

ZH_OBERGERICHT LZ220022 vom 22. Februar 2023

ZH Obergericht, 2023-02-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ220022

FR: ZH_OBERGERICHT LZ220022 du 22 février 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LZ220022 del 22 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1

Der Berufungskläger und Beklagte (fortan Beklagter) und die Berufungsbeklagte und Klägerin (fortan Klägerin) sind die unverheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2014, D._____ und E._____, beide geboren am tt.mm.2017. Die Kinder werden seit der Trennung der Eltern im Mai 2019 von diesen hälftig betreut, wobei der Beklagte die Betreuung von Montagmorgen Schulbeginn bis Mittwochmittag, 12.00 Uhr, und die Klägerin die Betreuung von Mittwochmittag, 12.00 Uhr, bis Freitagabend übernimmt. An den Wochenenden und in den Ferien werden die Kinder von den Eltern abwechselnd betreut (Urk. 98 Rz. 5 f.; Urk. 108 Rz. 5). Mit der definitiven Einführung des Projekts "Tagesschule 2025" in der Stadt Zürich ab dem Jahr 2023 (Pilotphase bis 2022) ist vorgesehen, dass schulpflichtige Kinder an sämtlichen Tagen, an welchen sie sowohl vormittags als auch nachmittags den Schulunterricht oder den Kindergarten besuchen, über Mittag in der Schule betreut werden (sog. gebundene Mittagsbetreuung). Dies betrifft bei C._____ Montag, Donnerstag und Freitag und bei D._____ und E._____ Montag und Freitag. Es gilt das Abmeldeprinzip und es ist grundsätzlich nicht möglich, sich von einzelnen gebundenen Mittagessen abzumelden (Urk. 98 Rz. 12; Urk. 108 Rz. 7, Rz. 10). Nebst der gebundenen Mittagsbetreuung bestehen sogenannte ungebundene Betreuungsangebote, die eine Anmeldung an einzelnen Tagen erlauben, sich (mit Ausnahme der Preisstruktur) nicht von der gebundenen Mittagsbetreuung unterscheiden und am selben Ort durchgeführt wer-

- 5 - den (Urk. 108 Rz. 8; Urk. 113 Rz. 12). Die Klägerin meldete die Kinder am 29. März 2022 ohne Einverständnis des Beklagten von der gebundenen Mittagsbetreuung ab August 2022 ab (Urk. 91/6; Urk. 98 Rz. 14 f.; Urk. 108 Rz. 12).

E. 2

Am 20. Mai 2020 machte die Klägerin bei der Vorinstanz eine Klage betreffend Aufenthaltsbestimmungsrecht, Obhut, Besuchsrecht und Unterhalt anhängig und beantragte unter anderem, dass ihr die alleinige Obhut zuzuteilen und ihr zu gestatten sei, den Aufenthaltsort der Kinder nach G._____ (TI) zu verlegen (Urk. 1; Urk. 29; Urk. 38). Im Rahmen dieses Verfahrens stellte der Beklagte das eingangs wiedergegebene Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (Urk. 90). Für den vollständigen Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf das Urteil und die eingangs wiedergegebene Verfügung vom 20. Mai 2022 zu verweisen, womit die Vorinstanz ihr Verfahren erledigte. Unter anderem wurden die Kinder unter die alleinige Obhut der Klägerin gestellt und ihr erlaubt, den Aufenthaltsort der Kinder ins Tessin zu verlegen. Das Begehren des Beklagten um vorsorgliche Massnahmen wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Mai 2022 ab (Urk. 93 S. 125 f. = Urk. 99 S. 125 f.).

E. 3

Gegen die Verfügung vom 20. Mai 2022 erhob der Beklagte mit Eingabe vom 13. Juni 2022 fristgerecht (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 95) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 98). Mit Verfügung vom 23. Juni 2022 wurde er aufgefordert, einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– zu leisten, welcher fristgerecht einging (Urk. 103 f.). Daraufhin wurde die Klägerin mit Verfügung vom 13. Juli 2022 aufgefordert, die Berufung zu beantworten (Urk. 106). Die Berufungsantwortschrift ging fristgerecht ein (Urk. 108) und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 17. August 2022 zur Stellungnahme und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 111). Die Stellungnahme des Beklagten ging ebenfalls fristgerecht ein (Urk. 113) und wurde der Klägerin und den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 12. September 2022 zugestellt, wobei der Klägerin Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde (Urk. 116). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 eine weitere Stellungnahme ein, welche dem Beklagten und den Verfahrensbeteiligten zur

- 6 - Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 118, Urk. 120/1). Nachdem die Verfahrensbeteiligten im Verfahren LZ220027-O (Berufung gegen das Urteil vom 20. Mai 2022) auch das vorliegende Verfahren betreffende Ausführungen tätigte, wurde deren Eingabe im vorliegenden Verfahren zu den Akten genommen. Im Übrigen verzichteten die Verfahrensbeteiligten auf eine weitere Stellungnahme (Urk. 121- 122). Daraufhin wurde der Klägerin und dem Beklagten mit Verfügung vom 25. November 2022 Frist angesetzt, um sich zu den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten betreffend das vorliegende Verfahren zu äussern (Urk. 123). Der Beklagte reichte eine weitere Stellungnahme ein, die der Klägerin und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 125), während die Klägerin auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 127). Nach Eingang der Honorarnote der Kindsvertreterin wurde diese den Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (Urk. 134). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

E. 4

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-97). Die Angelegenheit erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom

E. 9

Auch die übrigen Einwendungen des Beklagten vermögen keine Kindswohlfährdung aufzuzeigen. Mit der Tagesschule werden vorrangig andere Ziele verfolgt als diejenigen, die der Beklagte in der Berufungsschrift geltend macht. Das Projekt der Tagesschulen dient nämlich nicht primär dazu, den Kindern möglichst viel Kontakt zu Gleichaltrigen zu ermöglichen. Gemäss Evaluationsbericht vom 8. März 2021 über das Projekt Tagesschule 2025 sei dieses eine Antwort auf die zunehmende Erwerbstätigkeit beider Elternteile und die stetig steigende Nachfrage nach unterrichtsergänzender Betreuung in der Stadt Zürich. Möglichst viele Kinder sollten von zusätzlichen Lerngelegenheiten profitieren, wodurch sich die Bildungschancen von Kindern aus privilegierten und weniger privilegierten Familien angleichen sollen

(https://www.infras.ch/media/filer_public/b4/a2/b4a29931-5b42-48c1-8e90-8d6f65d41642/eval_ts_2025_hauptbericht_infras_final_08_03_2021_def.pdf S. 5; besucht am 01.02.2023 um 13.10 Uhr; Urk. 91/1 S. 15; Urk. 91/2 S. 1). Dass die Kinder gerne Zeit mit den Schulkameraden verbringen (so Urk. 91/1 S. ff.), ist sicherlich ein weiterer willkommener Effekt, stellt jedoch nicht den Hauptgrund für die Einführung der

Tagesschule dar.

E. 10

Dass es keinen vernünftigen bzw. objektiven Grund für die Abmeldung der Kinder von der gebundenen Mittagsbetreuung gibt und es der Klägerin nur darum geht, das Betreuungskonzept des Beklagten im Falle seiner alleinigen Obhut zu torpedieren (Urk. 98 Rz. 22), trifft ebenfalls nicht zu. Die Klägerin zieht die persönliche Betreuung der Kinder durch sie oder ihre Mutter an ihren Betreuungstagen der gebundenen Mittagsbetreuung vor, was durchaus vertretbar ist. Von einem Torpedieren des Betreuungskonzepts kann ebenfalls keine Rede sein, da es dem Beklagten problemlos möglich ist, sein Betreuungskonzept im Falle seiner al-

- 14 -
leinigen Obhut (und auch im Rahmen der derzeit gelebten alternierenden Obhut) weiterzuführen. So kann er die Kinder an seinen Betreuungstagen ohne Weiteres an den ungebundenen – und aufgrund des Entgegenkommens der Schulleitung auch an den gebundenen Mittagen (Urk. 110/1) – anmelden und sie (im Falle seiner alleinigen Obhut) für sämtliche gebundene Mittagstage anmelden. Der vom Beklagten angeführte Obergerichtsentscheid LY180022-O ist vorliegend nicht einschlägig. Dass das Obergericht in der genannten Entscheidung die Abmeldung vom Mittagstisch durch die Kindsmutter als "seltsam" bezeichnete, war dem Umstand geschuldet, dass die Kindsmutter den Mittagstisch kündigte, um das Betreuungskonzept des Kindsvaters als (deswegen) unzureichend zu kritisieren (OGer ZH LY180022 vom 22.08.2018, E. 5.3.3.2.). Vorliegend kündigte die Klägerin die Mittagsbetreuung nach dem Gesagten jedoch deshalb, weil sie die Kinder an ihren Tagen selbst (bzw. durch ihre Mutter) betreuen (lassen) will und nicht, um dem Beklagten ein ungenügendes Betreuungskonzept vorwerfen zu können und damit ihre Position im Hauptverfahren zu verbessern.

E. 11

Was die beantragten Beweisabnahmen betrifft, so ist festzuhalten, dass nicht die Kinder, sondern die Eltern über die Art der Betreuung zu entscheiden haben, weshalb nicht ausschlaggebend ist, ob die Kinder sich für oder gegen die gebundene Mittagsbetreuung entscheiden würden. Angesichts dessen kann auf eine Anhörung der Kinder (Urk. 98 Rz. 20) verzichtet werden. Ob die Mittagsbetreuung nun Fr. 6.–, Fr. 8.– (Urk. 108 Rz. 13) oder Fr. 9.77 pro Mittag und Kind bzw. allenfalls etwas mehr (Urk. 113 Rz. 17) kostet, ist angesichts der geringfügigen Differenz unerheblich. Beweisabnahmen zum Preis der Betreuung können daher unterbleiben (Urk. 113 Rz. 17). Auf die Abnahme der weiteren offerierten Beweismittel, insbesondere die Befragung des Beklagten, kann ebenso verzichtet werden, da der damit zu beweisende Sachverhalt entweder unbestritten oder durch die beiliegenden Unterlagen erwiesen (Urk. 98 Rz. 12, Rz. 14 f.; Urk. 108 Rz. 16; Urk. 113 Rz. 14, Rz. 16, Rz. 22, Rz. 30), nicht entscheidungswesentlich ist (Urk. 98 Rz. 19 f.; Urk. 108 Rz. 18; Urk. 113 Rz. 6 f., Rz. 10 ff., Rz. 16, Rz. 21, Rz. 27, Rz. 30, Rz. 32) oder nicht anzunehmen ist, dass die Beweisabnahme etwas an der dargelegten Würdigung zu ändern vermochte (Urk. 98 Rz. 21 f.; Urk. 113 Rz. 29, Rz. 31).

- 15 -

E. 12

Nach dem Gesagten ist nicht davon auszugehen, dass die Kinder in ihrem Wohl gefährdet sind, wenn sie die gebundene Mittagsbetreuung nicht während der gesamten Schulwoche

besuchen. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz hat – soweit ersichtlich – für das Massnahmeverfahren keine Kosten erhoben (Urk. 99 S. 124 f., S. 131). Dies ist angesichts des Aufwands des Gerichts (kein Schriftenwechsel, äusserst kurze Begründung im Entscheid) nicht zu beanstanden. Angesichts dessen erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Hinzu kommt die Entschädigung für die Vertretung des Kindes (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), welche vorab aus der Gerichtskasse zu bezahlen ist (Urwyler/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 95 N 15). Die Kindsvertreterin macht für das vorliegende Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 1'303.15 inklusive Mehrwertsteuer geltend (Urk. 133). Der Zeitaufwand von 5.5 Stunden erscheint als angemessen und wurde von keiner Partei beanstandet. Der geltend gemachte Stundenansatz entspricht demjenigen einer anwaltlichen Kindsvertretung. Für nichtanwaltliche Kindsvertretungen (durch hinreichend rechtskundige Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Kinderpsychologen, Juristen mit entsprechender Weiterbildung) kommen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich die Entschädigungsrichtlinien zum Zuge, wie sie bei einer Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB gelten (BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2 S. 168). Gemäss § 21 Abs. 4 EG KESR in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und 3 der Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften [LS 232.35] richtet sich der Stundenansatz nach branchenüblichen Ansätzen. In der Praxis werden Beistände mit einem Zeitaufwand zwischen Fr. 50.– und Fr. 100.– entschädigt (Biderbost/Affolter-Fringeli, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck [Hrsg.], Fachhandbuch

- 16 - Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2016, Rz. 8.223; FamKomm Erwachsenenschutz/Häfeli, Art. 404 N 5; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz 6.44). Angesichts der Tatsache, dass die Kindsvertreterin nebst ihrem Abschluss als Sozialarbeiterin FH eine Zusatzausbildung (CAS Kindesvertretung Hochschule Luzern Soziale Arbeit) abgeschlossen hat (www.mavivo.ch), ist der Stundenansatz im vorliegenden Fall auf Fr. 150.– festzulegen (vgl. auch OGer ZH PQ210045 vom 05.08.2021, E. 3.3. ff.). Damit resultiert eine Entschädigung in Höhe von Fr. 825.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, mithin total Fr. 888.55. Die Kindsvertreterin ist somit mit Fr. 888.55 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen und teilweise mit seinem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung. 3. Angesichts seines Unterliegens ist der Beklagte im Weiteren zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer festzusetzen. Der Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 3'230.– zu bezahlen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Z. _____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Kindsvertreterin für das Berufungsverfahren mit Fr. 888.55 aus der Gerichtskasse entschädigt. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.–; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 888.55 Honorar Kindsvertreterin Fr. 3'888.55 Total Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

- 17 - 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung. 5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 3'230.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verfahrensbeteiligten, die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten in das Verfahren LZ220027-O. 7. 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 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. Zürich, 22. Februar 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw L. Hengartner versandt am: ip

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