

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ150071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 4. Januar 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdegegnerin

betreffend **gemeinsame elterliche Sorge / Akteneinsicht**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Uster vom 27. Oktober 2015**

**i.S. C. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2000; VO.2015.21 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster)**

### **Erwägungen:**

1.1. Die Parteien sind die nicht miteinander verheirateten und seit 2010 getrennt lebenden Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2000. Zur Familie gehört der 1997 geborene Bruder, welcher an einem Asperger Syndrom leidet. Die elterliche Sorge für C.\_\_\_\_\_ obliegt der Mutter. Mit Eingabe vom 21. September 2014 an die KESB Bezirk Uster beantragte der Vater die Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Zur Begründung führte er aus, er wolle die Verantwortung für das Kind mit tragen und es sei ihm ein wichtiges Anliegen, bei wichtigen Entscheiden eine Mitsprache zu haben und seinen Anspruch auf Information zu erhalten. Die von ihm angefragte Mutter habe sein Begehren abgelehnt. Auf seiner Seite lägen keine objektiven Gründe für eine Verweigerung vor, so dass er das Sorgerecht ohne Zustimmung der Mutter beantrage. Im weiteren wies er bezüglich der Betreuungsanteile und der finanziellen Verpflichtungen auf einen von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Beschluss vom 22. März 2011 hin (KESB act. 1).

1.2. Das von der KESB Uster in der Folge in das Verfahren einbezogene Amt für Jugend und Berufsberatung teilte der KESB Uster mit Schreiben vom 24. November 2014 mit, es hätten mit beiden Eltern in der Zwischenzeit mehrere Telefonate und auch eine persönliche Beratung stattgefunden; eine Einigung bezüglich der beantragten gemeinsamen Sorge sei nicht erzielt worden (KESB act. 6).

1.3. Die KESB Uster lud danach die Eltern zu einem Gespräch ein (KESB act. 9 und 10). Themen waren einerseits die Errichtung einer Beistandschaft für C.\_\_\_\_\_, der damals im KJPD weilte und ab 7. Januar 2015 ins Schulheim D.\_\_\_\_\_/GR eintreten sollte, und andererseits die vom Vater beantragte gemeinsame elterliche Sorge. Anhand des Protokolls erklärten sich beide Eltern mit der vorgeschlagenen Errichtung einer Beistandschaft einverstanden. Nach Darstellung der Eltern würden die Vereinbarungen betreffend Kontaktregelung und Unterhaltszahlungen ohne grössere Probleme eingehalten. Hinsichtlich seines Antrages auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge führte der Vater aus, er habe diesen Antrag als Folge der Gesetzesänderung gestellt, weil er bezüglich C.\_\_\_\_\_ auch mitreden und mitentscheiden wolle; bis anhin sei er von der Mutter

immer informiert und auch in die Entscheidungsfindung einbezogen worden; insofern änderte sich mit der gemeinsamen elterlichen Sorge nichts Grundlegendes. Unstimmigkeiten resp. Streit bestünde wegen Geldfragen; aktuell sei zudem die Konkubinatsauflösung zu organisieren. Die Mutter machte weitgehend gleichlautende Angaben und führte aus, die gemeinsame elterliche Sorge würde nicht viel ändern, da sie den Vater in alle wichtigen Entscheidungen einbeziehe und ihn stets informiere, wenn etwas vorliege. Allerdings sei es unmöglich, mit ihm zusammen eine Entscheidung zu treffen bzw. mit ihm zusammen zu arbeiten; er sei stets anderer Meinung als alle anderen und habe gegenüber den Kindern kein Durchsetzungsvermögen. Sie hätten schon genug Schwierigkeiten mit den Problemen ihrer zwei Söhne, sie habe keine Energie, auch noch mit dem Vater argumentieren zu müssen, er blockiere immer alles und das sei nicht im Wohl des Kindes, es fehle ihm am Kooperationswillen und an leistungsorientiertem Verhalten. Schliesslich fügte sie an, sie würde bei gemeinsamer elterlicher Sorge ernsthaft in Betracht ziehen, ihr eigenes Sorgerecht aufzugeben, um u.a. sich selber zu schützen (KESB act. 13). Im Nachgang zur Anhörung liess die Mutter die KESB Uster wissen, sie hoffe sehr, dass die Behörde wegen der schwierigen Kooperation mit dem Vater eine rechtliche Begründung für die jetzige Situation (alleiniges Sorgerecht) finden könne; auch habe sie wegen der bisherigen Erfahrungen keine grosse Hoffnung, dass die Einsetzung eines Beistandes die Kooperation des Vaters verbessern werde, da sich dieser über alle Empfehlungen und Beratungen hinwegsetze, wenn diese nicht seiner Ansicht entsprächen, und mit Gesprächsverweigerung oder trotzdem, passivem Verhalten reagiere und so die in die Wege geleiteten Massnahmen verlangsame oder blockiere. Würde jedoch das gemeinsame Sorgerecht eingerichtet, würde sie dem Kinde zuliebe einen Versuch unternehmen; käme es aber zu unlösbaren Unstimmigkeiten, würde sie zum Wohl des Kindes ihr Sorgerecht abtreten, damit das Kind nicht zwischen den Eltern aufgerieben und missbraucht werde (KESB act. 17).

1.4. Zeitgleich mit der Einladung zum erwähnten Gesprächstermin holte die KESB Uster beim Schulpsychologischen Dienst der Stadt Uster eine Stellungnahme zur aktuellen Situation von C.\_\_\_\_\_ ein. In dieser werden die verschiedenen Schwierigkeiten C.\_\_\_\_\_s und die zu deren Bewältigung getroffenen Mass-

nahmen beschrieben sowie die dafür erforderlichen Rahmenbedingungen referiert; angesichts der unterschiedlichen Erziehungsstile der Eltern wird die gemeinsame elterliche Sorge als mit dem Kindeswohl unvereinbar abgelehnt (KESB act. 11). Im Anschluss an die Anhörung der Eltern erkundigte sich die KESB Uster sodann telefonisch bei der zuständigen Ärztin des KJPD über die aktuelle Situation von C.\_\_\_\_\_ (KESB act. 15).

1.5. Mit Zuschrift vom 27. Januar 2015 wandte sich – offensichtlich auf Veranlassung der Mutter (vgl. KESB act. 19) – der Leiter des Schulheimes D.\_\_\_\_\_, wo C.\_\_\_\_\_ nach vorangegangenem Aufnahmeprozess im November/Dezember 2014 am 7. Januar 2015 eingetreten war, an die KESB Uster. In diesem Schreiben wird nach Beschreibung der aktuellen Situation von C.\_\_\_\_\_ und der Zusammenarbeit mit den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge im Moment als ausgesprochen kontraproduktiv bezeichnet (KESB act. 18).

1.6. Unterm 12. Februar 2015 erkundigte sich der Vater bei der KESB Uster und bat diese um sachdienliche Information über das weitere Vorgehen, nachdem seit seiner Gesuchseinreichung lediglich zwei Besprechungen stattgefunden hätten (KESB act. 20). Eine Antwort unterblieb.

1.7. Am 23. März 2015 hörte eine Delegation der KESB Uster C.\_\_\_\_\_ persönlich an. Dabei äusserte sich C.\_\_\_\_\_ zu seinem Befinden, namentlich bezüglich seiner Unterbringung im Heim und der Schule, welche er "Scheisse" finde, seinen Freizeitaktivitäten, seinem Kollegenkreis und den Wochenenden, welche er abwechslungsweise beim Vater resp. der Mutter verbringe. Den Vater empfindet er als weniger streng als die Mutter; ausserdem verfüge dieser über etliche elektronische Geräte. Er will seinem Vater empfohlen haben, das Gesuch für die gemeinsame elterliche Sorge zu stellen; er fände es gut, wenn die Mutter  $\frac{3}{4}$  und der Vater  $\frac{1}{4}$  des Sorgerechts innehätten. Das alleinige Sorgerecht des Vaters fände er dagegen nicht gut; wenn es so wäre, wäre er damals nicht in die Klinik und wahrscheinlich auch nicht ins Heim gekommen. Die Beziehung zu seiner Mutter ordnete er auf einer Zehnerskala im Bereich zwischen 4 und 5 ein (1: sehr schlecht; 10: sehr gut), diejenige zum Vater im Bereich zwischen 5 und 6, jene

zum Bruder liege etwa auf einer 5, gegenüber einer 3 zu früheren Zeiten. Die Qualität der Beziehungen bezeichnete C.\_\_\_\_\_ als nicht störend (KESB act. 21).

Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass den Akten keinerlei Hinweise dafür entnommen werden können, ob die Eltern über diese Anhörung im voraus orientiert wurden. Nicht aktenkundig ist ferner, dass den Eltern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden wäre.

1.8. Mit Entscheid vom 1. April 2015 lehnte die KESB Uster den Antrag des Vaters auf Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge über seinen Sohn C.\_\_\_\_\_ ab und auferlegte ihm die Hälfte der Kosten. Zur Begründung führte die KESB im Wesentlichen an, der Vater bekunde Schwierigkeiten, für C.\_\_\_\_\_ Regeln aufzustellen, habe schnell Mitleid mit seinem Sohn und erlaube ihm daher zu viel; auch vertrete er oft eine andere Meinung als alle anderen Beteiligten, was die Entscheidungsfindung verkompliziere und in die Länge ziehe, was dem gesundheitlichen Zustand C.\_\_\_\_\_s, der auf klare Regeln und Strukturen angewiesen sei, abträglich sei (KESB act. 22).

2. Gegen diesen Entscheid beschwerte sich der Vater beim Bezirksrat. In seiner Beschwerdeschrift bemängelte er u.a., es seien ihm von der KESB verwendete Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt worden, insbesondere sei ihm das Protokoll der Anhörung des Sohnes vorenthalten worden. Daneben hielt er den Entscheid auch inhaltlich für falsch (BR act. 1). Der Bezirksrat Uster holte bei der KESB Uster eine Vernehmlassung ein (BR act. 4), welche diese am 20. Mai 2015 erstattete (BR act. 7). Bereits vorgängig hatte sich die Mutter bei der KESB Uster gemeldet und dieser aus ihrer Sicht wesentliche und neu zugetragene Vorkommnisse geschildert; ferner wies sie darauf hin, dass auch sie sich gegenüber dem Bezirksrat vernehmen lassen wolle, was im übrigen auch für den Heimleiter zutreffen (BR act. 5). Mit unaufgefordertem Schreiben vom 20. Mai 2015 orientierte der Leiter des Schulheimes D.\_\_\_\_\_ den Bezirksrat Uster über seine Sicht der Dinge und ersuchte dringend, zum Wohle von C.\_\_\_\_\_s Zukunft nur eine Person, die Mutter, in den wichtigen erzieherischen Punkten entscheiden zu lassen (BR act. 6). Diese beiden Stellungnahmen wurden vom Bezirksrat Uster in der Folge den Parteien zur Kenntnis und allfälligen Vernehmlassung zugestellt (BR act. 9).

Dem Vater nicht zur Kenntnis gebracht wurde hingegen der vorgängig stattgefundene mail-Verkehr zwischen der Mutter und der KESB Uster (BR act. 5). Die Mutter äusserte sich unterm 30. Mai 2015 (BR act. 10); der Vater beantragte mit seiner Eingabe vom 2. Juni 2015 vorerst Einsicht in verschiedene von ihm bezeichnete Aktenstücke (BR act. 11). Mit Präsidialverfügung vom 4. Juni 2015 wurde dem Vater die Stellungnahme der Mutter zur Kenntnis gegeben; zu den weiteren Aktenstücken, in die der Vater Einsicht nehmen wollte, äusserte sich der Präsident des Bezirksrates Uster dagegen nicht. In seiner Eingabe vom 18. Juni 2015 äusserte sich der Vater ausführlich, monierte, dass ihm bisher die Möglichkeit zur Stellungnahme vorenthalten worden sei, und rügte den Entscheid auch in inhaltlicher Hinsicht als unzutreffend (BR act. 13). Seiner Eingabe legte er verschiedene Unterlagen bei (BR act. 14/1-11). Diese Eingabe und Dokumente wurden in der Folge der Mutter zur Kenntnisnahme zugestellt; zugleich verfügte der Präsident des Bezirksrates Uster den ordentlichen Schriftenwechsel als abgeschlossen (BR act. 15). Am 9. Juli 2015 reichte der Vater dem Bezirksrat Uster eine weitere Eingabe zusammen mit einem Schreiben des KJPD Zürich vom 6. Juli 2015 betreffend einer Telefonnotiz der verantwortlichen Person der KESB Uster vom 16. Dezember 2014 zu den Akten (BR act. 16 und 17). Diese Unterlagen wurden sodann der Mutter zugestellt (BR act. 18). Mit Urteil vom 27. Oktober 2015 wies der Bezirksrat Uster die Beschwerde ab (BR act. 19 = act. 6). Auf die Begründung wird nachfolgend, soweit erforderlich, zurückzukommen sein.

3. Mit Eingabe vom 16. November 2015 erhob der Vater gegen diesen Entscheid rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Die Akten der beiden Vorinstanzen sind beigezogen worden. Mit Verfügung vom 26. November 2015 wurde der Mutter Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 8). Sie hat sich unterm 10. Dezember 2015 unter Beilage verschiedener Unterlagen vernehmen lassen (act. 10 und act. 11/1-5). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Beschwerdeführer ist mit dem Entscheid ein Doppel dieser Stellungnahme samt Beilagen zuzustellen.

3.1. Das Verfahren vor der KESB und den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und des kantonalen Einführungsgesetzes dazu (§ 40 Abs. 1 EG KESR). Soweit diese Gesetze keine Bestimmun-

gen enthalten, gelten für die Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Bestimmungen des GOG. Für die Verfahren vor der KESB gelten diese Bestimmungen sinngemäss (Abs. 2). Subsidiär gelten für alle Verfahren die Bestimmungen der ZPO sinngemäss (Abs. 3). Nach Art. 53 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dabei handelt es sich um eine fundamentale Verfahrensgarantie, die Teil ist des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens und auch in Art. 29 Abs. 2 BV geregelt ist. Diese Verfahrensmaxime dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Entscheiden, die in die Rechtsstellung einer Partei eingreifen, dar. Zum Inhalt des rechtlichen Gehörs zählen namentlich das Recht auf Äusserung zu den Vorbringen des Gegners und dem Beweisergebnis, das Recht auf Akteneinsicht und das Verbot des überspitzten Formalismus. Zum Recht, vor einer Entscheidung angehört zu werden, gehört, dass die Parteien über jeden Verfahrensschritt und über alle Äusserungen, Eingaben und Anträge orientiert werden (vgl. SUTTER-SOMM/CHEVALIER in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm Art. 53 N 1 ff.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 1 ff.; TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 1 ff.). Der Anspruch gehört zu werden, ist formeller Natur. Das bedeutet, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGer 4A\_271/2015 vom 29. September 2015 mit weiteren Hinweisen).

3.2.1. Der Beschwerdeführer verlangt in seiner Beschwerdeschrift die Aufhebung des bezirksrätlichen Entscheides und die Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Im Eventualantrag, d.h. für den Fall, dass die Kammer nicht von sich aus auf Zuteilung des Sorgerechtes entscheide, verlangt er die Behandlung und Würdigung der von ihm geltend gemachten Verfahrensmängel (act. 2 S. 2). Zu letzterem führt er unter Verweis auf die Art. 136 c ZPO, Art. 52 und 53 ZPO in seiner Begründung an, es seien ihm mehrere Verfahrensakte nicht zugestellt worden (a.a.O. S. 7). Konkret bemängelt er, dass ihm u.a. das Anhörungsprotokoll von C.\_\_\_\_\_, das wohl eine verfahrensrelevante Akte darstelle, nicht zugegangen sei (a.a.O. S. 8). Er deutet das generelle Nichtzustellen auf eine gewollte und bewusste Vermeidung von Transparenz und moniert, es würden von ihm gewisser-

massen "hellseherische Fähigkeiten" verlangt, so dass er hätte erkennen müssen, dass bei der KESB verfahrensrelevante Akten eingegangen seien, in die er hätte Einsicht nehmen sollen (a.a.O.).

3.2.2. Die Mutter ihrerseits beantragt unter Auflage der Prozesskosten an den Beschwerdeführer die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung sowohl des Urteils des Bezirksrates Uster vom 27. Oktober 2015 als auch des Entscheides der KESB Uster vom 1. April 2015. Ihrer Ansicht nach betone und belege der Beschwerdeführer wiederholt, dass er in allen wichtigen Entscheidungsfindungen aktiv beteiligt gewesen ist, die Beziehung zu C.\_\_\_\_\_ auch ohne gemeinsames Sorgerecht problemlos pflegen könne und insofern keine begründete Sorge um das Wohl des Kindes bestehe. Sie sieht die Haltung des Beschwerdeführers als Trotz und meint, das gemeinsame Sorgerecht werde in der Regel dann beantragt, wenn sich ein Elternteil nicht wahrgenommen, nicht gehört, aus dem Leben des Kindes ausgeschlossen fühle, was hier aber nicht der Fall sei. Sie führt das Verhalten des Beschwerdeführers auf den aktuell zwischen ihm und ihr hängigen Prozess vor Bezirksgericht Uster betreffend "Auflösung einfache Gesellschaft" zurück, was er nicht zu akzeptieren gewillt sei. Sie meint, der Beschwerdeführer unterscheide nicht zwischen diesen beiden Angelegenheiten und missbrauche die Kinderbeziehung, um seinem Frust Luft und ihr das Leben schwer zu machen. Sie betont die Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts und der gestörten Kommunikation zwischen ihr und ihm, welche es de facto verunmöglichen würde, anstehende Entscheidungen zu treffen und durchzusetzen. Auch stelle sich der Beschwerdeführer entgegen seiner Behauptung gegen getroffene Entscheide, verweigere getroffene Abmachungen durchzusetzen oder bleibe Standortgesprächen fern, wobei bis anhin allerdings die Schäden in Grenzen hätten gehalten werden können. Weiter verweist sie auf die Feststellungen weiterer involvierter Personen (u.a. Schulpsychologin Uster, Oberärztin KJPD, Heimleiter D.\_\_\_\_\_), welche übereinstimmend die Erheblichkeit und Chronizität des Konfliktes und der gestörten Kommunikation unabhängig von einander festgestellt hätten. Der zwischen ihr und dem Beschwerdeführer bestehende Konflikt übersteige bei weitem Meinungsverschiedenheiten, wie sie insbesondere mit einer Trennung oder Scheidung einhergingen. Schliesslich ist die Beschwerdegegnerin der Meinung, die Er-

teilung der gemeinsamen elterlichen Sorge wirkte sich verheerend auf C.\_\_\_\_\_ aus, womit das Kindeswohl und die Wahrung der Kinderinteressen ernsthaft gefährdet würden (act. 10 S. 1-4). Zu den vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Verfahrensmängeln äussert sich die Beschwerdegegnerin dagegen nicht.

3.3. Bevor die materiellen Anträge der Parteien zu prüfen sind, ist auf die Rüge des Beschwerdeführers bezüglich verletzter Verfahrensnormen einzugehen. Wie oben unter Ziffer 1. dargestellt hat die KESB Uster die beiden Eltern angehört. Daneben hat die KESB Uster weitere Unterlagen selber eingeholt und den betreffenden Jugendlichen C.\_\_\_\_\_ angehört; auch wurden ihr von Drittseite unaufgefordert Berichte eingereicht. Alle diese – hauptsächlich nach stattgefundener Anhörung der Eltern – zu den Akten erhobenen Unterlagen wurden den Eltern, mithin auch dem Vater als Beschwerdeführer, vor Erlass des Entscheides am 1. April 2015 nie zur Kenntnis gebracht. Dies rügte der Vater in seiner Beschwerde an den Bezirksrat Uster zu Recht (BR act. 1 S. 1). Soweit die KESB Uster in ihrem Entscheid vom 1. April 2015 festhielt, den Eltern sei das rechtliche Gehör gewährt worden, indem diese am 16. Dezember 2014 angehört worden seien (BR act. 2 S. 2), übergeht sie den eben erwähnten Umstand, dass den Eltern und insbesondere dem Vater als Beschwerdeführer vor Erlass ihres Entscheides die weiteren Dokumente, welche Aktenbestandteil sind, nie zur Kenntnis gebracht worden waren und diese(r) keine Möglichkeit gehabt hatte(n), sich dazu zu äussern. Dies ist umso stossender, als der Beschwerdeführer wie erwähnt sich im Februar 2015 an die KESB wandte und um Auskunft über das Verfahren erbat, welches Schreiben unbeantwortet blieb. Nicht gefolgt werden kann dem Bezirksrat Uster, wenn er auf die diesbezügliche Beanstandung des Beschwerdeführers lapidar ausführt, dieser sei anlässlich der Anhörung vom 16. Dezember 2014 ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, dass er Akteneinsicht habe (act. 6 S. 7 Ziffer 3.4.2). Damit verkennt der Bezirksrat Uster offensichtlich den Gehalt des Anspruches auf rechtliches Gehör, der wie dargelegt die Behörde verpflichtet, den Verfahrensparteien vor Fällung ihres Entscheides Gelegenheit zu geben, sich zu Unterlagen zu äussern, die von der anderen Verfahrenspartei oder von Drittseite eingereicht oder von der Behörde selbst erhoben worden sind, zumal Parteien nicht wissen können, welche weiteren Abklärungen die Behörde trifft, wenn sie hierüber nicht

unterrichtet werden. Auch obliegt es nicht den Parteien, sich periodisch bei der Behörde nach allfällig zusätzlich erhobenen Aktenstücken zu erkundigen. Dass Nachfragen nicht immer zielführend ist, belegt das erwähnte, unbeantwortet gebliebene Auskunftersuchen des Beschwerdeführers an die KESB vom 12. Februar 2015 (KESB act. 20). Wenn die KESB Uster in ihrer Vernehmlassung an den Bezirksrat Uster meint, der Beschwerdeführer sei genügend über sein Akteneinsichtsrecht aufgeklärt worden, er habe sich in der Folge aber nicht darum bemüht dieses wahrzunehmen (BR act. 7 S. 2), übergeht sie stillschweigend die erfolgte Anfrage des Beschwerdeführers und muss sich entgegenhalten lassen, dass es Pflicht der Behörde ist, die Parteien über den Aktenstand zu orientieren und diesen aktiv Gelegenheit zur Meinungsäusserung zu den für die Entscheidungsfindung wesentlichen Unterlagen einzuräumen. Dies getan zu haben behauptet die KESB Uster selber nicht. Anzumerken ist, dass es der Bezirksrat Uster versäumt hat, dem Beschwerdeführer Kenntnis von act. 5 (mail-Korrespondenz zwischen der Mutter und der KESB Uster in der Zeit vom 7. April bis 4. Mai 2015) zu geben (BR act. 9, 12), wohingegen er die übrigen Akten der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnis brachte (vgl. BR act. 9, 12, 15, 18).

3.4. Ausnahmsweise kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist aber nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen verfügt wie die Vorinstanz; ausserdem muss der Betroffene über die gleichen Mitwirkungsrechte verfügen wie vor Vorinstanz. Die nachträgliche Heilung soll aber die Ausnahme bleiben (vgl. SUTTER-SOMM/CHEVALIER in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm Art. 53 N 27; BSK ZPO-GEHRI, Art. 53 N. 34.; TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 40 und 41).

Hier liegt eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die KESB Uster vor. Daran ändert nichts, dass sowohl der Bezirksrat Uster als erste gerichtliche Instanz als auch die Kammer die Angelegenheit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend prüfen können. Heilung erheblicher Mängel der Erstinstanz erst im zweiten gerichtlichen Rechtsmittelverfahren kann nur dann in

Frage kommen, wenn die Angelegenheit in der Sache entschieden werden kann. Dies ist hier aus den nachstehend erwähnten Gründen jedoch nicht der Fall.

3.5. Die KESB Uster lehnte das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge u.a. deswegen ab, weil sie erwog, er sei im Umgang mit C.\_\_\_\_\_ zu large, könne diesem keine Grenzen setzen, habe schnell Mitleid mit ihm und erlaube ihm daher zu viel; so wäre C.\_\_\_\_\_ nicht in D.\_\_\_\_\_ untergebracht worden, wenn der Vater hätte bestimmen können. Es müsste angenommen werden, dass bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Entscheidungsfindungen für C.\_\_\_\_\_ unnötig in die Länge gezogen und vor allem verkompliziert würden, was sich auf C.\_\_\_\_\_ schädlich auswirke. Der Vater sei unfähig, eine Entscheidung gegenüber C.\_\_\_\_\_ durchzusetzen, was diesem schade (vgl. KESB act. 22).

Bei dieser Begründung fällt auf, dass sie in keiner Weise faktenbasiert ist, nennt sie doch keinerlei tatsächlichen Begebenheiten, aus denen beispielsweise auf die angesprochene lasche Haltung des Vaters gegenüber C.\_\_\_\_\_ geschlossen werden könnte. Vielmehr wiedergibt die Begründung im Wesentlichen Einschätzungen und Meinungen der Mutter, die diese offenbar teilweise von weiteren Personen tel quel übernimmt (vgl. z.B. KESB act. 16), welche aber nicht weiter geprüft und gewürdigt werden. Anlässlich der Anhörung der beiden Eltern wurden beispielsweise keine konkreten tatsächlichen Vorkommnisse oder Vorgänge geschildert, die die geäußerte Behauptung der Mutter, der Vater sei grundsätzlich immer anderer Meinung als alle anderen und es fehle ihm an Kooperationswillen und leistungsorientiertem Verhalten, belegen oder untermauern würden (vgl. KESB act. 13 S. 3). Ähnlich lauten auch die Ausführungen der Mutter und Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort (vgl. act. 10 S. 3). Charakterisierungen oder Schlussfolgerungen lassen sich erst dann anstellen oder ziehen, wenn ein tatsächliches Fundament, das allenfalls erst zu ergründen ist, erstellt ist. Ein solches fehlt hier weitgehend. Ansätze dazu finden sich im Schreiben des Schulheimes D.\_\_\_\_\_ vom 27. Januar 2015, in welchem der Gesamtleiter beispielsweise ausführt, der Vater schaffe es nicht, seinem Sohn wirksam zu vermitteln, dass er aus dem Auto aussteigen und zur Wohngruppe laufen soll (KESB

act. 18). Zwar wird hier eine konkret Begebenheit erwähnt, es fehlt allerdings die Beschreibung dessen, was sich tatsächlich abgespielt bzw. wie der Vater das Problem gelöst hat. Auch ergibt sich aus dieser Darstellung nicht, ob ein einziger Vorfall beschrieben wird oder ob es sich um wiederkehrende gleichartige Beobachtungen handelt und welches allenfalls die Hintergründe des Verhaltens des Sohnes und des Vaters gewesen sind. Offen bleiben muss endlich, inwiefern diese gemachte Beobachtung, so sie denn zutrifft, für die Frage nach der Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge von Bedeutung ist. Anhand der erwähnten Elternanhörung bei der KESB Uster ergibt sich sodann der Eindruck, dass die Parteien hinsichtlich der Besuchskontakte des Vaters zu C.\_\_\_\_\_ durchaus einvernehmlich zusammenarbeiten. Auch vermerkte die Mutter, dass sie den Vater in alle wichtigen Entscheidungen mit einbeziehe und ihn stets informiere, wenn etwas vorliege (KESB act. 13). Dies bestätigt sie wiederum in ihrer Beschwerdeantwort und meint, die gemeinsame elterliche Sorge werde in der Regel dann beantragt, wenn sich der Elternteil nicht wahrgenommen, nicht gehört, aus dem Leben des Kindes ausgeschlossen fühle, was hier kaum der Fall sei, im Gegenteil (act. 10 S. 2 oben). Wie und worüber die Mutter informiert und wie die Reaktionen des Vaters ausfallen, bleibt allerdings offen. Im Widerspruch dazu steht dann allerdings die Darstellung der Mutter, der Vater sei unkooperativ (BR act. 5 S. 3 [KESB act. 26]), sabotiere Anordnungen oder verlege sich darauf, passiv Widerstand zu leisten (BR act. 10).

Anhand der Ausführungen der Eltern haben sie mehrere Jahre als Familie zusammengelebt und sich getrennt, als C.\_\_\_\_\_ 10jährig war. Wie Erziehungsfragen während der Dauer des Zusammenlebens geregelt wurden, ist unbekannt. Zwar liesse sich vermutungsweise annehmen, dass die Erziehungsstile der beiden Eltern sich unterschieden haben und nach wie vor unterschiedlich sind, was wegen der Verschiedenartigkeit von Eltern wohl eher die Regel als die Ausnahme darstellt und für sich nicht negativ zu würdigen ist. Die KESB Uster wird in ihrem neu zu fällenden Entscheid alle diese Aspekte zu klären und zu würdigen haben. Desgleichen wird sie die Auffassung der Mutter, sie sei besser geeignet, C.\_\_\_\_\_ betreffende Massnahmen entscheiden und durchsetzen zu können als der Vater, auch wenn sie beide bezüglich tiefgreifender Entscheidungen im Grund gleicher

Meinung seien, und ihre in den Raum gestellte "Drohung", gegebenenfalls auf ihr eigenes Sorgerecht zu verzichten, falls sich die Umsetzung des gemeinsamen Sorgerechtes als aus ihrer Sicht unmöglich erweisen sollte (vgl. KESB act. 17), unter dem Gesichtspunkt der Kooperationswilligkeit und -fähigkeit zu prüfen haben wie auch den offenkundigen Umstand, dass die Mutter für ihre Ansichten Meinungen sammelte (vgl. KESB act. 19), der KESB Uster gegenüber unverhohlen die Hoffnung ausdrückte, diese möge eine rechtliche Begründung für die Belassung des alleinigen Sorgerechtes bei ihr als Mutter finden (vgl. KESB act. 17) und auch in ihrer Beschwerdeantwort wiederholt auf die Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts und der gestörten Kommunikation zwischen ihr und dem Beschwerdeführer hinweist, was auch von allen Fachleuten bestätigt werde (vgl. act. 10 S. 4).

3.6. Zusammengefasst sind damit die Entscheide des Bezirksrates Uster vom 27. Oktober 2015 und der KESB Uster vom 1. April 2015 aufzuheben. Die Akten sind der KESB Uster im Sinne der Erwägungen zwecks Klärung des Sachverhaltes unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien und Fällung eines neuen Entscheides zu überweisen.

4. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des bezirksrätlichen Verfahrens dem Bezirksrat Uster zu belassen. Die KESB Uster wird für ihr Verfahren in ihrem neuen Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden haben. Da sich die Beschwerdegegnerin mit den vorinstanzlichen Entscheiden ausdrücklich identifiziert und sie im Verfahren vor der Kammer unterliegt, sind ihr diese Kosten aufzuerlegen. Sodann hat sie dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor der Kammer eine Parteientschädigung zu bezahlen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Es werden das Urteil des Bezirksrates Uster vom 27. Oktober 2015 und der Entscheid der KESB Uster vom 1. April 2015 aufgehoben. Die Akten werden

im Sinne der Erwägungen der KESB Uster zur Klärung des Sachverhaltes und neuem Entscheid überwiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor der Kammer eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage einer Kopie von act. 10 und act. 11/1-5, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Uster, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: