

ZH_OBERGERICHT LC160051 vom 31. Mai 2017

ZH Obergericht, 2017-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC160051

FR: ZH_OBERGERICHT LC160051 du 31 mai 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LC160051 del 31 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Das Kantonsgericht Glarus schied die Ehe der Parteien am 19. September 2007 gestützt auf Art. 111 ZGB (Urk. 3/2). Dabei stellte es den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2000, unter die elterliche Sorge des Beklagten und den zweiten Sohn D._____, geboren am tt.mm.2004, unter die elterliche Sorge der Klägerin. Mit Urteil vom 26. November 2009 stellte das Kantonsgericht Glarus auch den jüngeren Sohn D._____ unter die elterliche Sorge des Beklagten (Urk. 3/3). Mit Eingabe vom 26. Juli 2013 bei der Vorinstanz (Urk. 1) beantragte die Klägerin u.a., die beiden Söhne seien unter ihre (alleinige) elterliche Sorge zu stellen. Mit Urteil vom 24. August 2016 des Bezirksgerichtes Andelfingen wurden die beiden Kinder C._____ und D._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien gestellt. Weiter wurde entschieden, dass sich ihr Wohnsitz bei der Klägerin befinde und die Obhut bei der Klägerin belassen werde. Auf eine Besuchsrechtsregelung wurde verzichtet. Im Weiteren wurden die finanziellen Kinderbelange geregelt. Bezüglich des vorinstanzlichen Prozessverlaufs kann auf dessen Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 159 S. 4 ff.).

E. 2

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., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist und von dieser erwogen worden ist (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die

geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz 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 (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

- 12 -

E. 3

Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist deshalb in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 31). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel einreicht, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N7; vgl. zum Ganzen auch BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.). Das Bundesgericht hat in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E. 2.2.). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbe-

- 13 -

langen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. III. 1. Wie bereits erwähnt, ist im Berufungsverfahren lediglich das Sorgerecht der Parteien noch Streitgegenstand. Die Klägerin verlangt eine Abänderung des Scheidungsurteils vom 26. November 2009 des Kantonsgerichts Glarus, gemäss welchem der Beklagte die elterliche Sorge über beide Kinder zugesprochen erhalten hatte. Sie beantragte, dass ihr die alleinige elterliche Sorge über die beiden Kinder zuzusprechen sei. Der Vorderrichter erwog, dass von der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall auszugehen sei. Sie könne einem Elternteil allein übertragen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohles nötig sei (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Vorliegend sei unstrittig, dass die Parteien ein Kommunikationsproblem hätten, welches seit einigen Jahren andauere. Die Situation sei für das Wohl von C._____ und D._____ nicht förderlich. Es sei indessen nicht

ersichtlich, wie sich eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge positiv auf das Kindeswohl auswirken könnte. Die elterliche Sorge umfasse auch die Vertretung der Kinder. Die Klägerin wie auch die G.____-Schule müssten den Beklagten viel stärker einbinden, wenn der Beklagte auch Putzdienste an der Schule übernehmen und sich am Darlehen gegenüber der G.____-Schule beteiligen sollte. Es sei somit erforderlich, dass der Beklagte auch inskünftig ohne Vollmacht der Klägerin zum Wohl der Kinder mit den Schulen korrespondieren könne. Der Vorderrichter stellte die beiden Kinder daher unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien (Urk. 159 S. 9). Die Klägerin kritisierte im Berufungsverfahren, dass der Vorderrichter in Anwendung der Officialmaxime die gemeinsame elterliche Sorge angeordnet habe, obwohl die Klägerin das alleinige Sorgerecht beantragt und der Beklagte auf eine gemeinsame elterliche Sorge verzichtet habe (Urk. 158 S. 8). Der Vorderrichter übersehe bei seiner Argumentation, dass der Beklagte keinerlei Interesse habe, mit der Schule zusammenzuarbeiten. Er sei mit dem Besuch der G.____-Schule nie einverstanden gewesen und habe die Klägerin deshalb gezwungen, sämtliche Kosten selber zu tragen. Die Kinder hätten seit etlichen Jahren den Wunsch ge-

- 14 - habt, bei der Klägerin aufzuwachsen. Dieser Wunsch sei vom Beklagten nie ernst genommen worden. Im Sommer 2013 hätten die Kinder der Klägerin eröffnet, dass sie nicht zum Beklagten zurückgehen würden. Der Beklagte habe diesen Entscheid nicht akzeptiert und in den folgenden Jahren alles versucht, um die Kinder zu einer Rückkehr zu zwingen. Besuchskontakte hätten praktisch keine stattgefunden. Das Verhalten des Beklagten habe schliesslich dazu geführt, dass beide Kinder jeglichen Kontakt zu ihm verweigert hätten (Urk. 158 S. 11 ff.). Beide Kinder hätten sowohl in schulischer als auch in medizinischer Hinsicht besondere Betreuung nötig. C.____ leide seit Jahren an Schlafstörungen und sei deswegen in Behandlung. Er verwehre sich gegen jede Einmischung des Beklagten. Das Vorgehen des Beklagten im Zusammenhang mit der Klinik Clenia ..., wo es auf Veranlassung des Beklagten zu einer Gefährdungsmeldung gekommen sei, habe die Kinder zutiefst schockiert und dazu geführt, dass sie den Kontakt zum Beklagten weitgehend verweigern würden. Die Kinder würden aufgrund ihrer Erfahrungen jeglichen erzwungenen Kontakt mit dem Beklagten verweigern. Die Vergangenheit habe gezeigt, dass sich die Parteien nie über grundlegende Fragen bezüglich Kinderbelange einigen können. Ein gemeinsames Sorgerecht würde damit nur zu weiteren, für die Kinder belastenden (gerichtlichen) Auseinandersetzungen führen. Durch ein alleiniges Sorgerecht der Klägerin könnte dies verhindert werden und zur Beruhigung der Sachlage führen (Urk. 158 S. 13 f.). 2.a) Vorliegend geht es um ein Abänderungsbegehren im Sinne von Art. 134 Abs. 1 ZGB, bei welchem die Frage zu beurteilen ist, ob sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit derart verändert haben, dass die Regelung gemäss dem in Rechtskraft erwachsenen Scheidungsurteil nicht mehr mit dem Kindeswohl zu vereinbaren ist. Dies ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann der Fall, wenn sich die Beibehaltung der bisherigen Regelung offensichtlich nachteilig auf das Wohl des Kindes auswirken und dieses ernsthaft gefährden würde (BGer 5A_105/2012 vom 9. März 2012). b) Vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge (Art. 296 Abs. 2 ZGB) kann abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohles nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Die Zuteilung der elterlichen Sorge an nur einen Eltern-

- 15 - teil muss eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 142 III 197). Eine solche Ausnahme fällt in Betracht, wenn die Eltern in einem schwerwiegenden Dauerkonflikt

stehen oder in Kinderbelangen anhaltend kommunikationsunfähig sind. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Probleme zwischen den Eltern das Kindeswohl konkret in einer negativen Weise beeinträchtigen. Überdies muss auch Aussicht darauf bestehen, dass mit der Zuteilung der elterlichen Sorge an nur einen Eltern- teil alleine eine Entlastung der Situation herbeigeführt werden kann (BGer 5A_22/2016 vom 2. September 2016). Das gemeinsame elterliche Sorgerecht wird zur inhaltslosen Hülse, wenn ein Zusammenwirken nicht möglich ist, und es liegt in aller Regel nicht im Kindeswohl, wenn die Kindesschutzbehörden oder gar der Richter andauernd die Entscheidungen treffen muss, für welche es bei ge- meinsamer elterlicher Sorge der elterlichen Einigung bedarf. Vorausgesetzt ist aber jedenfalls eine Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts oder der gestörten Kommunikation; punktuelle Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung oder Scheidung einhergehen, können angesichts des mit der Gesetzesnovelle klarerweise angestrebten Paradigmawechsels nicht Anlass für eine Alleinzutei- lung des elterlichen Sorgerechts sein (BGE 141 III 472). Bei der elterlichen Sorge handelt es sich um ein sog. Pflichtrecht. Es hat das Recht und die Pflicht zum Gegenstand, über die wesentlichen Belange des Kindes zu entscheiden. Dies er- fordert vorab, dass der Sorgerechtsinhaber Zugang zu aktuellen Informationen über das Kind hat. Für eine sinnvolle Ausübung des Sorgerechts wird aber in der Regel auch der persönliche Kontakt zum Kind unabdingbar sein; es ist nur schwer vorstellbar, dass ein Sorgerechtsinhaber pflichtgemässe Entscheidungen zum Wohl des Kindes treffen kann, wenn über längere Zeit kein irgendwie gearteter Austausch zwischen ihm und dem Kind stattfindet. Wo das Sorgerecht den Eltern gemeinsam zustehen soll, ist schliesslich erforderlich, dass diese in Bezug auf die grundsätzlichen Kinderbelange ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und wenigstens im Ansatz einvernehmlich handeln können. Ist dies nicht der Fall, führt ein gemeinsames Sorgerecht fast zwangsläufig zu einer Belastung des Kin- des, welche anwächst, sobald dieses das fehlende Einvernehmen der Eltern selbst wahrnehmen kann. Im Übrigen drohen auch Gefahren wie die Verschlep-

- 16 -
pung wichtiger Entscheidungen, beispielsweise im Zusammenhang mit notwendi- ger medizinischer Behandlung (BGE 142 III 197). 3.a) Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 13. September 2013 führte der Kindervertreter aus, dass bei den Kindern ein konstanter Wille bestehe, bei der Mutter leben zu wollen. Die Eltern müssten sich über diese Situation un- terhalten, was jedoch bisher nicht geschehen sei. Diese Situation sei für die Kin- der extrem schädlich. Im Rahmen dieser Verhandlung war ein Gespräch zwi- schen den Parteien nicht möglich und es kam zu keiner Einigung (Prot. I S. 13 f.). Anschliessend entschied der Vorderrichter am 16. September 2013, dass die Kin- der ab sofort vorsorglich unter die elterliche Obhut der Klägerin gestellt würden (Prot. I S. 17). Im Rahmen der Einigungsverhandlung vom 23. Mai 2014 erklärte der Kindervertreter, dass er sich inzwischen bemüht habe, eine Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien zu bewirken. Es sei ein guter Anfang er- zielt worden, indem zwei Gespräche in guter Atmosphäre stattgefunden hätten. Die Kinder würden unter der Situation leiden und wünschten sich, dass die Eltern normal miteinander umgehen könnte. Es habe noch keine nennenswerten Kon- takte gegeben. Aus den Akten der letzten Jahre ergebe sich, dass es ein ständi- ges Auf und Ab gewesen sei; immer wieder sei das Gericht zur Problemlösung angerufen worden. Das sei ein Zustand, der nun seit Jahren andauere (Prot. I S. 25 f.). Der Beklagte erklärte anlässlich dieser Verhandlung, dass er seit Sep- tember 2013 keinen richtigen Kontakt mehr zu den Kindern gehabt habe. Gesprä- che in der damaligen Situation

erachtete er als aussichtslos. Im Rahmen dieser Verhandlung waren sich alle Parteien und Beteiligten jedoch einig, dass dringend regelmässige Gespräche zwischen den Parteien stattfinden sollten (Prot. I S. 28 ff.). b) Nachdem D. _____ auf freiwilliger Basis von der Klägerin am 6. August 2014 zu einer stationären Abklärung in die Clenia ... AG gebracht worden war und gegen die Empfehlung des Behandlungsteams die Klinik am 15. August 2014 wieder verliess, machte die Klinik in der Folge eine Gefährdungsmeldung an die KESB des Bezirkes Winterthur und Andelfingen (Urk. 81). Der Kindesvertreter nahm darauf mit den betroffenen Personen Kontakt auf und äusserte sich zu die-

- 17 - ser Gefährdungsmeldung folgendermassen: D. _____ habe ihm gegenüber erklärt, dass er nicht in die Klinik ... gehen möchte und sich in der Obhut seiner Mutter in ... wohlfühle. Er sei gesund und habe in den letzten Monaten nur zwei ganz kurze krankheitsbedingte Schulabwesenheiten gehabt. In der G. _____-Schule gefalle es ihm in jeder Beziehung gut. Sein grosser Wunsch sei, dass die Eltern das hängige Gerichtsverfahren möglichst bald in Einigkeit abschliessen könnten. D. _____ sei keineswegs der Meinung, dass die Mutter schlecht über seinen Vater spreche; im Gegenteil sei sie es, welche ihn und seinen Bruder regelmässig ermuntere, mit dem Vater den Kontakt zu suchen (Urk. 90 S. 2). Der Kindervertreter erachtete es im damaligen Zeitpunkt nicht als notwendig, dass die Kinder gegen ihren ausdrücklichen Willen zu einem Abklärungsaufenthalt gezwungen würden. Die Situation der Kinder hätte sich beruhigt; sie würden gerne zur Schule gehen und die krankheitsbedingten Absenzen hätten sich deutlich reduziert. Ursache für die bei den Kindern festgestellten Schwierigkeiten lägen im Elternkonflikt begründet (Urk. 90 S. 4). Der Vorderrichter ortete ebenfalls keine akute Problemsituation und entschied mit Verfügung vom 23. Januar 2015 die Obhut über die Kinder bei der Klägerin zu belassen. Er erachtete die dazu eingereichten Stellungnahmen der Parteivertreter nicht als zielführend. So würden im Schreiben der Rechtsvertreterin des Beklagten die (nicht durchgeführten) Elterngespräche nicht thematisiert. Es werde einfach lapidar festgehalten, dass der Beklagte nach wie vor keinerlei Kontakt mit den Kindern habe. Man erfahre nicht, welche Anstrengungen der Beklagte unternommen habe, um mit Hilfe der Beiständin Kontaktmöglichkeiten mit C. _____ und D. _____ zu schaffen (Urk. 96 S. 8). Den Parteien wurde im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, mit Hilfe der Beiständin monatliche Elternberatungsgespräche durchzuführen (Prot. I S. 38 f.). Dies liess sich in der Folge nicht in die Tat umsetzen. Die Parteien waren schon im Jahre 2014 durch das Gericht - wie sich im Nachhinein herausstellte vergeblich - aufgefordert worden, sich vermehrt in Elterngesprächen auszutauschen (Urk. 90 S. 3; Urk. 96 S. 8). Am 9. März 2015 führte die Beiständin ein Gespräch mit den beiden Kindern und deren Rechtsvertreter. Auf ihre Frage, wie sich die Besuche beim Vater gestalten liessen, meinte C. _____, gar nicht, er wolle nichts mit dem Vater unternehmen. D. _____ erklärte, dass er nur zusammen mit dem Bruder und der Mutter mit dem Vater essen gehen würde. Allein wolle er den Vater nicht treffen, weil er

- 18 - kein Vertrauen zu ihm habe. Beide Kinder erklärten, dass der Vater nichts machen könne, um ihr Vertrauen wieder zu gewinnen. Beide sagten, dass sie nichts vermissen würden, wenn sie den Vater nicht sehen könnten (Urk. 101 S. 4 f.). Die Beiständin empfahl in der Folge, derzeit kein Besuchsrecht festzulegen (Urk. 101 S. 6). Die urteilende Kammer bestätigte in ihrem Entscheid vom 3. August 2015, dass die Obhut über die Kinder bei der Klägerin zu belassen sei. Bezüglich des Besuchsrechts wurde die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Es wurde

erwogen, dass nicht ausgeschlossen sei, dass die Kinder nach dem klärenden Entscheid über die Obhutfrage sich eher wieder auf Kontakte mit dem Beklagten einlassen würden. Es wurde auch angeregt, dass eine Gesprächstherapie der Eltern stattfinden solle, um die Kommunikation zwischen ihnen zu verbessern (Urk. 103). In seiner Stellungnahme vom 17. September 2015 erklärte der Rechtsvertreter der Kinder, dass diese nicht möchten, dass das Gericht die Kontakte bzw. Besuche mit dem Vater regle. Sie wünschten auch ausdrücklich keine erneute Anhörung durch das Gericht (Urk. 110). Seit August 2014 fanden keine Besuche zwischen dem Beklagten und den Kindern mehr statt (Urk. 118 S. 4 f.). c) Anlässlich der Verhandlung vom 18. Mai 2016 führte die Rechtsvertreterin des Beklagten aus, dass die Zuteilung der elterlichen Sorge in das Ermessen des Gerichts zu stellen sei. Der Beklagte habe die Nähe zu den Söhnen vollkommen verloren, weshalb er kein Aufenthaltsbestimmungsrecht haben sollte. Die Befindlichkeit der Kinder hätte sich verschlechtert. Der Kontakt zum Vater sei völlig abgebrochen. Eine kontinuierliche Begleitung der Familie sei infolge der stets wechselnden Umstände nur noch schwer oder gar nicht mehr möglich (Prot. I S. 49). Der Kindervertreter erklärte, dass der Kontakt zu den Kindern mittlerweile sehr konfliktbeladen sei. Sein Hauptwunsch sei daher, dass dieses Verfahren zu Ende gehe. Es werde immer wichtiger, dies umzusetzen. Das Verfahren sei im gesamten sehr spürbar. Die Kinder wüssten, dass es noch nicht beendet sei. Es sei für sie nicht förderlich, wenn das Verfahren weiter pendent bleibe (Prot. I S. 58). Der Beklagte führte aus, dass er sich einer Abänderung der elterlichen Sorge nicht mehr widersetze, jedoch mit dem Hinweis, dass seit dem 1. Juli 2014 die gemeinsame elterliche Sorge obligatorisch sei. Aufgrund der Erfahrungen der vergange-

- 19 - nen drei Jahre, in denen ein gemeinsames Sorgerecht auszuüben unmöglich gewesen und über die gesundheitlichen und schulischen Themen der Kinder seitens der Mutter nicht bzw. erst nachträglich informiert worden sei, wäre er auch bereit im Interesse des Wohls der Kinder, um Druck und Stress von ihnen zu nehmen, auf die gemeinsame elterliche Sorge zu verzichten. Der Beklagte bestätigte selbst, dass er aufgrund des vorliegenden Verfahrens die Nähe zu seinen Söhnen komplett verloren habe. Es bestehe eine sehr konfliktbehaftete Situation (Urk. 143 S. 1 ff.). d) Der Vertreter der Kinder bestätigte im Berufungsverfahren, dass Kontakte zwischen C._____ und dem Beklagten äussert selten seien und persönliche Begegnungen gar nicht stattfinden würden. Der letzte SMS-Austausch sei im Oktober 2016 gewesen. Da die Parteien unter sich nach wie vor keine Kommunikation pflegten und Mitteilungen an für C._____ wichtige Austauschpartner (Schule, Arbeitgeber, Ärzteschaft etc.) ausschliesslich individuell und ohne Absprache erfolgten, nehme C._____ die aktuelle Sorgerechtsregelung vor allem als hinderlich und verzögernd wahr. Er wünsche sich, dass diesbezüglich Unklarheiten möglichst bald beendet würden. Der Kindervertreter hielt aus seiner Sicht dafür, dass bei C._____, welcher Ende nächsten Jahres 18 Jahre alt wird, der Austausch des Sorgeberechtigten mit ihm selbst erfolgen sollte. Dieser Austausch finde seit Sommer 2013 ausschliesslich zwischen C._____ und seiner Mutter statt. Jegliche Bemühungen der Beteiligten, wieder Kontakt zwischen Vater und Sohn zu ermöglichen, seien bisher gescheitert. C._____ arbeite in einem Fitnesscenter und absolviere berufsbegleitend den Lehrgang Fitnesstrainer. Die Arbeit als Fitness-Instruktor mache ihm grossen Spass und er sei bemüht, in diesem Beruf auf seine eigene Art und Weise weiter zu kommen, nachdem seine Bemühungen, eine der in diesem Gebiet raren Lehrstellen zu erhalten, nicht zum Ziel geführt hätten (Urk. 175 S. 2). Der 13-jährige D._____ besuche nach wie vor das Wocheninternat der Schulstiftung F._____ und verbringe Wochenenden und Ferien bei/mit seiner Mutter und seinem Bruder C._____ in D._____ nehme Ritalin.

Routinemässig sei in Absprache mit der Schule und dem KJPD eine IV-Anmeldung gemacht worden, insbesondere im Hinblick auf die dadurch möglichen vertieften Berufsabklärungen. Aus Sicht der Entwicklung und der zukünftigen Sorgerechts-

- 20 - wahrnehmung seien die zukünftigen Herausforderungen ganz klar im Bereich der Gestaltung der letzten Jahre der obligatorischen Schulzeit und der Berufswahl und -ausbildung zu sehen. D._____ sollte gemäss den aktenkundigen psychologischen Berichten im Bereich der emotionalen und sozialen Entwicklung unterstützt und gefördert werden. Bezüglich der Betreuung und Förderung von D._____ finde gemäss den Angaben der Mutter zwischen den Eltern nur ein marginaler Austausch statt. An den ca. zweimal jährlich stattfindenden Standortgesprächen in der Schulstiftung würden beide Eltern teilnehmen, dort aber jeweils ihre individuelle Sichtweise einbringen bzw. versuchen, dieser Nachachtung zu verschaffen, ohne den Dialog zur Erreichung einer gemeinsamen Haltung zu führen. Ansonsten finde kein nennenswerter Austausch zwischen den Eltern oder zwischen Sohn und Vater statt. Für D._____ sei das schulische Standortgespräch, als einziger Anlass, bei dem er und seine Eltern sich im gleichen Raum trafen und eine Stunde Zeit miteinander verbringen müssten, emotional sehr schwer aushaltbar und belastend. Bei diesen Gelegenheiten stehe D._____ insbesondere unter dem schmerzhaften Eindruck, dass sein Vater ein Interesse für ihn verfolge, welches sich nicht an seinen wahren Bedürfnissen messe, sondern an einer väterlichen Vorstellung, die sich weit von D._____s Realität entfernte und immer noch vom Konflikt zwischen den Eltern geprägt sei. Dass die Eltern in Zukunft in der Lage sein würden, das Sorgerecht gemeinsam zur Bewältigung der nach wie vor herausfordernden Situation wahrzunehmen, sei in Anbetracht der langen familiären Vorgeschichte nicht zu erwarten (Urk. 175). Der Beklagte widersprach dieser Sichtweise des Kindervertreters. Die Schlussfolgerung, wonach eine gemeinsame elterliche Sorge für die Beziehung der Kinder zum Vater sogar störend sein könnte, sei nicht richtig. C._____ sei in einem losen Kontakt mit dem Vater, der immer wieder abbreche. Er habe jedoch deutlich kommuniziert, dass er noch Zeit brauche, die ihm der Vater auch gewähre. D._____ betrachte es als sehr belastend, die Eltern bei Schulgesprächen in einem Raum zu erleben. Dem wäre abzuhelfen, indem die Schulgespräche nicht gemeinsam geführt würden. Dies sei kein Grund, um die elterliche Sorge zu entziehen. Es sei auf keiner Ebene erkennbar, dass die alleinige elterliche Sorge eine Verbesserung für die Kinder darstellen könnte. Der Beklagte äusserte auch

- 21 - Zweifel an der Unabhängigkeit des Kindervertreters. Er monierte, dass aufgrund dessen Rechnungsstellung erkennbar sei, dass er seine Schlussfolgerungen vorwiegend aus Kontakten mit der Klägerin bezogen und sich von dieser habe informieren lassen und nicht von den Kindern direkt (Urk. 191 S. 3 f.). Dieser Einwand erscheint unberechtigt. Der Kindervertreter betreut die Kinder schon seit langer Zeit und kennt die ganze Entstehungsgeschichte und die aktuellen Umstände bestens. Während des Berufungsverfahrens hat sich die Situation der Kinder kaum erheblich verändert. Es erscheint daher plausibel, dass er den Loyalitätskonflikt der Kinder angesichts der schwierigen Situation nicht durch ständige Befragungen noch mehr verstärken will, was unweigerlich der Fall wäre. Es ist aktenkundig, dass die Kinder von diesem ständigen Hin- und Her ermüdet sind und mit diesem Verfahren nicht mehr behelligt werden wollen. Es ist dem Ermessen des Kindervertreters überlassen, welche Abklärungen und Gespräche er tätigen will, um die Kinder möglichst gut vertreten zu können. Da die Kinder sich in der Obhut der Klägerin befinden, erscheint es naheliegend, dass er dort auch Abklärungen

traf. Der Beklagte, welcher die Kinder schon lange nicht mehr gesehen hat, kann sich zum Befinden der Kinder wohl kaum relevant äussern. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Bericht des Kindervertreters daher ohne Weiteres verwertbar. Allerdings ist er nur eine von mehreren Erkenntnisquellen, die das Gesamtbild prägen und für die Entscheidung relevant sind. An dieser Stelle ist auch zu vermerken, dass kein Anlass besteht, den Beklagten deshalb von der hälftigen Tragung der Kosten für den Kindervertreter zu befreien (Urk. 191 S. 3). Der Beklagte verwies auch auf den Bericht der Beiständin vom 23. März 2017 (Urk. 179/1+2). Sie ging davon aus, dass sich die Kinder in einem Loyaltätskonflikt befänden. Sie müssten der Mutter gefallen und dürften deshalb keinen Kontakt zum Vater haben. Die Mutter betreibe eine "Vorenthaltung der Kontakte zum Vater". Die Beiständin erachtete es als wahrscheinlich, dass die Kinder den Willen der Mutter übernommen hätten und es ihnen nicht möglich sei, ihre eigenen Wünsche zu entwickeln oder zu äussern, so dass der wirkliche Kinderwille gar nicht mehr feststellbar sei. Es werde auch beschrieben, dass die Klägerin jeweils Kontakte zu Fachpersonen, die ihr gegenüber kritisch eingestellt seien, sofort abgebrochen habe. Akzeptiert würden lediglich Fachpersonen, die sie für ihr System als hilfreich erachte. Die Beiständin kommt zum Schluss, dass sich die

- 22 - Frage stelle, ob die Mutter überhaupt in der Lage sei, die Bedürfnisse der Kinder zu erkennen und adäquat zu reagieren. Der Beklagte warf daher in der Folge die Frage auf, wie es um die Erziehungsfähigkeit der Klägerin bestellt sei, weshalb er für den Fall, dass in Erwägung gezogen werde, der Mutter das alleinige Sorgerecht zu übertragen, vorab die Erstellung eines Sachverständigengutachtens über die Frage der Erziehungsfähigkeit der Klägerin beantragte (Urk. 177). Die Klägerin bestritt diese Ausführungen (Urk. 187). Die Klägerin hatte gegen den Schlussbericht der Beiständin Einsprache bei der KESB Winterthur erhoben (Urk. 189/25). Sie machte geltend, dass der Sachverhalt durch die Beiständin unrichtig und einseitig dargestellt werden. Es sei unrichtig, dass es schwierig gewesen sei, mit D._____ ein Einzelgespräch zu führen. D._____ habe mit der Beiständin einfach nicht allein sein wollen.

E. 4

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die Höhe derselben wird von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils festgesetzt werden.

E. 5

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'000.--. Die weiteren Gerichtskosten betragen: Fr. 1'734.50 (Kindervertreter)

- 28 -

E. 6

Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

E. 7

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 8

Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ wird für seine Bemühungen als Vertreter der Kinder im zweitinstanzlichen Verfahren mit Fr. 1'734.50 aus der Gerichtskasse entschädigt.

E. 9

Schriftliche Mitteilung an – die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 191 – die Vorinstanz, – Rechtsanwalt Z._____ unter Beilage einer Kopie von Urk. 191 – C._____ und – die Beiständin E._____, je gegen Empfangsschein, sowie nach Eintritt der Rechtskraft bzw. des unbenützten Ablaufs der Beschwerdefrist an das Bundesgericht, – ans Kantonsgericht Glarus mit den Akten des Scheidungsprozesses, gegen Empfangsschein, – ans Obergericht Glarus mit den Akten des Abänderungsprozesses, gegen Empfangsschein, – die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen, per A-Post. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

E. 10

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diese Entscheidung 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).

- 29 - Dies ist eine Endentscheidung 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, 31. Mai 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. C. Faoro versandt am: bz

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