

ZH_OBERGERICHT LY230029 vom 28. August 2023

ZH Obergericht, 2023-08-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY230029

FR: ZH_OBERGERICHT LY230029 du 28 août 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LY230029 del 28 agosto 2023

Erwägungen

E. 2

Das Gesuch des Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege wird vollumfänglich abgewiesen.

E. 2.2

Vorliegend ist die Berufungsantwort am 18. August 2023, mithin am letzten Tag des vom Berufungsbeklagten beantragten Ferienbesuchsrechts, bei der Kammer eingetroffen (vgl. act. 7). Mittlerweile sind die Schulsommerferien 2023 beendet. Damit ist das Rechtsschutzinteresse am vorliegenden Verfahren zufolge Zeitablaufs definitiv weggefallen. Das Verfahren ist i.S.v. Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben. 3.1. Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Da

- 6 - es vorliegend einzig um die Regelung der Sommerferien 2023 geht, liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen und beträgt in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung von § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr auf Fr. 600.– festzusetzen. 3.2. Die Kosten des Verfahrens sind, wenn es um Kinderbelange geht gemäss obergerichtlicher Praxis grundsätzlich – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 [1985] Nr. 41). Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass sich der anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte zu einem Zeitpunkt mit dem vorinstanzlichen Entscheidung identifiziert, als die Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens bereits evident war. Auch wenn der Berufungsbeklagte ein berechtigtes Interesse an der Regelung des Ferienbesuchsrechts mit seinen Kindern hatte, lagen bei Einreichung der Berufungsantwort am 18. August 2023 (mithin am letzten Tag seines beantragten Besuchsrechts) keine guten Gründe für den Antrag auf Abweisung der Berufung (mehr) vor. Es rechtfertigt sich daher, ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzulegen (vgl. zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hernach E. 4.1). Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn die Prozesskosten unter Berücksichtigung des mutmasslichen Prozessausgangs verteilt würden: 3.3.1. Der Berufungsbeklagte stellte vor Vorinstanz ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen und verlangte, es sei ohne Anhörung der Gegenpartei anzuordnen, dass die drei Kinder vom 2. bis 18. August 2023 Ferien mit ihm verbringen sollten (act. 17). Er begründete sein Gesuch damit, dass die Kinder Ferien mit dem Vater wünschten und sich auf ihre alten Freunde, Schulkameraden, den Hund und die Grosseltern in Deutschland freuten. Er habe die Kinder seit dem Wegzug nur zwei Mal gesehen. Nicht miteinander verbrachte Ferien

würden sich nicht nachholen lassen. Es bestehe besondere zeitliche Dringlichkeit, da der

- 7 - Ferienanspruch in Bezug auf die Sommerferien 2023 bei einem Zuwarten bis zum Entscheid in der Hauptsache definitiv und vollständig vereitelt würde. Die Anordnung sei ausserdem verhältnismässig, da die verlangte hälftige Aufteilung der Sommerschulferien dem Antrag Ziff. 1 des Massnahmebegehrens der Berufungsklägerin entspreche (act. 4/17 Rz. 5 ff.). 3.3.2. Die Vorinstanz erwog, aus dem Massnahmebegehren der Berufungsklägerin vom 22. April 2023 gehe hervor, dass sie die hälftige Aufteilung der Schulferienbetreuung für die drei Kinder beantrage, ohne daran weitere Bedingungen zu knüpfen, weshalb insoweit übereinstimmende Anträge über die Aufteilung der Sommerferien vorlägen. Damit erübrige sich die Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme. Das Wohl der Kinder sei durch einen unbegleiteten Ferienumgang mit dem Berufungsbeklagten in Deutschland nicht gefährdet, weshalb es sich rechtfertige, die diesjährige Sommerferienbetreuung als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (act. 3/1). 3.3.3. Die Berufungsklägerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Vorinstanz habe ohne Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme – also willkürlich – entschieden. Es lägen keine übereinstimmenden Anträge vor. Richtig sei, dass die Aufteilung der Sommerferien zur gerichtlichen Beurteilung gestellt worden sei, aber lediglich in abstrakter Form. Die Aufteilung der konkreten Ferientage habe sie nicht zur Disposition des Gerichts gestellt. Die Parteien sollten sich antragsgemäss sechs Monate im Voraus darauf einigen, wer die erste und die zweite Hälfte der Schulferien übernehme. Die Ferientage seien im Übrigen bereits belegt und stünden nicht mehr zur Disposition (act. 2 S. 3 f.). 3.3.4. Der Berufungsbeklagte macht zusammengefasst geltend, falls die Vorinstanz die Voraussetzungen einer superprovisorischen Massnahme nicht ausreichend geprüft habe, dürfe sich dies nicht zu seinem Nachteil auswirken. Ausserdem sei konkret die hälftige Aufteilung der Schulferien von der Berufungsklägerin beantragt worden. Es sei klar, dass die "Vorlaufzeit" von sechs Monaten im Hinblick auf eine künftige gerichtliche Regelung gelten solle. Davon könne im laufenden Verfahren selbstverständlich abgewichen werden. Er habe Anspruch auf per-

- 8 - sönlichen Verkehr mit den Kindern. Wenn die Berufungsklägerin argumentiere, auch die zweite Ferienhälfte sei bereits belegt, zeige dies klar auf, dass sie planmässig sein Besuchsrecht vereitelt (act. 7 Rz. 9 ff.). 3.3.5. Der Berufungsbeklagte hat vor Vorinstanz ein Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen gestellt. Gegen eine superprovisorische Anordnung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung (BGE 137 III 417, E. 1.2-1.4, BGE 140 III 289 E. 2, BGE 5A_84/2018 vom 8. November 2018, E. 4). Angefochten werden kann grundsätzlich erst der Entscheid über die nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten ergangene vorsorgliche Massnahme, mit der die superprovisorische Massnahme bestätigt, geändert, aufgehoben oder ersetzt wird (BGE 140 III 289 E. 2). Die Vorinstanz hat indes explizit festgehalten, die Voraussetzungen einer superprovisorischen Massnahme nicht zu prüfen und gestützt auf die (vermeintlich) übereinstimmenden Anträge der Parteien, die Anordnung als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (vgl. act. 3/1). Sie hat der Berufungsklägerin daher weder Frist zur Stellungnahme angesetzt, noch die Parteien zu einer Verhandlung vorgeladen, wie Art. 268 Abs. 2 ZPO dies vorsieht. Die Berufungsklägerin moniert das Vorgehen der Vorinstanz zu Recht als willkürlich. Ein Antrag auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen kann zwar ohne Anhörung der Gegenpartei direkt als vorsorgliche Massnahme abgewiesen

(vgl. Art. 253 ZPO), nicht aber gut- geheissen werden. Letzteres stellt eine schwerwiegende Verletzung des rechtli- chen Gehörs dar. Die Vorinstanz verweist in ihrer Verfügung auf Art. 276 ZPO. Im Rahmen eherechtlicher Verfahren ist das Gericht bei der Anordnung vorsorglicher Mass- nahmen gar zur Durchführung einer Verhandlung verpflichtet (BGer 4A_451/2020 vom 12.11.2020, E. 5.1). Selbst wenn auf die Durchführung einer solchen aus- nahmsweise verzichtet werden könnte (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO), setzte dies Eingaben beider Parteien voraus, aufgrund dessen der Sach- verhalt klar oder unbestritten ist. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Vorinstanz verweist zur Begründung ihres Entscheids auf das Massnahmebegehren der Be- rufungsklägerin vom 24. April 2023, aus welchem auf übereinstimmende Anträge zu schliessen sei, da die Berufungsklägerin die hälftige Aufteilung der Sommer-

- 9 - schulferien beantrage, ohne daran weitere Bedingungen zu knüpfen (act. 3/1). Die Berufungsklägerin beantragte in ihrem Massnahmebegehren im Zusammenhang mit den Schulferien was folgt (act. 4/1): "Jedem Elternteil sei die Verantwortung für jeweils die hälftigen Schul- ferien im Laufe des Jahres zuzuweisen. Es sei festzulegen, dass sich die Parteien spätestens 6 Monate im Voraus drauf einigen, wer die ers- te Hälfte der jeweiligen Schulferien und wer die zweite Hälfte über- nimmt. Bei Uneinigkeit sei zu bestimmen, dass der Vater in den gera- den Jahren und die Mutter in den ungeraden Jahren das Entschei- dungsrecht hat." Es trifft zwar zu, dass die Berufungsklägerin grundsätzlich die hälftige Feri- enaufteilung beantragte, sie knüpfte dies aber explizit an die Bedingung, dass sich die Parteien sechs Monate im Voraus auf die konkrete Aufteilung einigen. Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung des Berufungsbeklagten, dass dies nur für die Anordnung eines gerichtlichen Besuchsrechts beantragt worden sei (act. 7 Rz. 9). Es ist ihm zwar zuzustimmen, dass die Parteien davon abweichen können, inwiefern die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren in Bezug auf die Sommerschulferien 2023 von ihrem Antrag konkret abgewichen sein soll, legt er indes nicht dar. Dass keine übereinstimmenden Anträge hinsichtlich der Schulsummerferien 2023 vorliegen, ergibt sich auch aus dem von der Vorinstanz zitierten Mailverkehr, wo sich die Berufungsklägerin einstweilen (einzig) für beglei- tete Besuche in Zürich ausspricht (act. 4/18/2; act. 4/14/1; act. 4/14/3). Ohnehin hätten auch übereinstimmende Anträge der Parteien die Vorinstanz nicht davon entbunden, der Berufungsklägerin die Eingabe des Berufungsbeklagten vor dem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen zuzustellen. Das Vorgehen der Vorinstanz stellt eine schwerwiegende Gehörsverletzung dar, weshalb die Beru- fung gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben gewesen wäre. Der Berufungsbeklagte wäre folglich unterlegen, weshalb sich eine Kostenaufgabe auch unter diesem Aspekt rechtfertigte. 3.4. Wie gezeigt, ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszuge- hen. Gestützt auf § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 AnwGebV beträgt die Grundgebühr für die Parteientschädigung in der Regel zwischen Fr. 1'400.– und Fr. 16'000.–. Zu berücksichtigen sind bei der Bemessung sodann die Reduktionsgründe nach

- 10 - § 4 Abs. 2, § 9 und § 13 Abs. 4 AnwGebV. Daraus ergibt sich für das Rechtsmit- telverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– (zzgl. 7.7 % MwSt), welche der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren zu entrichten hat (vgl. zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sogleich E. 4.1). 4.1. Beide Parteien stellten im vorliegenden Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2, act. 7 S. 2). Grundsätzlich hat eine Per- son Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn a) sie nicht über die erfor- derlichen Mittel

verfügt und b) ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Wie die vorstehenden Erwägungen (E. 2.2) zeigen, waren die Anträge des Berufungsbeklagten bereits aus prozessualen Gründen aussichtslos. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist damit abzuweisen. Das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Prozessführung ist angesichts der Kostenaufgabe an den Berufungsbeklagten abzuschreiben. 4.2. Zu prüfen bleibt das Gesuch der Berufungsklägerin, soweit damit um gerichtliche Bestellung einer Rechtsanwältin ersucht wird (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO). 4.3.1. Vorerst ist darauf hinzuweisen, dass die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht ist. Dies gilt insbesondere bei der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009, E. 3.1). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei auf ein Begehren um Zuschuss eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit

- 11 - des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Antrag um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt worden sei (BGer, 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5; zum Ganzen: OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022, E. V.2.3). 4.3.2. Die Berufungsklägerin stellt im Rahmen des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren kein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Berufungsbeklagten, obwohl sie dies vor Vorinstanz noch tat und ausführte, sie wisse vom Hörensagen, dass der Berufungsbeklagte vermögend sei (act. 4/1 S. 8). Sie verzichtet darauf zu behaupten und darzulegen, dass und weshalb ein solcher Prozesskostenvorschuss (neu) uneinbringlich sei. Ebenso ist eine allfällige Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten nicht bereits gestützt auf sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege manifest (vgl. auch OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022, E. V.2.3), stehen dem doch die Behauptungen der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren entgegen. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne der gerichtliche Bestellung einer Rechtsanwältin für das Berufungsverfahren ist daher abzuweisen. 4.3.3. Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin zur Begründung ihres Gesuchs pauschal auf ihre Klage vom 22. April 2023 verweist, mit welcher sie belegt habe, dass sie unter dem Existenzminimum lebe und Schulden von - EUR 74'830.- habe (act. 2 S. 18). Dass die unentgeltliche Rechtspflege in jedem Verfahren und vor jeder Instanz neu zu beantragen ist, bedeutet grundsätzlich, dass ihre Voraussetzungen jedes Mal neu zu behaupten und zu belegen sind. Dabei gilt im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich dieselbe Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast wie im erstinstanzlichen Bewilligungsverfahren und es gelten dieselben Anforderungen an die Mitwirkungspflicht bei der Abklärung und Feststellung der Mittellosigkeit. Es obliegt daher auch im

Rechtsmittel- verfahren der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und zu

- 12 - belegen (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 3. Aufl. 2021, Art. 119 N 10; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 6). Ein Verweis auf genau bezeichnete Vorakten, deren Inhalt noch aktuell ist, wäre zwar zulässig. Vorliegend verweist die Berufungsklägerin aber bloss pauschal auf ihre vorinstanzliche Klage. In dieser finden sich unter dem Titel "unentgeltliche Rechtspflege" keinerlei konkrete Einkommens- und Bedarfszahlen der Berufungsklägerin. Ohne Verweis auf konkrete Ausführungen steht bloss "die Einkommensverhältnisse der Gesuchstellerin sind bereits belegt". Sodann folgen Ausführungen zur Schuldensituation (act. 4/1 S. 17 f.). Wollte die Berufungsklägerin auf ihre Ausführungen zum Kinderunterhalt verweisen (act. 4/1 S. 11), hätte sie dies in der Berufungsschrift konkret anzugeben gehabt, insbesondere auch deshalb, weil sich die Bedarfsberechnung im Rahmen der Beurteilung der Mittellosigkeit nach anderen Grundsätzen richtet als die Unterhaltsberechnung und daher dort diverse Positionen aufgeführt sind, welche nicht berücksichtigt werden könnten (insbes. Stromkosten, VVG-Prämien und Schuldverpflichtungen ohne Abzahlungsbelege). Da aber ein konkreter Verweis fehlt und es nicht Aufgabe des Gerichts ist, die Rechtsschriften der Parteien nach konkreten Behauptungen zu durchsuchen und von sich aus relevante Stellen beizuziehen, wäre das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege auch aus diesem Grund abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Das Berufungsverfahren wird abgeschlossen.

E. 3

Das Gesuch der Berufungsklägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege bezüglich der Befreiung von Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren wird abgeschlossen.

E. 4

Das Gesuch der Berufungsklägerin um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird abgewiesen.

- 13 -

E. 5

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt.

E. 6

Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin Dr. X. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– zzgl. 7.7% MwSt, mithin total Fr. 2'154.–, zu bezahlen.

E. 7

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Doppel von act. 7 u. act. 8/1+2, die Obergerichtskasse und an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

E. 8

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 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. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw J. Camelin-Nagel versandt am:

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