

# ZH\_OBERGERICHT LY190023 vom 11. Dezember 2019

ZH Obergericht, 2019-12-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY190023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190023)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY190023 du 11 décembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LY190023 del 11 dicembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Juni 2011. Sie haben die gemeinsamen Kin- der C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008 (Urk. 5/8/1 und Urk. 5/8/15). Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 25. September 2017 wurden die Parteien geschieden und die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen sowie unter die alternierende Obhut gestellt. Im Weiteren wurde die zwischen den Par- teien geschlossene Konvention genehmigt (Urk. 5/8/55 S. 2 ff.). Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) hat erneut geheiratet und lebt mit ihrem Ehe- mann zusammen. Aus dieser Ehe ist ein weiteres Kind, G.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.2018), hervorgegangen (vgl. Prot. I S. 23).

#### E. 1.1

Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Un- ter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen.

#### E. 1.2

Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren Kinderbelange. In (nicht vermögensrechtlichen) Kinderbelangen (Obhut, Besuchsrecht, Wohnsitz) sind die Kosten praxisgemäss den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn sie gute Gründe für ihre Rechtsstandpunkte hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Davon ist vorliegend auszugehen. Entsprechend sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die gegen- seitigen Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wettzuschlagen. 2. Unentgeltliche Rechtspflege

#### E. 1.3

Was die Besonderheiten des summarischen Verfahrens sowie die vorlie- gend anwendbaren Prozessmaximen anbelangt, kann auf die zutreffenden Erwä- gungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. III.). 2. Vorsorgliche Abänderung der Obhutszuteilung

### E. 2

Mit Eingabe vom 12. Oktober 2018 machte die Klägerin eine Klage auf Ab- änderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 25. September 2017 anhängig (Urk. 5/1). Gleichzeitig stellte sie den Antrag um vorsorgliche Auf- hebung der mit diesem Urteil angeordneten hälftigen Betreuung der beiden Kinder (Urk. 5/1 S. 2). An der Verhandlung vom 24. Januar 2019 stellte der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) seinerseits vorsorgliche Massnahmeanträge (Urk. 5/25 S. 1 f.). Am 30. Januar 2019 fand

eine Anhörung der beiden gemeinsamen Kinder statt (Prot. I S. 33 ff.). Der gemeinsame Sohn C. \_\_\_\_\_ liess dem Gericht am 5. April 2019 einen handgeschriebenen Brief zukommen (Urk. 5/49). Im Übrigen kann betreffend den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 E. I.). Am 30. April 2019 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 51 = Urk. 2).

- 5 -

### **E. 2.1**

Beide Parteien beantragten für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 9 S. 2 und Urk. 26 S. 2).

### **E. 2.2**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos

- 14 - erscheint (Art. 117 ZPO). Ausserdem kann ihr eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt werden, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint, insbesondere wenn auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

### **E. 2.3**

In Bezug auf den Beklagten ist mit Blick auf seine dargelegten Einkommens- und Vermögensverhältnisse von einer offenkundigen Mittellosigkeit auszugehen (siehe Urk. 27/5-6). Sein Prozessstandpunkt kann nach den vorstehenden Erwägungen sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden und er war als nicht rechtskundige Partei im vorliegenden Verfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Entsprechend ist ihm für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

### **E. 2.4**

Auch die Klägerin ist – selbst unter Anpassung einzelner Bedarfspositionen – als mittellos im Sinne des Gesetzes anzusehen (siehe hierzu Urk. 9 S. 4 ff.; Urk. 11/1-8). Nachdem nicht von vornherein gesagt werden konnte, dass die Gewinnaussichten der Klägerin beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren, und die Klägerin ausserdem auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Interessen angewiesen war, ist auch ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Zu prüfen ist jedoch, auf welchem Zeitpunkt hin der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Grundsätzlich wird die unentgeltliche Rechtspflege ab dem Zeitpunkt bewilligt, in welchem das Gesuch gestellt worden ist. Dabei können Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit einer gleichzeitig eingereichten Rechtsschrift entstanden sind, berücksichtigt werden (vgl. BGE 122 I 203 E. 2c; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 118 N 25). Nur in Ausnahmefällen kann die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend erteilt werden (Art. 119 Abs. 4 ZPO), wobei von dieser Möglichkeit nur äusserst restriktiv Gebrauch zu machen ist (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 12). Dies ist namentlich der Fall bei zeitlicher Dringlichkeit oder dann, wenn die nicht anwaltlich vertretene gesuchstellende Person ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht kannte, weil sie seitens des Gerichts über ihren

- 15 - Anspruch nicht aufgeklärt wurde (BGE 122 I 203 E. 2d ff.; BSK ZPO-Rüegg, Art. 118 N 5 und Art. 119 N 5; ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 4). Die Klägerin ersuchte vorliegend mit Eingabe vom 21. Juni 2019 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das gesamte Berufungsverfahren und damit rückwirkend per Einreichung der Berufung am 20. Mai 2019 (Urk. 9 S. 2, Urk. 1B S. 1). Die anwaltlich vertretene Klägerin führt jedoch nicht aus, weshalb ihr die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend zu bewilligen wäre. Nachdem dies auch nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, ist der Klägerin damit im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege erst ab dem 21. Juni 2019 zu bewilligen und es ist ihr Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ erst ab diesem Zeitpunkt als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 30. April 2019 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Der Klägerin wird im Berufungsverfahren mit Wirkung per 21. Juni 2019 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

### **E. 2.5**

Schliesslich moniert die Klägerin, die Vorinstanz habe C. \_\_\_\_\_s Willen nicht berücksichtigt. C. \_\_\_\_\_ habe an der Kinderanhörung (mit Verweis auf Prot. I S. 34 ff.) sowie auch nach dem Vorfall vom 1. April 2019 ausdrücklich mitgeteilt, dass er bei der Klägerin wohnen und den Beklagten nur besuchen möchte (Urk. 1B Ziff. II./1.3. f.). Diesbezüglich ist nochmals daran zu erinnern, dass eine vorsorgliche Obhutsumteilung im Rahmen eines Verfahrens auf Abänderung des Scheidungsurteils nur in Betracht kommt, wenn das Kindeswohl dies dringend gebietet. Aus der blossen Willensäusserung, bei der Klägerin wohnen zu wollen, geht nicht hervor, worauf der angebliche Wunsch gründet. Aus ihr kann daher nicht abgeleitet werden, dass das Wohl von C. \_\_\_\_\_ beim Beklagten unmittelbar gefährdet ist. Abgesehen davon führte C. \_\_\_\_\_ (wie auch D. \_\_\_\_\_) an der Kinderanhörung aus, dass die momentane Betreuung zwar anstrengend sei, aber bisher gut funktioniert habe. Es sei zu keinen Vorfällen gekommen (Prot. I S. 36). Die Klägerin macht geltend, dass es den Kindern schwer falle, Dritten von Vorkommnissen bei einem Elternteil zu erzählen bzw. dass es schwierig sei, Kindern diesbezüglich Informationen zu entlocken. Dies habe die Kinderanhörung gezeigt, an welcher die Kinder

- 12 - keine Vorfälle genannt hätten (Urk. 1B Ziff. II./1.4.). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich beide Kinder an der Anhörung durchaus offen zur aktuellen Situation äusserten. Insbesondere C. \_\_\_\_\_ wies darauf hin, dass es beim Beklagten langweiliger, er abends – wenn es dunkel sei – meistens am Handy und der Fernseher beim Beklagten defekt sei. Auch konnte er offen äussern, dass er sich wohler und "sauberer" bei der Klägerin fühle und nicht sagen könne, was der Beklagte verbessern könnte (Prot. I S. 35 ff.). Es ist daher nicht einsichtig, weshalb sowohl C. \_\_\_\_\_ als auch D. \_\_\_\_\_ schwerwiegende und sie belastende (weitere) Vorkommnisse hätten verschweigen bzw. diesbezüglich sogar nicht wahrheitsgemäss aussagen sollen.

### **E. 2.6**

Nachdem die Klägerin keine unmittelbare Gefährdung des Kindeswohls glaubhaft zu machen vermochte und sich auch den Akten keine objektiven Anhaltspunkte entnehmen

lassen, die eine sofortige Obhutsumteilung dringlich erscheinen liessen, ist der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der beantragten vorsorglichen Abänderung der Obhutsumteilung nicht zu beanstanden und damit zu bestätigen. Wie die Obhut langfristig – allenfalls nach Durchführung einer erneuten Kindsanhörung – zuzuteilen sein wird, wird im Hauptverfahren zu prüfen sein, wobei der geäußerte Wunsch des Kindes nur eines von mehreren Kriterien darstellt.

### **E. 2.7**

Unter diesen Umständen besteht auch keine Veranlassung, den persönlichen Verkehr zwischen dem Beklagten und den Kindern zu regeln (siehe hierzu Urk. 1B Ziff. II./3.).  
3. Wohnsitz der Kinder

### **E. 3**

Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 20. Mai 2019 Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1B S. 2). Nachdem fraglich erschien, ob die Berufung rechtzeitig erhoben worden war, wurde der Klägerin mit Beschluss vom 4. Juni 2019 hierfür der Hauptbeweis auferlegt. Gleichzeitig wurden die Zeugeneinvernahmen von H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ beschlossen. Überdies wurde die Klägerin zur Leistung eines Vorschusses für die Beweiserhebung von Fr. 500.– sowie für die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'000.– verpflichtet (Urk. 8). Mit Eingabe vom 21. Juni 2019 stellte die Klägerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 9). Der einverlangte Kostenvorschuss für die Beweiserhebung von Fr. 500.– ging am 26. Juni 2019 ein (Urk. 12). Mit Verfügung vom 2. Juli 2019 wurde die Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten einstweilen abgenommen (Urk. 13 Disp. Ziff. 1). Am 15. August 2019 ersuchte die Vorinstanz darum, bei der Zeugeneinvernahme betreffend Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung auch Fragen betreffend die fristgerechte Einreichung der Klagebegründung im (vorinstanzlichen) Hauptverfahren zu stellen und das Protokoll hernach in Kopie der Vorinstanz zuzustellen (Urk. 18; siehe auch Urk. 17). Die Beweisverhandlung fand am 20. August 2019 statt (Urk. 16; Urk. 19-20; Prot. II S. 5 f.). Unterm 23. August 2019 wurde den Parteien sowie der Vorinstanz eine Kopie der Protokolle der Zeugeneinvernahmen zugestellt (Urk. 24/1-3). Mit Beschluss vom 4. September 2019 wurde vorgemerkt, dass die Berufung der Klägerin rechtzeitig erhoben worden war (Urk. 25 Disp. Ziff. 1). Die Kosten der Beweiserhebung von insgesamt Fr. 590.– wurden der Rechtsvertreterin der Klägerin auferlegt (Urk. 25 Disp. Ziff. 3). Die Berufungsantwort des Beklagten datiert vom 19. September 2019 (Urk. 26; siehe auch Urk. 25 Disp. Ziff. 4). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 30. September 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 29). Diese liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

### **E. 3.1**

Die Klägerin beantragt, der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ sei bis 31. Juli 2019 an ihrem [d.h. der Klägerin] bisherigen Wohnsitz in E. \_\_\_\_\_ zu belassen und nicht – wie die Vorinstanz es angeordnet habe – am Wohnsitz des Beklagten (siehe Ziffer 2 der Berufungsanträge; Urk. 2 Disp. Ziff. 3).

### **E. 3.2**

Der 31. Juli 2019 ist im heutigen Zeitpunkt bereits verstrichen. Überdies gehen die Kinder unbestrittenermassen bereits in F. \_\_\_\_\_ zur Schule. Das Rechts-

- 13 - mittelverfahren gegen Dispositivziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 30. April 2019 ist daher gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben (Art. 242 ZPO; vgl. BK ZPO-Killias, Art. 242 N 1 und N 4; ZK ZPO- Leumann Liebster, Art. 242 N 3).

#### **E. 4**

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 6**

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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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.

- 17 - Zürich, 11. Dezember 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: sn

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