht und die Pflicht, die gemeinsamen Kinder D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ jeden 2. Freitag nach der Schule bis Sonntag 20.00 Uhr, abzüglich der Transportzeiten, wenn die

- 29 - Ehefrau die Kinder bringt und holt, zu sich zu nehmen. Die Schweizer Ferien werden hälftig zwischen den Parteien geteilt nach vorheriger Absprache. Die hohen Feiertage Pfingsten, Ostern, Weihnachten und Sylvester werden im jährlichen Wechsel aufgeteilt. Der zeitliche und finanzielle Aufwand wird zwischen den Parteien hälftig aufgeteilt. Insbesondere bemühen sich die Parteien in hälftigem Umfang die Fahrten zu übernehmen."

b) Die Voraussetzungen für eine Abänderung des Anspruchs auf persönlichen Verkehr für Kinder richten sich nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 134 Abs. 2 ZGB). Es fehlen indes im Kindesrecht Regelungen zu generellen

Vorgaben für eine nachträgliche Änderung des Anspruchs auf persönlichen Verkehr. Explizit geregelt ist bloss die Verweigerung bzw. der Entzug des persönlichen Verkehrs. Nach Art. 274 Abs. 2 ZGB sind die Voraussetzungen hierfür gegeben, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, wenn die Eltern die Kontakte pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind kümmern oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Neben diesen in Art. 274 Abs. 2 ZGB geregelten Fällen kann die Abänderung der Regelung des persönlichen Verkehrs auch bei anderen erheblichen Veränderungen der Verhältnisse geboten sein, wie z.B. beim Wegzug eines Elternteils (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 25 ff. zu Art. 134 ZGB). Gerichtliche Besuchsrechtsregelungen sollen zwar auf Dauer angelegt sein, doch steht andererseits auch fest, dass Besuchskontakte einer Dynamik unterliegen und den konkreten Bedürfnissen oder der Entwicklung des Kindes in eine andere Richtung Rechnung tragen müssen. Entsprechende Änderungen haben sich am Wohl des Kindes und an dessen Entwicklung auszurichten, und es sind an die Wesentlichkeit der Änderungen keine allzu strengen Anforderungen zu stellen (FamKomm Scheidung/Büchler/Wirz, Art. 134 ZGB N 29a). Es sind dabei auch die Beschäftigungen der Kinder (neu angestrebte sportliche Betätigungen, Teilnahme an Freizeitangeboten, Ausbildungen etc.) zu beachten, die mitunter nicht in das bisherige Besuchsschema passen. Schliesslich ist mit zunehmendem Alter des Kindes auch dessen Wille zu berücksichtigen. Die Äusserungen der Kinder sind ernst zu nehmen. Sie sind bei der Entscheidung angemessen zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention). Dabei ist zu bedenken, dass Kinder bereits relativ früh in der Lage sind,

- 30 - konkrete Sachverhalte zu verstehen und in ihr Wissenssystem zu integrieren (Bodenmann/Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra 2003, S. 27 f.). Schliesslich gilt es auch im Rahmen der Abänderung eines Besuchsrechts festzuhalten, dass die Interessen der Eltern insoweit von untergeordneter Bedeutung sind; der besuchsberechtigte Elternteil hat die sich aus dem Besuchsrecht ergebenden Unannehmlichkeiten ebenso in Kauf zu nehmen wie der Inhaber der elterlichen Sorge, zumal es bei der Festsetzung des Besuchsrechts nicht darum geht, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu organisieren (BGE 120 II 233). Die Wünsche der Eltern können in diesem Zusammenhang keine Befehle für die Kinder sein (vgl. ergänzend die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz in Urk. 83 S. 44 f.) 2. a) Der Beklagte geht mit der Berufung davon aus, dass dann, wenn eine Neuregelung der elterlichen Sorge entfalle, auch der persönliche Verkehr zwischen den Kindern und ihm grundsätzlich nicht neu zu regeln sei. Sodann hielt er fest, dass nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Pflichten über das Holen und Bringen der Kinder einseitig zu seinen Lasten abgeändert werden sollen, nur weil das schweizerische Recht einen anderen Grundsatz beinhaltet (Urk. 82 S. 6 Ziff. 5.4). Auch die Weigerung von C.\_\_\_\_\_, das ursprüngliche Besuchsrecht wahrzunehmen, könne nicht dazu führen, eine vollständig neue Regelung anzusetzen. Dass C.\_\_\_\_\_ Übernachtungen abgelehnt habe, könne nicht dazu führen, dass bis auf Weiteres keine Übernachtungen mehr stattfinden sollten. Es hätte nur eine vorübergehende Einschränkung angeordnet werden dürfen. Nachdem sich die Problematik um die Ballettstunden bzw. den Ballettunterricht entschärft habe, sei es angezeigt, das ursprünglich festgelegte Besuchsrecht wieder aufleben zu lassen (Urk. 82 S. 7 Ziff. 5.5). Anlässlich der Berufungsverhandlung hielt der Beklagte unter Hinweis auf die mit C.\_\_\_\_\_ verbrachte Ferienwoche fest, die Vorbringen der Klägerin, wonach er nicht auf die Bedürfnisse der

Tochter eingehen könne, seien haltlos. Die Tochter habe sich rundum wohlgeföhlt. Es würden keine sachlich begründeten Einwände gegen das bisher festgelegte Besuchsrecht vorliegen. C.\_\_\_\_\_ sei nur im Beisein der Klägerin abweisend und unhöflich. Ohne eine eingehende fachkundige psychologische Abklärung über die Hintergründe

- 31 - der Besuchsverweigerung bleibe ein Entscheid in dieser Sache willkürlich (Urk. 100 S. 2 f.). Auch die erneute Anhörung habe gezeigt, dass keine akuten Bedenken der Tochter vorhanden seien, die eine Einschränkung des Besuchsrechts rechtfertigen würden. Der Umstand, dass C.\_\_\_\_\_ häufig an den Wochenenden lernen müsse und auch ihren Hobbies nachgehen wolle, stehe dem bisherigen Besuchsrecht nicht entgegen. Eine Reduktion des Besuchsrechts verunmögliche die Beibehaltung einer tieferen Beziehung (Urk. 119 S. 1 f.). Mit der ergänzenden Stellungnahme vom 12. Dezember 2012 äusserte sich der Beklagte u.a. zu den möglichen Anreisen von C.\_\_\_\_\_ am Freitagabend und zu seinen Gesprächen mit der Tochter (Urk. 123). b) Die Klägerin machte dagegen u.a. weiterhin geltend, dass der Beklagte auch hinsichtlich der Besuche der Tochter nicht auf deren Wünsche und Bedürfnisse eingehe (Urk. 91 S. 13 und 15, Urk. 100 S. 5). Er übersehe, dass C.\_\_\_\_\_ sich zu diesem Punkt auch äussern dürfe (Urk. 91 S. 18). Die ablehnende Haltung der Tochter würde durch das Verhalten des Beklagten verursacht (Urk. 91 S. 16, Prot. II S. 8 f.). Der Beklagte setze die Tochter unter Druck, wenn er auf dem bisherigen Umgangsrecht beharre (Urk. 100 S. 4). Mit der Stellungnahme zur Anhörung von C.\_\_\_\_\_ wies die Klägerin auf das Ergebnis der Anhörung hin und machte geltend, die Ausführungen der Tochter dürften nicht unberücksichtigt bleiben, diese müssten vielmehr Eingang in den Entscheid finden (Urk. 115 S. 2 f.). C.\_\_\_\_\_ befinde sich in einem Alter, in dem die Kontakte mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil ihr bald freigestellt werden könnten, und in dem sie die Freizeitgestaltung bald selbst müsse bestimmen können. Vorschriften seien daher wenig hilfreich. Die Besuchsregelung erfordere vielmehr ein gutes Mass an Flexibilität (Urk. 115 S. 4). Auch sei Rücksicht auf die Belastung durch die Schule zu nehmen (Urk. 115 S. 5). Mit einer Noveneingabe vom

#### **E. 5**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.

#### **E. 6**

Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

#### **E. 7**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

#### **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Prozessbeiständin von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Affoltern und an die Obergerichtskasse, ferner in Disp. Ziff. 1 und 2 sowie den Erwägungen Ziff. II A. Elterliche Sorge, B. Besuchsrecht und C. Beistandschaft an die Kinderschutzhörde Bezirk F.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenützttem Ablauf der Rechtsmittefrist an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 9**

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

- 54 - schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 6. Februar 2013 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. R. Klopfer lic. iur. S. Clausen versandt am: ss

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