

# ZH\_OBERGERICHT LY210001 vom 16. Februar 2022

ZH Obergericht, 2022-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY210001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY210001)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY210001 du 16 février 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LY210001 del 16 febbraio 2022

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 2016 miteinander verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn namens C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2017. Am

- 6 - 9. Oktober 2018 leitete der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) ein Eheschutzverfahren ein. Im Rahmen dieses Verfahrens schlossen die Parteien eine Trennungsvereinbarung ab. Darin beantragten sie, dass C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) zu stellen sei, ver- ständigten sich hinsichtlich des Besuchsrechts des Klägers und vereinbarten ein Kontaktverbot des Klägers gegenüber der Beklagten, wobei Ausnahmen vorge- sehen wurden (Urk. 6/6/32). Diese Vereinbarung wurde mit Urteil vom 23. Januar 2019 in Bezug auf die Kinderbelange genehmigt. Im Übrigen wurde von der Ver- einbarung Vormerk genommen (siehe Urk. 6/6/33).

### E. 2

Am 9. Oktober 2020 reichte der Kläger vor Vorinstanz die Scheidungsklage ein (Urk. 9/1). Sowohl er als auch die Beklagte ersuchten um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/1 S. 3 und Urk. 6/19 S. 2 f.; Anträge eingangs wiedergege- ben). Das von der Beklagten gleichzeitig gestellte Gesuch um Erlass superprovi- sorischer Massnahmen wurde mit Verfügung vom 26. November 2020 abgewie- sen (Urk. 6/24). Bezüglich des weiteren Verlaufs des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwie- sen werden (vgl. Urk. 2 Erw. I.). Am 22. Dezember 2020 entschied die Vorinstanz über die Massnahmebegehren der Parteien (Urk. 2, Dispositiv eingangs wieder- gegeben).

### E. 3

Hiergegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 4. Januar 2021 rechtzeitig Berufung (Urk. 1, Anträge vorstehend angeführt) und reichte am 5. Januar 2021 eine der Berufung versehentlich nicht beigefügte Beilage nach (Urk. 4 und Urk. 5/2). Auf ihr Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 7. Januar 2021 nicht eingetreten (Urk. 7). Am 7. Januar 2021, 18. Januar 2021 und 4. Februar 2021 folgten weitere (Noven-)Eingaben der Beklag- ten (Urk. 8-13). Die Berufungsantwort datiert vom 19. Februar 2021 (Urk. 14 und 15). Mit Beschluss vom 12. März 2021 wurde das von der Beklagten gestellte Ge- such um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bewilligt, dasjenige des Klägers wurde hingegen abgewiesen (Urk. 18 Disp. Ziff. 2 und 3). Am 8. April 2021 liess die Beklagte eine weitere (Noven-)Eingabe einreichen (Urk. 19), zu welcher der Kläger am 14. April 2021 Stellung nahm (Urk. 23). Mit Eingabe vom

- 7 - 19. April 2021 sowie vom 6. Mai 2021 reichte die Beklagte innert jeweils einmal erstreckter Frist Übersetzungen zu den von ihr als Beilage eingereichten, in serbi- scher

Sprache abgefassten E-Mails ein (Urk. 18, 19, 22, 25-32). Am 21. Mai 2021 teilte die Vorinstanz mit, dass für C.\_\_\_\_\_ mittlerweile ein Kindsvertreter eingesetzt worden sei (Urk. 34). Am 26. Mai 2021, am 3. Juni 2021 sowie am 14. Juni 2021 liessen sich die Parteien erneut vernehmen (Kläger: Urk. 35; Beklagte: Urk. 38 und Urk. 42). Nachdem der (damalige) Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_, das Gericht am 12. Juni 2021 über seine Mandatsniederlegung orientiert hatte (Urk. 45-46A), zeigte am 17. Juni 2021 Rechtsanwältin lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_ ihre Mandatierung als Rechtsvertreterin des Klägers an (Urk. 47). Das Rubrum wurde entsprechend angepasst. Gleichzeitig wurde das gemeinsame Kind C.\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_, als Verfahrensbeteiligter im Rubrum aufgenommen (Urk. 49). Am 19. Juli 2021 wurde dem Kindsvertreter Frist angesetzt, um zu den bisherigen Eingaben der Parteien Stellung zu nehmen (Urk. 50). Die Sendung wurde indes mit dem Vermerk "nicht abgeholt" am 6. August 2021 retourniert (Urk. 51). Nach erfolgter Akteneinsicht liess sich der Kindsvertreter am 31. August 2021 (unaufgefordert) vernehmen (Urk. 52). Die Beklagte nahm dazu am 24. September 2021 Stellung (Urk. 54). Am 10. September 2021 entschied die Vorinstanz im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen (erneut) über das Besuchsrecht des Klägers und errichtete eine Besuchsbeistandschaft für C.\_\_\_\_\_ (Urk. 6/158; s.a. Urk. 54 Rz. 11). Mit Verfügung vom 5. November 2021 wurde den Parteien daher Gelegenheit gegeben, um sich zur Frage einer allfälligen Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens sowie zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern (Urk. 58). Der Kindsvertreter nahm hierzu am 10. November 2021 Stellung, wobei er zusätzlich seine Honorarnote ins Recht legte (Urk. 59 und Urk. 60). Die Stellungnahme des Klägers erfolgte am 15. November 2021 (Urk. 61), diejenige der Beklagten innert einmal erstreckter Frist am 6. Dezember 2021 (Urk. 62-65). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

### **E. 3.1**

Die Parteien stimmen überein, dass das Berufungsverfahren hinsichtlich der verlangten Abänderung des Ferien- und Besuchsrechts des Klägers gemäss Eheschutzentscheid vom 23. Januar 2019 sowie der Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft mit Erlass des vorinstanzlichen Entscheids vom 10. September 2021 gegenstandslos geworden ist. Dem ist beizupflichten, zumal sich eine entsprechende Regelung für eine bereits vergangene Zeitperiode als obsolet erweist. Somit ist die Berufung, soweit sie sich gegen die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des angefochtenen Entscheids richtet, in Anwendung von Art. 242 ZPO als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

### **E. 3.2**

In Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids drohte die Vorinstanz der Beklagten ein Vorgehen nach Art. 292 StGB an, sollte sie C.\_\_\_\_\_ vom 25. bis 27. Dezember 2020 und vom 1. bis 3. Januar 2021 dem Kläger für Besuche nicht herausgeben. Sie begründete dies damit, dass die Beklagte C.\_\_\_\_\_ seit Mitte November 2020 nicht mehr für Besuchswochenenden herausgegeben habe (Urk. 2 Disp. Ziff. 3 i.V.m. Urk. 2 E. II./3.3. S. 36 f.).

### **E. 3.3**

Die angeordneten Besuche an Weihnachten und Neujahr 2020/2021 haben nicht stattgefunden (vgl. Urk. 1 S. 16). Gestützt auf das von der Beklagten eingereichte Schreiben der Kantonspolizei Zürich vom 10. September 2021 erscheint es überdies glaubhaft, dass der Kläger deswegen Strafantrag wegen Ungehorsams gegen eine amtliche

Verfügung erstattet hat (vgl. Urk. 64 Rz. 6; Urk. 65/1) und eine Untersuchungen im Gange ist. Vor diesem Hintergrund ist ein schutz- würdiges Interesse der Beklagten an der Beurteilung ihres Berufungsantrags auf (ersatzlose) Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung zu bejahen.

- 10 -

#### **E. 3.4**

Das Gericht, das die vorsorgliche Massnahme anordnet, trifft auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen (Art. 267 ZPO). Betreuungsregelungen sind einer Zwangsvollstreckung grundsätzlich zugänglich. Vorliegend dreht sich der Streit um eine indirekte Zwangsvollstreckung durch Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB, wie in Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO als Vollstreckungsmassnahme ausdrücklich vorgesehen. Die Strafandrohung als Vollstreckungsmassnahme steht dann zur Diskussion, wenn der andere Elternteil sich der Ausübung des Betreuungrechts in grundsätzlicher Weise widersetzt (BGer 5A\_167/2017 vom 11. September 2017, E. 6.1). Gemäss Eheschutzurteil vom 23. Januar 2019 war der Kläger – solange er in Serbien wohnt – berechtigt, C.\_\_\_\_\_ bis zu seinem 3. Lebensjahr an zwei aufeinanderfolgenden Wochenenden pro Monat am Samstag und Sonntag, jeweils von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr, sowie danach an jedem zweiten Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr zu betreuen (vgl. Urk. 6/6/33 S. 3 Ziff. 3.2.c). Am Wochenende vom 14./15. November 2020 betreute der Kläger C.\_\_\_\_\_ das erste Mal über Nacht. Die Frage, ob diese erste Übernachtung gut verlaufen ist, ist unter den Parteien umstritten (Urk. 6/28 Rz. 8; Urk. 6/18/18 S. 2; Urk. 6/30 Rz. 12 f. und Rz. 21). Am 20. November 2020 liess die Beklagte dem (damaligen) Rechtsvertreter des Klägers sodann mitteilen, dass sich der Kläger anlässlich des Besuchs vom 14./15. November 2020 "grob fehlerhaft" und "nicht kindgerecht" verhalten habe und "ab sofort keine Kinderbesuche stattfinden" würden (Urk. 6/20/2). Der darauffolgende Besuchstag vom 21./22. November 2020 fand – wie die Beklagte selbst festhält – nicht statt (s.a. Urk. 6/30 i.V.m. Prot. I S. 7). Aufgrund dieser Umstände könnte durchaus auf eine grundsätzliche Weigerungshaltung der Beklagten geschlossen werden. Allerdings geht aus den Akten nicht hervor, dass sich die Beklagte dem Besuchsrecht vor dem Besuchswochenende vom 14./15. November 2020 in grundsätzlicher Weise widersetzt hat (vgl. hierzu Urk. 6/28 Rz. 6; Prot. I S. 7, 14, 42, 46, wobei die Parteien die Besuchstage und -zeiten offenbar jeweils kurzfristig abgesprochen haben). Ausserdem hat die Beklagte nach dem strittigen Besuchswochenende und dem Schreiben vom 20. November 2020 zeitnah bei der Vorinstanz (vorsorglich) um Sistierung des Besuchsrechts des Klägers ersucht (siehe Urk. 6/19). Dass die Beklagte vor

- 11 - Durchführung der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom

#### **E. 4**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-185).

- 8 - II. 1. Die Beklagte verlangt in ihrer Berufungsschrift vom 4. Januar 2021 die einstweilige Sistierung des (im Entscheidungszeitpunkt bestehenden) Besuchs- und Ferienrechts des Klägers, eventualiter die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts. Zudem ersucht sie um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 10. September 2021 ordnete die Vorinstanz vorsorglich für C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB an, räumte

dem Kläger ein zunächst begleitetes Besuchsrecht und hernach – sofern die Besuche nach Einschätzung der Beistandsperson gut funktionierten – ein Besuchsrecht mit begleitetem Über- gaben (unter Festsetzung weiterer Modalitäten) ein (vgl. Urk. 6/158 Disp. Ziff. 4- 6). 2. Der Kläger sowie auch der Kindsvertreter sind der Ansicht, dass das vorlie- gende Verfahren angesichts des Entscheids der Vorinstanz vom 10. September 2021 gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben sei (vgl. Urk. 59 und Urk. 61). Die Beklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass das Verfahren nicht vollumfänglich gegenstandslos geworden sei. Da der Kläger Strafantrag wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB gestellt habe und das Verfahren derzeit vor dem Statthalteramt Dietikon pendent sei, habe die Beklagte ein rechtserhebliches Interesse daran, dass die in Dispositiv-Ziffer 3 des ange- fochtenen Entscheids angeordnete Strafandrohung aufgehoben werde. Voraus- setzung für die Verpflichtung zur Herausgabe des Kindes unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB sei, dass sich der verpflichtete Elternteil der Ausübung des Besuchsrechts grundsätzlich widersetze (mit Verweis auf BGer 5A\_167/2017 vom 11. September 2017, E. 6.1.). Dies sei vorliegend nicht gegeben. Nach den Er- eignissen vom Besuchswochenende vom 14./15. November 2020 habe die Be- klagte C.\_\_\_\_\_ am folgenden Besuchswochenende zwar nicht auf Besuch gege- ben. Im Zeitpunkt der Massnahmeverhandlung vom 8. Dezember 2020 habe das Besuchsrecht damit aber lediglich ein einziges Mal nicht ausgeübt werden kön- nen. Den danach folgenden Kontaktabbruch zwischen dem Kläger und C.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte nicht zu verantworten. Sie habe C.\_\_\_\_\_ einzig aus Angst vor

- 9 - dem Kläger nicht auf Besuch gegeben (vgl. die weiteren Ausführungen hierzu in Urk. 64 Rz. 3 f.). Folglich habe die Beklagte nicht mutwillig gehandelt. Die Vo- raussetzung für eine Verpflichtung zur Herausgabe der Kindes unter Strafandro- hung, d.h. ein mutwilliges Vorenthalten des Kindes, sei damit nicht erfüllt, weshalb Dispositiv-Ziffer 3 ersatzlos aufzuheben sei (Urk. 64 Rz. 1-9). 3.

## **E. 8**

Dezember 2020 C.\_\_\_\_\_ nicht mehr für die Besuchsrechtsausübung heraus- gegeben hat, erscheint angesichts ihres dazumal noch pendenten Massnahme- gesuchs um Sistierung des Besuchsrechts des Klägers nachvollziehbar. Vor die- sem Hintergrund war im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids nicht davon auszugehen, dass sich die Beklagte der Besuchsrechtsausübung in grundsätzli- cher Weise widersetzt und gerichtlichen Anordnungen künftig keine Folge leisten wird. Damit erweist sich die in Dispositiv-Ziffer 3 angeordnete Vollstreckungs- massnahme als unverhältnismässig und ist ersatzlos aufzuheben. 4. Nach dem Ausgeführten ist die Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfü- gung ersatzlos aufzuheben. Im Übrigen ist das Berufungsverfahren infolge Ge- genstandslosigkeit abzuschreiben. III. 1. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 der Gebüh- renverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Ent- scheidgebühr von Fr. 3'000.–. 2. Die Entschädigung für die Vertretung des Kindes gehört zu den Gerichtskos- ten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Die Bemessung der Entschädigung ist bundes- rechtlich nicht geregelt. Vielmehr setzen die Kantone die Tarife fest (Art. 96 ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung für die anwaltliche Kin- desvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (§ 1 Anw- GebV). Der Kindsvertreter reicht eine Honorarnote ein, in welcher er seine Ent- schädigung auf Fr. 1'533.65 (mit effektiven Spesen) bzw. auf Fr.1'512.15 (mit

Pauschalspesen von 2 %) beziffert (vgl. Urk. 60). In Nachachtung von § 23 Abs. 2 AnwGebV ist vom Betrag von Fr. 1'533.65 auszugehen. Dieser Betrag erscheint angesichts des notwendigen Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falls als angemessen und ist mit Blick auf das noch ausstehende Studium dieses Entscheidings auf Fr. 1'700.– (inkl. MwSt.) festzusetzen. Da es sich um Gerichtskosten

- 12 - handelt, ist der Kindsvertreter direkt aus der Gerichtskasse zu entschädigen (BK ZPO-Sterchi, Art. 95 N 10c). 3. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren Kinderbelange. In nicht vermögensrechtlichen Kinderbelangen – wie vorliegend – sind die Kosten praxisgemäss den Parteien jeweils 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. Zudem kann weder der Beklagten noch dem Kläger zum Vorwurf gemacht werden, die Gegenstandslosigkeit vorliegend verursacht zu haben. Dass sich das vorliegende Berufungsverfahren derart lange hingezogen hat, kann – entgegen der Ansicht des Klägers (vgl. Urk. 61 S. 1 f.) – nicht allein der Beklagten angelastet werden. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren von Fr. 4'700.– (Fr. 3'000.– + Fr. 1'700.–) den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die gegenseitigen Parteientschädigungen wettzuschlagen. Der auf die Beklagte entfallende Anteil ist aufgrund der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Urk. 18 Disp. Ziff. 2) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Der Kindsvertreter ersucht in seiner Eingabe vom 10. November 2021 darum, dass den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde (Urk. 59 S. 2). Über die diesbezüglichen Gesuche der Parteien wurde jedoch bereits mit Beschluss vom 12. März 2021 entschieden (vgl. Urk. 18 Disp. Ziff. 2 und 3), womit nicht weiter darauf einzugehen ist. Soweit der Kindsvertreter (eventualiter) schliesslich darum ersucht, C.\_\_\_\_\_ sei für das Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (vgl. Urk. 59 S. 1), ist er darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Kosten des Kindsvertreters – wie erwähnt – um Gerichtskosten handelt und er daher (vorab) aus der Gerichtskasse entschädigt wird. Es wird beschlossen:

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