

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC110060-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Beschluss und Urteil vom 22. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Fürsprecher X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils**

Berufung gegen ein Urteil der 10. Abteilung - Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Mai 2011 (Berichtigung vom 18. August 2011); Proz. FP100168

Rechtsbegehren:

- "1. Die Dispositivziffer 2 des Scheidungsurteils vom 12. September 2008 sei aufzuheben und der Sohn C._____, geboren am tt.mm.1997, sei unter die elterliche Sorge des Klägers zu stellen. Die Töchter D._____, geboren am tt.mm.2001, und E._____, geboren am tt.mm.2004, seien unter der elterlichen Sorge der Beklagten zu belassen.
2. Die Dispositivziffer 3.4. des Scheidungsurteils vom 12. September 2008 sei aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, angemessene Kinderunterhaltsbeiträge für den Sohn C._____ zu bezahlen, mindestens aber Fr. 200.-- (zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen). Die Kinderunterhaltsbeiträge seien bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Sohnes geschuldet und an den Kläger zahlbar. Die Kinderunterhaltsbeiträge für die beiden Töchter seien so zu belassen.
3. Die Dispositivziffer 3.5. des Scheidungsurteils vom 12. September 2008 sei den neuen finanziellen Gegebenheiten entsprechend anzupassen.
4. Es sei dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 2. Mai 2011
modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 30 S. 2)

- "1. [...]
2. [...]
Eventualiter sei Dispositivziffer 3.4. des Scheidungsurteils vom 12. September 2008 vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass mangels finanzieller Leistungsfähigkeit der Parteien keine Unterhaltsbeiträge geschuldet sind.
3. [...]
4. [...]
5. [...]"

**Urteil und Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung, vom 2. Mai 2011 (act. 43 S. 15 ff.):**

1. Den Parteien wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
2. Dem Kläger wird Fürsprecher X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Der Antrag auf Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird abgewiesen.
2. Die elterliche Obhut über den Sohn C. _____, geboren am tt.mm.1997, wird einstweilen dem Kläger (damals Gesuchsteller) zugeteilt.
3. a) In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.3. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird die Beklagte (damals Gesuchstellerin) für die Dauer der elterlichen Obhut des Klägers über C. _____ berechtigt erklärt, den Sohn C. _____
 - jedes zweite und vierte Wochenende des Monats von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr
 - am ersten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in ungeraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in geraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontagauf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem wird die Beklagte für berechtigt erklärt, den Sohn C. _____ während zwei Wochen Ferien pro Jahr in den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Beklagte wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit dem Kläger abzusprechen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

- b) Das Besuchsrecht des Klägers gemäss Dispositiv-Ziffer 3.3. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 gegenüber den beiden Töchtern D._____, geboren am tt.mm.2001, und E._____, geboren am tt.mm.2004, bleibt unverändert.
4. Dispositiv-Ziffer 3.4. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird wie folgt abgeändert:
 - a) Für die Dauer der elterlichen Obhut des Klägers über den Sohn C._____ wird die Pflicht des Klägers zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für den Sohn C._____ aufgehoben.
 - b) Die Beklagte wird dazu verpflichtet, die Kinderzulagen für den Sohn C._____ an den Kläger weiterzuleiten, so lange der Kläger die elterliche Obhut über den Sohn C._____ hat. Im Übrigen wird die Beklagte nicht dazu verpflichtet, dem Sohn C._____ Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen.
 - c) Im Übrigen behält Dispositiv-Ziffer 3.4. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 ihre Gültigkeit.
 5. Der Antrag auf Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.5. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird abgewiesen.
 6. Es wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand / der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:

- a) die Modalitäten des Besuchsrechts der Beklagten bezüglich des Sohnes C._____, wie es in der Dispositiv-Ziffer 3a) dieses Urteils festgelegt wurde, zu regeln und zu überwachen und
- b) die Eltern in ihrer Sorge um die Kinder C._____, D._____ und E._____ mit Rat und Tat zu unterstützen.
7. Die Vormundschaftsbehörde F._____ wird ersucht, einen Beistand / eine Beiständin zu bestellen.
8. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.– (Pauschalgebühr) festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.
9. Die Kosten des unbegründeten Urteils werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung nach § 92 der zürcherischen Zivilprozessordnung bleibt vorbehalten. Die Mehrkosten für ein begründetes Urteil trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.
10. Es werden keine Umtriebs- bzw. Prozessentschädigungen zugesprochen.
- 11./12. Mitteilungen / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

Des Klägers und Berufungsklägers (act. 48 S. 2) :

1. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Mai 2011 sei die Dispositiv-Ziffer 2 des Scheidungsurteils vom 12. September 2008 dahingehend abzuändern, als der Sohn C._____, geboren am tt.mm.1997, unter die elterliche Sorge des Berufungsklägers zu stellen sei.

2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 lit. b des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 2. Mai 2011 sei die Dispositiv-Ziffer 3.4. des Scheidungsurteils vom 12. September 2008 dahingehend abzuändern, als die Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, angemessene Kinderunterhaltsbeiträge für den Sohn C._____ zu bezahlen, mindestens aber Fr. 200.00 (zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen). Die Kinderunterhaltsbeiträge seien bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Sohnes geschuldet und an den Berufungskläger zahlbar.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

"Es sei dem Berufungskläger für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Der Beklagten und Berufungsbeklagten:

-

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Mit Urteil der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 12. September 2008 wurde die Ehe der Parteien geschieden (act. 3/1). Die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.1997, D._____, geboren am tt.mm.2001, und E._____, geboren am tt.mm.2004, wurden unter die elterliche Sorge der Berufungsbeklagten gestellt.
2. Mit Eingabe vom 13. August 2010 gelangte der Berufungskläger an die Vorinstanz und stellte das oben wiedergegebene Rechtsbegehren. Mit Urteil vom

2. Mai 2011 (berichtigt am 18. August 2011 mit Bezug auf die Rechtsmittelbelehrung; act. 41 und 42) wies die Vorinstanz das Begehren des Berufungsklägers um Umteilung der elterlichen Sorge über den Sohn C._____ von der Berufungsbeklagten auf den Berufungskläger ab, stellte den Sohn C._____ aber einstweilen unter die Obhut des Berufungsklägers und regelte die Besuchsrechte der Parteien sowie die Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für C._____ neu.

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung und erneuerte sein bereits vor Vorinstanz gestelltes Begehren, es sei C._____ unter seine elterliche Sorge zu stellen, sowie, es sei die Berufungsbeklagte zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 200.00 für C._____ zu verpflichten (act. 48 S. 2). Mit Beschluss vom 21. September 2011 bewilligte die Kammer dem Berufungskläger für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihm Fürsprecher X._____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter (act. 52). Die Berufungsbeklagte liess die Frist zur Beantwortung der Berufung ungenutzt verstreichen.

II. Formelles:

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil vom 31. Oktober 2011 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden.

2. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar.

Vorliegend wurde deshalb das Urteil der Vorinstanz vom 2. Mai 2011 in den nicht angefochtenen Teilen (Elterliche Obhut [Dispositiv-Ziffer 2]; Besuchsrechte [Dispositiv-Ziffern 3a und 3b]; Befristete Aufhebung der Verpflichtung des Berufungsklägers, für den Sohn C._____ monatliche Unterhaltsbeiträge zu leisten sowie Verpflichtung der Berufungsbeklagten, die Kinderzulagen für C._____ an den Berufungskläger weiterzuleiten [Dispositiv-Ziffer 4a, 4b Erster Satz, 4c]; Nachehelicher Unterhalt [Dispositiv-Ziffer 5] sowie Errichtung einer Beistandschaft und Bestellung eines/einer Beistandes/Beiständin [Dispositiv-Ziffer 6]) einen Tag nach Ablauf der Berufungsantwortfrist (d.h. am 28. Oktober 2011; act. 53/2) rechtskräftig (vgl. zum Zeitpunkt: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 2 und N 5 zu § 260 ZPO; Hinderling/Steck, Das schweizerische Scheidungsrecht, S. 590 ff.). Dies ist vorzumerken.

III. Materielles:

1. Der Berufungskläger betont, C._____ sei seit eineinhalb Jahren bei ihm. Diese Obhutssituation sei gegenwärtig für C._____ die beste Lösung. Dies sei im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben. Die Berufungsbeklagte sei mit der einstweiligen Übertragung der elterlichen Obhut auf ihn einverstanden gewesen. Die Vorinstanz habe diesem Umstand insofern Rechnung getragen, als sie die elterliche Obhut einstweilen auf ihn übertragen habe. Der Berufungskläger hält nun dafür, die von der Vorinstanz angeordnete Aufsplittung der elterlichen Sorge und Obhut führe dazu, dass zwei verschiedene Personen, welche nach vollzogener Scheidung häufig miteinander im Streit stünden, wichtige Entscheidungen für das Kind trafen. Dies könne dem Kindeswohl nicht zuträglich sein. Diese Aufsplittung sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nur nicht sinnvoll, sondern sogar unzulässig (act. 48 S. 4).

2. Die Vorinstanz hat die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen, die Rechtsprechung und die Literatur über das Sorgerecht der Eltern korrekt wieder-

gegeben. Insbesondere hat sie sich mit BGE 94 II 1 ff. auseinandergesetzt. Der dem Bundesgericht vorgelegte Sachverhalt unterscheidet sich vom hier zu beurteilenden insoweit, als der Vater in der Schweiz blieb und die geschiedene Ehegattin mit dem Kind und dessen zwei Geschwistern nach England auswanderte. Demgegenüber leben hier beide Parteien in ..., weshalb die Erwägungen des Bundesgerichtes nicht unbesehen übernommen werden können.

Das Sorgerecht ist gemäss Art. 301 Abs. 1 ZGB die gesetzliche Befugnis der Eltern, die für das unmündige Kind nötigen Entscheidungen zu treffen. Die elterliche Sorge umfasst auch das Recht, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (Obhutsrecht). Mit Scheidungsurteil vom 12. September 2008 (act. 3/1) wurde C. _____ zusammen mit seinen beiden Schwestern unter die elterliche Sorge der Berufungsbeklagten gestellt. Die einmal getroffene Ordnung der Elternpflichten und -rechte ist grundsätzlich auf Dauer angelegt (BGE 120 II 232 ff.), muss allerdings bei entscheidend und ihrerseits wieder auf eine relevante Dauer veränderten Verhältnissen angepasst werden können (BGE 134 III 227 ff.) und hätte bisweilen zu respektieren, dass sich verändernden Verhältnissen nur schwer mit starren Ordnungen und einem verfehlten "Besitzstandsdenken" beizukommen ist (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 134 N 4). Gemäss Art. 134 Abs. 1 ZGB ist die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Eine Neuregelung setzt damit einerseits eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse voraus. Andererseits muss sie auch zum Wohl des Kindes geboten sein. Anzustreben ist die für die harmonische Entfaltung des Kindes in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht erforderliche Stabilität, wobei die Umstände in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind (BGE 115 II 317, 319 mit Hinweisen). Da stabile Erziehungs- und Lebensverhältnisse im Interesse des Kindes liegen, genügt nicht jede Veränderung der Verhältnisse. Ob eine erforderliche wesentliche Veränderung im Sinne von Art. 134 Abs. 1 ZGB vorliegt, ist ebenfalls auf Grund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen (BGer vom 12. November 2002, 5P.212/2002 E. 2.2.3 [publiziert in FamPra.ch 2003 S. 449 ff.]; SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 10 und N 15 zu Art. 134 ZGB; FamKomm-Scheidung/WIRZ, N 10 ff. zu Art. 134 mit Art. 315a/b). Das Bun-

desgericht hat wiederholt festgestellt, eine Änderung des Sorgerechts komme nur in Betracht, wenn die Beibehaltung der bisherigen Regelung eine *ernsthafte* Gefährdung oder eine Schädigung des Kindeswohls bedeutet und eine Neuregelung auf Grund der veränderten Umstände dies *zwingend* erfordert (BGE 111 II 313, 316 in Bestätigung von BGE 109 II 380 und BGE 100 II 77; BGer vom 6. November 2009, 5A_531/2009 E. 2; SUTTER/FREIBURGHaus, a.a.O., N 11 zu Art. 134). Über eine einmal getroffene Entscheidung der Scheidungsrichterin kann nicht beliebig neu verhandelt werden. Die Geltendmachung veränderter Verhältnisse kann mit anderen Worten nicht dazu benutzt werden, um wenig glückliche Interessenabwägungen nachträglich zu korrigieren (FamKomm-Scheidung/WIRZ, N 11 zu Art. 134 mit Art. 315a/b).

3. Die Vorinstanz erwog, C._____ sei im Januar 2010 freiwillig bei der Berufungsbeklagten ausgezogen, lebe seither in der eineinhalb Zimmer Wohnung des Berufungsklägers und werde von diesem betreut. Dies stelle zwar eine Veränderung der Verhältnisse dar. Wie aber dargelegt, reiche eine blosser Veränderung noch nicht aus, um die elterliche Sorge neu zuzuteilen. Dazu brauche es vielmehr eine ernsthafte Gefährdung und eine mit den Veränderungen verbundene zwingende Neuregelung, um das Kindeswohl wahren zu können.

Die Vorinstanz prüfte alsdann, ob sich eine Neuregelung als zwingend erweise. Herr H._____, der Lehrer von C._____, habe ausgeführt, C._____ fühle sich mit der Wohnsituation beim Berufungskläger sehr wohl. Bezüglich der Regelung über Angelegenheiten von C._____ sei es jedoch einfacher, mit der Berufungsbeklagten ein Einverständnis zu finden. Der Berufungskläger akzeptiere die Meinung der Experten nicht (Schulpsychologe, Psychologe und Lehrer), was nicht gut sei für C._____. Die Berufungsbeklagte habe dagegen mehr Verständnis für die Situation, in welcher sich C._____ derzeit befinde. Sie sehe ein, dass es für C._____ wichtig sei, dass er Leute habe, die ihn unterstützen und ihm helfen. Zu einer allfälligen Neuzuteilung der elterlichen Sorge habe sich Herr H._____ nicht geäußert (act. 20/3). Der Psychotherapeut von C._____, Dr. phil. I._____, habe zur Zuteilung der elterlichen Sorge auch keine explizite Auskunft geben können, habe aber ebenfalls angemerkt, der Berufungskläger habe gegenüber Vorgehenswei-

sen, die über die übliche Regelbeschulung hinausgingen, grosse Vorbehalte. Es sei psychisch essentiell, dass C. _____ einen inneren Bezug und äusseren Kontakt sowohl zur Berufungsbeklagten als auch zum Berufungskläger halten könne (act. 20/4). Auch die schulpsychologische Stellungnahme von Frau lic. phil. J. _____ gehe in dieselbe Richtung, wonach die Zusammenarbeit der Schule und der Instanzen mit dem Berufungskläger erschwert sei. Er lehne vorgeschlagene Unterstützungsmassnahmen ab, welche gelegentlich durch das Sorgerecht der Berufungsbeklagten dann aber doch noch zustande kämen. Es sei zu befürchten, dass C. _____, der schon jetzt ein vom Vater stark beeinflusstes Verhältnis zur Mutter habe, nach einer veränderten Sorgerechtszuteilung den Kontakt mit der Mutter abbreche. Aus psychologischer Sicht werde jedoch dringend empfohlen, dass C. _____ Zugang zu beiden Eltern erhalte und von der Verantwortung für den Vater entlastet werde (act. 20/5 S. 3). Gemäss der Empfehlung von Herrn K. _____ vom Sozialdienst L. _____ sei die elterliche Sorge ebenfalls bei der Mutter zu belassen (act. 20/2 S. 2). Alle vier eingeholten Meinungen deuteten somit darauf hin, dass der Berufungskläger bezüglich der Zusammenarbeit mit den entsprechenden Betreuungspersonen eine mangelnde oder zumindest eingeschränkte Kooperationsfähigkeit aufweise. Gleichzeitig seien die Betreuungspersonen aber auch alle einstimmig der Meinung, dass es C. _____, seit er beim Kläger lebe, besser gehe. Dass eine ernsthafte Gefährdung vorliege, werde aus den Expertenberichten nicht ersichtlich. C. _____ selber habe ausgeführt, er habe beim Kläger wohnen wollen, es gehe ihm bei diesem gut und er wolle bei ihm bleiben (act. 20/1 S. 1). Laut Aussagen der Berufungsbeklagten fänden es auch die Geschwister von C. _____ gut, dass er beim Berufungskläger wohne und sie habe eingeräumt, dass sich die Situation zu Hause beruhigt habe und es nunmehr weniger Stress gebe. Insbesondere in der Schule entwickelten sich die Leistungen von C. _____ ins Positive. Nach Ansicht des Berufungsklägers habe C. _____ enorme schulische Fortschritte gemacht und habe von der Kleinklasse in die normale Klasse übertreten können (act. 6 S. 3, Prot. I S. 10 f.). Auch die Berufungsbeklagte sei der Ansicht, C. _____ sei in der Schule besser geworden, wenn auch noch gewisse Probleme bestünden (Prot. I S. 18 f.). Insgesamt könne also nicht davon die Rede sein, dass die Beibehaltung der bisherigen Regelung – dass

also die elterliche Sorge bei der Berufungsbeklagten liege und C._____ dennoch beim Kläger wohne – zu einer ernsthaften Gefährdung oder einer Schädigung des Kindeswohls geführt habe und eine Neuregelung auf Grund der veränderten Umstände zwingend erforderlich wäre. Vielmehr würde gerade eine Neuzuteilung der elterlichen Sorge unter Umständen zu einer Gefährdung oder Schädigung des Kindeswohls führen, wenn der Berufungskläger – wie dies von den Experten unterstellt werde – sich als nicht kooperationsfähig mit behördlichen Unterstützungsmassnahmen zeigen würde, aber als Inhaber der elterlichen Sorge dennoch die entscheidende Person wäre. Die Ansicht des Berufungsklägers, er böte bei neuerlichen schulischen Problemen von C._____ für Lösungen Hand, beruhe lediglich auf Behauptungen, hingegen deute die bisherige Erfahrung, welche die erwähnten Fachpersonen gemacht hätten, nicht darauf hin. Die Vorinstanz schliesst zusammenfassend, der Antrag um Neuzuteilung der elterlichen Sorge an den Kläger sei demnach abzuweisen.

4. Die Vorinstanz hat mit der oben wiedergegebenen, überzeugenden, umfassenden Begründung C._____ unter der elterlichen Sorge der Berufungsbeklagten belassen. Die Vorinstanz hat auch dargelegt, dass eine Aufsplittung der elterlichen Sorge sowie der Obhut zulässig und im vorliegenden Fall auch angezeigt ist. Vorab ist festzuhalten, dass die Erziehungsfähigkeit der Berufungsbeklagten gegeben ist. Davon geht auch der Berufungskläger aus, sonst hätte er die beiden gemeinsamen Töchter nicht unter der elterlichen Sorge der Berufungsbeklagten belassen wollen. Was der Berufungskläger zweitinstanzlich gegen den vorinstanzlichen Entscheid vorbringt (act. 48 S. 4 ff.), verfängt nicht. Es ist zwischen den Parteien nach wie vor unbestritten, dass eine gedeihliche Entwicklung von C._____ eine gute Beziehung zu beiden Elternteilen voraussetzt. Dies wäre indes nicht mehr gewährleistet, falls dem Berufungskläger nebst der Obhut auch noch die Sorge über C._____ zugesprochen würde. Die durch Aussagen von Fachpersonen untermauerte Feststellung, dass der Berufungskläger mit den von der Vorinstanz genannten Betreuungspersonen (Lehrer, Psychotherapeut, Schulpsychologin etc.) weniger kooperieren würde als die Berufungsbeklagte, vermag der Berufungskläger nicht zu entkräften. Dass eine solche verminderte Kooperation nicht mit dem Kindeswohl vereinbar wäre, bedarf keiner weiteren Erörterung. Auch die

von der Vorinstanz gestützt auf Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die Dauer der elterlichen Obhut des Berufungsklägers angeordnete Beistandschaft zur Regelung und Überwachung des festgesetzten Besuchsrechts der Berufungsbeklagten vermag diese Bedenken nicht zu zerstreuen. Weshalb C. _____ bei der vom Berufungskläger angestrebten Lösung weniger zwischen zwei Fronten stehen sollte und nicht zwischen den Parteien vermitteln müsste, ist nicht einsichtig.

5. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung die Unterhaltspflicht der Berufungsbeklagten angesichts ihrer finanziellen Möglichkeiten auf die Ausrichtung der Kinderzulagen beschränkt. Die nicht weiter substantiierte Behauptung des Berufungsklägers, die Berufungsbeklagte arbeite gelegentlich schwarz und erziele dergestalt ein gewisses Einkommen, vermag daran nichts zu ändern.

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 4b Zweiter Satz des Urteils der Vorinstanz sind zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

Der Berufungskläger ist mit seiner Berufung unterlegen. Deshalb sind ihm die Prozesskosten in Anwendung von Art. 106 ZPO aufzuerlegen, die Gerichtskosten sind jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

Die Entscheidunggebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 bis 3 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.00 festzusetzen. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, da der Berufungsbeklagten im zweitinstanzlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 2. Mai 2011 am 28. Oktober 2011 in den folgenden Punkten in Rechtskraft erwachsen ist:

2. Die elterliche Obhut über den Sohn C._____, geboren am tt.mm.1997, wird einstweilen dem Kläger (damals Gesuchsteller) zugeteilt.

3. a) In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.3. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird die Beklagte (damals Gesuchstellerin) für die Dauer der elterlichen Obhut des Klägers über C._____ berechtigt erklärt, den Sohn C._____
 - jedes zweite und vierte Wochenende des Monats von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr
 - am ersten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in ungeraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in geraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem wird die Beklagte für berechtigt erklärt, den Sohn C._____ während zwei Wochen Ferien pro Jahr in den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Beklagte wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit dem Kläger abzusprechen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

- b) Das Besuchsrecht des Klägers gemäss Dispositiv-Ziffer 3.3. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 gegenüber den beiden Töchtern D._____, geboren am tt.mm.2001, und E._____, geboren am tt.mm.2004, bleibt unverändert.

4. Dispositiv-Ziffer 3.4. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird wie folgt abgeändert:
 - a) Für die Dauer der elterlichen Obhut des Klägers über den Sohn C._____ wird die Pflicht des Klägers zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für den Sohn C._____ aufgehoben.

 - b) Die Beklagte wird dazu verpflichtet, die Kinderzulagen für den Sohn C._____ an den Kläger weiterzuleiten, so lange der Kläger die elterliche Obhut über den Sohn C._____ hat. [.....].

- c) Im Übrigen behält Dispositiv-Ziffer 3.4. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 ihre Gültigkeit.
 5. Der Antrag auf Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.5. des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2008 wird abgewiesen.
 6. Es wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand / der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:
 - a) die Modalitäten des Besuchsrechts der Beklagten bezüglich des Sohnes C._____, wie es in der Dispositiv-Ziffer 3a) dieses Urteils festgelegt wurde, zu regeln und zu überwachen und
 - b) die Eltern in ihrer Sorge um die Kinder C._____, D._____ und E._____ mit Rat und Tat zu unterstützen.
 7. Die Vormundschaftsbehörde F._____ wird ersucht, einen Beistand / eine Beiständin zu bestellen.
 8. [Schriftliche Mitteilungen]
 9. [Rechtsmittel]
2. Schriftliche Mitteilungen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen, und es werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 4b Zweiter Satz des angefochtenen Urteils bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge (Dispositiv-Ziffern 8-10) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.00.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vormundschaftsbehörde F._____ sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: