

315a Abs. 1 ZGB, Zuständigkeit. Hat das Gericht die elterliche Sorge in Abänderung eines Scheidungsurteils neu zu regeln, ist es auch für Massnahmen des Kindesschutzes von Amtes wegen zuständig. Erw. 3.1

Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO, Rückweisung. Wenn über eine von Amtes wegen zu behandelnde Frage nicht entschieden wurde, ist die Sache zurück zu weisen, wie bei einem nicht behandelten Klage-Punkt. Erw. 3.1 am Ende

Art. 122 ZPO, Zuständigkeit. Unentgeltliche Vertreter werden von den Gerichten je separat für die in der entsprechenden Instanz erbrachten Bemühungen entschädigt. Erw. 4

Erwägungen:

3.1 Das Verfahren geht auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 31. Januar 2007. Damals waren die Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber S. geregelt worden, in Nachachtung von Art.133 ZGB. Zur Diskussion steht, ob einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes mit einer neuen Regelung der elterlichen Sorge Rechnung zu tragen sei. Die Einzelrichterin hat die Frage bejaht. Ihr Verfahren und ihr Entscheid stützten sich auf Art. 134 ZGB, der im Kapitel "Ehescheidung und Ehetrennung" und darin im Abschnitt über "die Scheidungsfolgen" steht.

Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe, treffen die Behörden von Amtes wegen die erforderlichen Massnahmen. Diese können unter anderem in Ermahnungen und Weisungen bestehen, oder namentlich in der Errichtung einer Beistandschaft (Art. 307 f. ZGB). Zuständig ist dafür grundsätzlich die Vormundschafts- (demnächst die Kindesschutz-) Behörde. Hat aber ein Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Beziehungen der Kinder zu den Eltern zu gestalten, so trifft es auch die nötigen Massnahmen zum Schutz des Kindes und betraut die vormundschaftlichen Behörden mit dem Vollzug (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Diese Situation ist hier gegeben, wo die Übertragung der elterlichen Sorge von (bisher) beiden Eltern auf (neu) die Mutter alleine im Raum steht.

Noch vor Fällung des heute angefochtenen Entscheides erfuhr die zuständige Richterin, dass die Vormundschaftsbehörde gestützt auf eine Gefährdungsmeldung des Kinderspitals ein Verfahren eingeleitet und namentlich

einen Bericht zu allfälligen Kinderschutzmassnahmen in Auftrag gegeben hatte. Die Richterin nahm das allerdings nicht zum Anlass, darauf einzugehen, sondern beschied der Vormundschaftsbehörde, ihr Verfahren sei bereits weit fortgeschritten, und wenn sie den Bericht brauchte, würde sie sich melden (Notiz act. 33 über das Gespräch vom 10. März 2011). Noch bevor die Vormundschaftsbehörde der Richterin den Bericht zustellen konnte (dieser ging beim Gericht am 14. März 2011 ein; act. 32), fällte die Richterin am 11. März 2011 das angefochtene Urteil.

S. lebt ungeachtet der Frage der Sorge in der Obhut ihrer Mutter in Zürich und besucht regelmässig sowohl ihren Vater (in Zürich) als auch den aktuellen Lebenspartner ihrer Mutter (in Deutschland). Nach dem von der Vormundschaftsbehörde eingeholten Bericht des Sozialzentrums Dorflinde kommt das Kind mit der Situation und mit den verschiedenen Loyalitäten nicht zurecht. Wie weit die Cystische Fibrose, an der sie leidet, die Situation erschwert, kann aufgrund des Berichtes nicht gesagt werden — ist vielleicht auch gar nicht bestimmbar. Jedenfalls gehen die Fachpersonen des Sozialzentrums davon aus, beide Eltern gingen nicht ausreichend kompetent mit der Problematik des Kindes um, und sie empfehlen daher eine Beistandschaft. Das ist zumindest plausibel und jedenfalls zu prüfen. Die Einzelrichterin hat das versäumt und daher einen wesentlichen Punkt nicht beurteilt, den sie von Amtes wegen hätte beurteilen müssen.

Dabei wird die Einzelrichterin erwägen, wie weit eine Neuregelung der Sorge überhaupt etwas zu ändern vermag. Das ist zwar durchaus nicht ausgeschlossen. In erster Linie scheinen aber die regelmässigen Kontakt- und damit Reibungspunkte zwischen den Eltern anlässlich der Besuchstage und Ferien ein Problem zu sein. Es wird zu überlegen sein, wie weit eine Beistandschaft hier Remedur schaffen könnte, und wie weit eine Beistandschaft auch Probleme der gemeinsamen Sorge zu entschärfen vermöchte. Im Blick auf die Bemerkung des Sozialzentrums, welche die alleinige Sorge der Mutter ins Verhältnis zu einem Wegzug nach Deutschland setzt (act. 32 S. 4 unten/5), sei der Vollständigkeit halber an die Rechtsprechung des Bundesgerichtes erinnert, wonach der Inhaber

der alleinigen Obhut den Aufenthalt des Kindes unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs frei wählen darf; insbesondere im nahen europäischen Bereich werde dadurch der Kontakt zum getrennt lebenden Elternteil nicht über Gebühr erschwert (BGE 136 III 353). Je nachdem, wie Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Beistandschaft eingeschätzt werden, wird sich die Frage der Neuregelung der Sorge in anderem Licht stellen.

3.2 Das angefochtene Urteil ist daher insoweit aufzuheben, als es die Sorge neu regelt, und die Sache ist zurückzuweisen zur allenfalls nötigen Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). (...)

4. Für diesen Beschluss sind keine Kosten zu erheben. Die Gesuche beider Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren sind damit gegenstandslos. Hingegen sind antragsgemäss ihre Anwälte als unentgeltliche Vertreter zu bestellen. Über allfällige Prozessentschädigungen wird im Endentscheid zu befinden sein. Nach der Praxis beider Zivilkammern des Obergerichts zum neuen Prozessrecht entschädigt nunmehr jede Instanz die unentgeltlichen Vertretung (nur) für ihr eigenes Verfahren. Und da eine Prozessentschädigung je nachdem direkt dem Vertreter zuzusprechen ist (*OGer ZH PF110018* vom 1. Juli 2011), wird die Honorierung nach wie vor erst nach Abschluss des Verfahrens erfolgen können.

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 8. August 2011
Geschäfts-Nr.: LC110028-O/U