

ZH_OBERGERICHT LC150032 vom 29. April 2016

ZH Obergericht, 2016-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC150032

FR: ZH_OBERGERICHT LC150032 du 29 avril 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LC150032 del 29 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

E. 3

a) Unter der Überschrift „Kooperationsfähigkeit der Parteien“ hielt die Vorinstanz fest, dass sich die Kommunikation der Parteien auf ein Minimum beschränke. Man bespreche nur, aber immerhin, was für die Ausübung des Be-

- 12 - suchsrechts notwendig sei. Die Kommunikation der Parteien habe sich in letzter Zeit offenbar verbessert, hätten die Parteien doch eine für beide Seiten akzeptable und vernünftige Lösung für die Ferien treffen können. Der Kläger habe auch angegeben, die Beklagte habe ihn in letzter Zeit betreffend die Kinder informiert. Diese Kommunikation genüge als Basis, um über Fragen der gemeinsamen elterlichen Sorge reden und beschliessen zu können. Sollte die gemeinsame elterliche Sorge lediglich an der Kommunikationsfähigkeit der Parteien scheitern, würde dem Kindeswohl ausserdem eine vermittelnde Beistandschaft besser dienen als ein alleiniges Sorgerecht der Beklagten (unter Hinweis auf Fassbind, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, AJP 2014 S. 694 Fn 10). Die Vorinstanz fügte bei, dass es vorliegend aufgrund der von beiden Parteien geschilderten Vorfälle die Beklagte zu sein scheine, welche sich bei der Umsetzung des persönlichen Verkehrs sehr unflexibel und unkooperativ zeige. Dass durch konsequente Kooperationsverweigerung die Alleinsorge erzwungen werden könne, könne nicht angehen (Urk. 28 S. 10 f.). b) Die Beklagte hält dafür, dass die Aussagen der Parteien vor Vorinstanz, aber auch Ausführungen in ihrem Massnahmenbegehren vom 18. September 2008, wonach der Kläger schon zu Zeiten des ehelichen Zusammenlebens nach Lust und Laune jegliche Kommunikation mit ihr verweigert habe, die Kommunikationsprobleme der Parteien dokumentierten. Die mangelnde Kooperationsbereitschaft des Klägers habe dazu geführt, dass die Beklagte mit den Kindern nicht länger als 10 Tage Ferien verbringen könne, da der Kläger auf seinem Wochenendbesuchsrecht beharre. Eine Ausnahme habe er im Sommer 2014 gestattet, wohl im Hinblick auf das angestrebte gemeinsame Sorgerecht. Der Kläger verbiete der Beklagten und den Kindern, während den Besuchswochenenden und den Ferientaufenthalten bei ihm miteinander zu telefonieren. Treffen, an welchen die Beklagte mit dem Kläger über wichtige Kindesangelegenheiten wie die Einschulung oder medizinische Behandlungen und Ernährung der Kinder habe sprechen wollen, seien gar nicht erst zustande gekommen, weil der Kläger dafür keinen Termin habe festlegen wollen und zu

einer Kooperation von vornherein nicht Hand geboten habe. Nach der Scheidung habe die Beklagte diese Entscheidungen rechtlich problemlos selbst treffen können. Bezeichnend sei, dass der Kläger auf die Frage,

- 13 - ob er der Meinung sei, mit der Beklagten auch einen Kompromiss zu finden, ausweichend geantwortet habe, dass die Kinder viele Entscheidungen selbst treffen könnten und die Eltern mit andern Worten gar keinen Kompromiss finden müssten. Im Zusammenhang mit der Festlegung von Ferienaufenthalten habe der Kläger gesagt, sie hätten sich nie einigen können, weshalb er die KESB kontaktiert habe. Nach der Scheidung sei ein bisschen Ruhe gewesen. Aber es gebe Konfrontationen. Dies könne er nicht ändern. Die Beklagte verweist auf ihre eigenen (bereits oben zitierten) Aussagen vor Vorinstanz, wonach es keinen Weg gebe, mit dem Kläger zu kommunizieren. Die Beklagte führt dann Gründe an, auf welche die mangelnde Kooperationsfähigkeit und der fehlende Kooperationswille zurückzuführen sein dürften (Generalvollmacht für die Schwiegermutter, Machtspiele, Stalking etc.). Die Vorderrichterin habe selber festgestellt, dass die Parteien nicht kooperieren könnten. Dafür der Beklagten die Schuld zuzuweisen, sei un begründet, rechtlich unnötig und fehl am Platz (Urk. 27 S. 13 ff.; Urk. 19 S. 11 ff.). c) Der Kläger hat mit der Berufungsantwort E-Mails aus den Jahren 2011 und 2013/2014 eingereicht, welche u.a. beweisen sollen, dass die Parteien durchaus in der Lage seien, sich sachlich abzusprechen und Lösungen zu finden (Urk. 36 S. 20; Urk. 38/1-7). Er macht geltend, er habe solche Unterlagen bereits bei der Vorinstanz einreichen wollen, habe aber nicht genau gewusst, wie und wann er dies hätte tun müssen, und habe es schliesslich aus dieser Verunsicherung heraus unterlassen. Da er nicht vertreten gewesen sei, hätte ihn die Vorinstanz auf diese Möglichkeit aufmerksam machen müssen. In Anwendung der Untersuchungsmaxime und weil er nicht vertreten gewesen sei, seien die neuen Urkunden im Berufungsverfahren zuzulassen (Urk. 36 S. 21). Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten (BGE 138 III 626 f., E 2.2). Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der

- 14 - Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Vorliegend hatte die Vorinstanz keine Veranlassung, den Kläger zu fragen, ob er E-Mails zur Frage der Kommunikation zwischen den Parteien habe und diese einreichen könne. Der Kläger war in der Fristansetzung für die Klagebegründung darauf hingewiesen worden, verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollten, zusammen mit der Klagebegründung einzureichen (Prot. I S. 6). Ein solcher Hinweis ist auch für Laien verständlich. Der Kläger hat denn auch mit der Klagebegründung Urkunden eingereicht (Urk. 14/1-4). In der Parteibefragung anlässlich der Hauptverhandlung war er in der Lage, Urkunden als Beweismittel zu offerieren (Prot. I S. 13). Die nun eingereichten E-Mails gehörten nicht dazu. Sie können daher als Beweismittel nicht berücksichtigt werden. d) Die Beklagte hat Vorbehalte gegenüber der Unabhängigkeit der Vorderrichterin angebracht, ohne indessen ein Ausstandsbegehren zu stellen oder einzelne bemängelte prozessleitende Entscheide der Vorinstanz anzufechten (Urk. 27 S. 17).

Neben diesen ist einzig aktenkundig, dass die Vorderrichterin den Rechtsvertreter der Beklagten während der Duplik unterbrach, als dieser ein In-foblatt über die heutige Situation in E._____ [Land] vorlas, und ihn darauf hinwies, dass diese Ausführungen für die Frage der elterlichen Sorge irrelevant seien (Prot. I S. 31). Dass dies dennoch der Fall gewesen wäre, macht die Beklagte im Berufungsverfahren nicht geltend. Auf die Kritik der Beklagten ist nicht weiter einzugehen, ausgenommen die im angefochtenen Entscheid vorgenommene Schuldzuweisung an die Beklagte (vgl. nachfolgend lit. e). Die Behauptungen der Beklagten im Massnahmenbegehren aus dem Jahre 2008 sind unsubstantiiert und nicht belegt, sie sind aber ohnehin nicht geeignet, eine bis heute andauernde Kommunikationsstörung zwischen den Parteien darzutun. Zu den Ferien hat der Kläger in der Parteibefragung ausgeführt, dass die Beklagte aus den Ferien zurückgekommen sei, damit er das Wochenendbesuchsrecht haben ausüben können. Im Sommer 2013 sei es das erste Mal

- 15 - gewesen, dass ihn die Beklagte gefragt habe, ob sie mit den Kindern länger in den Ferien verbleiben könne. Ein Jahr später habe sie drei Wochen in die Ferien gehen wollen. Für das Jahr 2015 hätten sie vereinbart, dass die Beklagte drei Wochen mit den Kindern in die Ferien fahren könne (Prot. I S. 13 f.). Die Beklagte hat nicht substantiiert, wie oft ihr der Kläger dreiwöchige Ferien verweigert hat, und hat selbst eingeräumt, dass sie im Jahre 2014 mit den Kindern drei Wochen verreisen konnte. Das Scheidungsurteil datiert vom 2. Mai 2012. Eine Einigung kam offenbar für den Sommer 2013 nicht zustande. Das ist nicht schwerwiegend. Der Kläger hat in Abrede gestellt, dass er den telefonischen Kontakt zwischen der Beklagten und den Kindern untersage, wenn letztere bei ihm seien (Prot. I S. 13). Eine Frage der Kommunikation oder Kooperation zwischen den Parteien ist das aber ohnehin nicht. Die von der Beklagten erwähnten Kindesangelegenheiten (Einschulung, medizinische Behandlung), welche sie angeblich nicht mit dem Kläger besprechen konnte, betreffen die Zeit vor der Scheidung. Die Beklagte erklärte, dies habe immer mehr dazu geführt, dass sie entsprechende Entscheidungen kurzerhand selbst fällen müssen bzw. gefällt habe, ansonsten die nötige Entscheidung ungebührlich verzögert worden wäre (Urk. 19 S. 14). Dass es dabei zu Streitigkeiten gekommen wäre, hat der Kläger in der Berufungsantwort bestritten (Urk. 36 S. 18), nachdem er vor Vorinstanz dazu nicht befragt worden war. Konnte die Beklagte die erwähnten Anliegen nicht mit dem Kläger besprechen, ist nicht einsichtig, wie es dabei zu Konflikten gekommen sein soll. Die Aussagen des Klägers vor Vorinstanz zu seiner Kompromissbereitschaft hat die Beklagte nur stückweise wiedergegeben. Der Kläger führte aus (Prot. I S. 14): „Das gemeinsame Sorgerecht betrifft Fragen betreffend der Schule, medizinische Entscheidungen etc. Wenn die Kinder in der Schule sind, werden später viele Entscheidungen von ihnen selber getroffen. Die Beklagte hat entschieden, dass die Kinder eine öffentliche Schule besuchen. Ich wäre auch einverstanden gewesen, aber ich möchte vorher gefragt werden. Auch betreffend der Tageschule wäre ich einverstanden gewesen. Es geht nicht darum, ob ich einverstanden bin oder nicht, sondern dass ich gefragt werde und wir das gemeinsam[e] besprechen können. Bei D._____ konnte ich nichts sagen: Ich hätte der Beklagten vielleicht gesagt, dass D._____ dann der Jüngste in der Klasse ist. Aber die Kinder werden die Entscheidungen nach und nach selber treffen. Die Entscheidungen, die die Beklagte getroffen hat, waren für mich richtig. Der Punkt ist, dass wir dies miteinander besprechen und nicht einer von uns alleine entscheidet.“

- 16 - Zwar hat der Kläger nicht gesagt, was denn wäre, wenn er in einer Sache nicht die gleiche Auffassung wie die Beklagte hätte. Ebenso wenig hat er aber gesagt, soweit komme es gar nicht, weil die Kinder die Entscheidungen selber treffen würden. Bezeichnend für eine fehlende Kompromissbereitschaft des Klägers sind seine Aussagen nicht. Bei der Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut ist für Verschuldensüberlegungen grundsätzlich kein Platz, abgesehen davon, dass die Bindungstoleranz, also die Bereitschaft, die Beziehung zum andern Elternteil zuzulassen, in den Entscheid einfließen kann (BGer 5A_412/2015, E. 8.2; BGer 5A_138/2012, E. 5). Die Vorinstanz hat nicht spezifiziert, aufgrund welcher Vorfälle sie die Beklagte für unflexibel und unkooperativ bei der Umsetzung des persönlichen Verkehrs erachtet. Dass der Kläger auch wegen der Haltung der Beklagten die Vormundschaftsbehörde bzw. die KESB anrief, wurde bereits dargelegt. Jedoch kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, sie wolle durch konsequente Kooperationsverweigerung die Alleinsorge erzwingen, wie dies die Vorinstanz sinngemäss getan hat. Die Beklagte sagte vor Vorinstanz aus, die Kommunikation zwischen den Parteien finde nur per Email statt. Sie sei erneut von der KESB angefragt worden. Es sei dauernd so. Wenn dem Kläger etwas nicht passe, dann renne er wieder zu den Behörden und Gerichten (Prot. I S. 21). An anderer Stelle erwähnte sie, sie möchte keine Diskussionen vor der KESB oder der Fachstelle punkto haben. Sie möchte auch nicht, dass er zu Hause anrufe. Er habe die Nummer nicht. Es sei eine unterdrückte Nummer (Prot. I S. 23). Der Kläger erklärte, die Parteien besprächen diejenigen Sachen, die sie müssten, beispielsweise betreffend Ferien oder das Wochenendbesuchsrecht. Und wenn etwas die Kinder betreffe, dann habe die Beklagte ihn in der letzten Zeit auch informiert (Prot. I S. 12). Die Vorinstanz hat daraus zu Recht geschlossen, dass die Basis gegeben sei, um über Fragen der gemeinsamen elterlichen Sorge reden und beschliessen zu können. Allerdings bedingt eine vernünftige Kommunikation, dass nicht nur ein schriftlicher, sondern auch ein mündlicher Austausch stattfindet. Dem wird sich die Beklagte auf Dauer nicht verweigern können.

- 17 -

E. 4

Januar 2011, habe erstellen lassen (Urk. 14/3). Der Einwand ist nicht nachvollziehbar. Im Bericht wird offengelegt, dass der Kläger von Oktober 2009 (also fast ein Jahr bevor die Beklagte die Scheidungsklage anhängig machte, vgl. Urk. 1 der Scheidungsakten des Kantonsgerichts Zug) bis Dezember 2010 fünf Konsultationen in Anspruch genommen habe. Dass die Aussagekraft des Berichtes angesichts der wenigen Konsultationen, über deren Dauer nichts bekannt ist, stark relativiert werden muss, versteht sich von selbst. Der Kläger hatte mit der Eheschutzverfügung vom 14. Mai 2009 nur ein beschränktes Besuchsrecht erhalten (vgl. Urk. 14/2). Offenbar ersuchte er die von ihm konsultierte Fachstelle um eine Stellungnahme zu einem regelmässigen Telefonverkehr mit seinen Kindern und regelmässigen Übernachtungen bei ihm. Das ist legitim. Ein weiterer ärztlicher Bericht, diesmal von Dr. med. G._____, der dem Kläger im Herbst 2008 – kurz nach Einleitung des Eheschutzverfahrens durch die Beklagte – angeblich „einfach nur bestätigen sollte, dass die Beklagte unfähig sei, für die Kinder zu sorgen“ (Urk. 19 S. 19), ist nicht aktenkundig; der Kläger hat die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten in der Berufungsantwort bestritten, nachdem er von der Vorinstanz dazu nicht befragt worden war (Urk. 36 S. 26). Sollte Dr. G._____ tatsächlich eine solche Bestätigung abgegeben haben, ohne die Beklagte (und C._____, dessen Krankenversicherung das Honorar von Dr.

G._____ übernehmen sollte) je gesehen zu haben (Urk. 20/9), so ist das Verhalten des Arztes höchst fragwürdig. Für die heute zu beurteilende Sorgerechtsfrage ist das Ganze nicht relevant. Die Vorinstanz hat ausgeführt, eine Entführung der Kinder nach E._____ wäre nicht rechtmässig, selbst wenn der Kläger obhutsberechtigt wäre. Zudem bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger die Kinder nach E._____ verbringen wolle. Ob der Kläger mit den Kindern Ferien in E._____ verbringen dürfe, sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (Urk. 28 S. 13 f.). Die Beklagte widerspricht diesen Ausführungen nicht. Sie wolle aber solche Gefährdungssituationen von vornherein verhindern. Sie verweist darauf, dass der Onkel des Klägers in E._____ für Geld umgebracht worden sei und die dortige Mordrate im Jahre 2014 um 57 % gestiegen sei (Urk. 27 S. 18 f.). Der Kläger macht gel-

- 19 - tend, er habe überhaupt nie die Absicht gehabt, gegen den Willen der Beklagten die Kinder nach E._____ mitzunehmen. Er hätte sie gerne einmal dorthin in die Ferien mitgenommen, da seine Familie dort lebe. Er habe aber von diesem Gedanken Abstand genommen, da die Beklagte bisher derart strikt dagegen gewesen sei (Urk. 36 S. 29). Die Ausführungen der Vorinstanz sind zutreffend. Nur schon die abstrakte Möglichkeit, dass das Kindeswohl gefährdet wäre, wenn der Kläger mit den Kindern eine Reise in sein Heimatland unternehmen würde, ist kein Grund, das gemeinsame Sorgerecht zu verweigern.

E. 5

Dem Kläger wird für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.

E. 6

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.

E. 7

Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Kläger hat der Beklagten den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'000.– zu ersetzen.

- 21 -

E. 8

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 9

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von Zug, mit Formular "elterliche Sorge" an die Einwohnerkontrolle der Gemeinde Zug und das Kantonsgericht Zug mit den Akten des Scheidungszesses (Geschäfts-Nr. A1 2010 92), je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

E. 10

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 Beschwerde 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. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 29. April 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. S. Notz versandt am: se

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