

ZH_OBERGERICHT LY110036 vom 16. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY110036

FR: ZH_OBERGERICHT LY110036 du 16 novembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LY110036 del 16 novembre 2011

Erwägungen

E. 1

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

E. 2

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

- 3 -

E. 3

Mit Urteil vom 15. September 2011 wies das Einzelgericht des Bezirkes Uster das Begehren der Berufungsklägerin ab (act. 6, Ziff. 1). Gleichzeitig wurde die Berufungsklägerin verpflichtet dafür zu sorgen, dass sich die Kinder am Sonntag, 25. September 2011, 20.00 Uhr, bei der Pflegefamilie H._____ in G._____ einfinden (act. 6, Ziff. 4). Bei Nichterfüllung wurde der Berufungsklägerin die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung mit einer Busse von bis zu Fr. 10'000.-- durch den Strafrichter angedroht (act. 6, Ziff. 6). Ferner wurde die Berufungsklägerin verpflichtet,

die Kinder für die Dauer des Verfahrens nur an den gemäss Scheidungsurteil vom 1. April 2011 geltenden Besuchswochenenden zu sich in die Wohnung zu lassen (act. 6, Ziff. 5), unter der Androhung der Bestrafung mit einer Ordnungsbusse in Höhe von Fr. 200.-- für jeden Tag der Nichterfüllung (act. 6, Ziff. 7).

E. 4

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

E. 5

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

E. 5.1

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

E. 5.2

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

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

E. 5.3

Aus den Akten ist nicht zu ersehen, dass die genannten Stellungnahmen und Berichte, auf welche sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid stützt, der Berufungsklägerin (oder dem Berufungsbeklagten) zur Stellungnahme zugestellt worden sind. Auch ergibt sich

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

E. 5.4

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

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

E. 5.5

Mit Kenntnisnahme des angefochtenen Entscheides erfuhr die Berufungsklägerin von den genannten Stellungnahmen und Schreiben. Im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechtes (Art. 53 Abs. 2 ZPO) stand es der Berufungsklägerin danach frei, sich durch Einsicht in die Akten Kenntnis von deren Inhalt zu beschaffen. Dass dieses Recht von der Vorinstanz verweigert worden ist, ergibt sich nicht aus den Akten und wird von der Berufungsklägerin auch nicht behauptet. Ihre Argumentation, sie könne die Berufung mangels Kenntnis in materieller Hinsicht nicht begründen, zielt demnach ins Leere. In der Berufungsschrift ergab sich für die Berufungsklägerin sodann die Möglichkeit, sich vollständig zu dem dem angefochtenen Entscheid zu Grunde gelegten Berichten und Schreiben zu äussern. Wie

ausgeführt verfügt die Kammer zudem als Berufungsinstanz über umfassende Kognition in Bezug auf Tatfragen. Damit wäre vorliegend ein nicht besonders schwerwiegender Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens geheilt. Da es sich hier aber um eine gravierende Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör handelt, ist zu prüfen, ob eine Rückweisung im Konkreten sinnvoll und in materieller Hinsicht notwendig ist, ansonsten nach dem Gesagten zu Gunsten des sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ergebenden und auch in Art. 124 Abs. 1 ZPO enthaltenen Beschleunigungsgebotes darauf zu verzichten ist. Zu beachten gilt dabei, dass es im vorliegenden Verfahren um die Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen geht, womit rasch eine vorläufige Regelung der Situation während des unter Umständen länger dauernden Hauptverfahrens herbeigeführt wird (ZK ZPO-KOBEL,

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

E. 6

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

- 4 - II. 1. Auf Begehren eines Elternteils regelt das Gericht die Zuteilung der elterlichen Sorge (generell die Abänderung der Kinderbelange) neu, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist (Art. 134 Abs. 1 und 4 ZPO; BSK ZGB I-BREITSCHMID, 3. Aufl. 2006, Art. 134 N 1). Eine Umteilung der Sorge- und Obhutsrechts setzt somit nebst veränderten Verhältnissen voraus, dass die Umteilung in dem Sinn zwingend nötig ist, als die aktuellen Lebensumstände dem Kindeswohl mehr schaden als ihre Neuordnung und die damit verbundene Kontinuitätsunterbrechung der Erziehung (BGer 5a_63/2011 vom 1. Juni 2011, vgl. HÄBERLI/MEIER, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (März bis Juni 2011), ZKE 2011 S. 312 ff., 321). Auf streitige Änderungsverfahren finden die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss Anwendung (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Es gelten demnach die Art. 274-283 und Art. 290-293 ZPO. Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen; die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Das Gericht entscheidet über vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO); die Art. 252 ff. ZPO gelten subsidiär (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 41). Sind wie hier Anordnungen über Kinder zu

treffen, so erforscht es den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 277 Abs. 3 ZPO) und es gilt die Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO). 2. Gemäss der mit Scheidungsurteil des Bezirkes Uster vom 1. April 2010 genehmigten Scheidungskonvention vom 9. März 2010 leben die Zwillinge E._____ und F._____ bei den Pflegeeltern H._____ in G._____ und besuchen dort die ...-Schule (act. 7/6/70, act. 7/6/82). Seit Februar 2011 besuchen die Zwillinge nach Darstellung der Berufungsklägerin die Staatsschule (act. 7/1 S. 3). Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Gesuchstellung waren E._____ und F._____ für eine Woche bei der Berufungsklägerin in den Ferien (act. 7/1 S. 5). Am Sonntag, 17. Juli 2011, brachte die Berufungsklägerin die Kinder nach einem Besuchswochenende entgegen getroffener Vereinbarungen nicht zurück zu den Pflegeeltern.

- 5 - In der Folge wurde sie von der Beiständin mit Schreiben vom 19. Juli 2011 (act. 7/45/4a) und von der Vormundschaftsbehörde I._____ mit Schreiben vom 2. August 2011 aufgefordert, dafür zu sorgen, dass sich die Kinder bis spätestens am 14. August 2011 wieder bei der Pflegefamilie einfinden (act. 7/20). Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Entscheidung befanden sich die Kinder noch immer bei der Berufungsklägerin und besuchten die öffentliche Schule in I._____ (Prot. I S. 6, S. 10 und S. 14, act. 7/44). 3. Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Berufungsklägerin geltend, die gegenwärtige Situation bei den Pflegeeltern entspreche nicht dem Kindeswohl. Die Kinder seien sowohl in der ...-Schule als auch in der staatlichen Schule unterfordert. Sie seien ferner unglücklich, weil sie sich gegenüber den drei eigenen Kindern der Pflegeeltern H._____ ungerecht behandelt und vernachlässigt fühlen würden (act. 7/1 S. 3). Die Zwillinge würden sich wünschen, bei ihr leben zu können und nicht mehr zur Pflegefamilie zurückkehren zu müssen, weil sie die einzige tatsächliche Bezugsperson sei (act. 7/1 S. 4. Prot. I S. 10 ff.). Nach den Ausführungen der Berufungsklägerin habe sich die Situation bei ihr zudem dauerhaft verändert, denn es bestehe insbesondere kein starrer Zeitplan mehr, sie koche für die Kinder und die Wohnung sei kein abgeschlossener Raum mehr (act. 7/1 S. 4 f., Prot. I S. 11 f., S. 17 f. und S. 27). Das sei nicht bloss vorübergehend, da sie ihre Krankheit zu 90 % überwunden habe (Prot. I S. 26). 4. Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid damit, dass die Berufungsklägerin weder eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls von E._____ und F._____ bei einem Verbleib bei der Pflegefamilie H._____ noch eine dauerhafte Veränderung ihrer Verhältnisse habe glaubhaft darlegen können (act. 6 S. 3, act. 6 S. 5 f.). Die Vorinstanz hörte die Kinder an (Prot. I S. 6 ff.) und holte Stellungnahmen der Pflegefamilie H._____ (act. 7/30, act. 7/32, act. 7/37) und der Beiständin (act. 7/33, act. 7/38) ein. Gestützt auf diese Stellungnahmen sowie die Aussagen der Kinder anlässlich deren Anhörung erwog sie weiter, es sei glaubhaft, dass das Wohl der Kinder bei einer weiteren Betreuung durch die Pflegefamilie nicht gefährdet sei, selbst wenn die Kinder mit dieser Situation unzufrieden seien und den Wunsch hegen würden, bei der Mutter zu wohnen (act. 6

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

und ordnete Massnahmen an, um den Zustand entsprechend den Anordnungen im Scheidungsurteil wieder- herzustellen und in der Folge aufrecht zu behalten (act. 6 S. 7). 5.
Rechtliches Gehör

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