

ZH_OBERGERICHT RE140021 vom 8. Januar 2015

ZH Obergericht, 2015-01-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RE140021

FR: ZH_OBERGERICHT RE140021 du 8 janvier 2015

IT: ZH_OBERGERICHT RE140021 del 8 gennaio 2015

Erwägungen

E. 2

Eventualiter sei die Verfügung EE130047-D/Z04/B vom 28. Juli 2014 (Geschäfts- Nr. EE130047-D) des Bezirksgerichtes Dielsdorf, Einzelgericht im s.V., vollumfänglich aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzu- weisen;

E. 3

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MwSt. zulasten der Gesuch- stellerin/Beschwerdegegnerin." 1.3 Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses von Fr. 500.– (Präsidialverfügung vom 9. September 2014, Urk. 7; Urk. 8), wurde der Gesuch- stellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) mit Verfügung vom 16. September 2014 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 9). Diese ging innert Frist am 25. September 2014 ein und wurde tags darauf dem Gesuchsgeg- ner inklusive Beilagen zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 10; Urk. 12/2). Hierauf ersuchte der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 2. Oktober 2014 um Ansetzung einer Frist, um von seinem Replikrecht Gebrauch zu machen (Urk. 14). Mit Verfü- gung vom 14. Oktober 2014 wurde entsprechend Frist angesetzt (Urk. 17), worauf am 28. Oktober 2014 die entsprechende Stellungnahme des Gesuchsgegners mit weiteren Beilagen einging (Urk. 18; Urk. 19; Urk. 20/1-7). Diese Eingabe wurde der Gesuchstellerin samt Beilagen am 6. November 2014 zur Kenntnisnahme zu-

- 3 - gestellt (Urk. 18). Es folgten keine weiteren Eingaben der Parteien. Auf die Vor- bringen der Parteien ist vorliegend nur soweit einzugehen, als dies zur Entscheid- findung notwendig ist. 2. Vorab ist die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass ihre Akten nicht voll- ständig sind. So fehlen die beiden Briefe der Vorinstanz vom 23. Juni 2014 und

E. 3.1

Bei der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 28. Juli 2014 handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung. Eine solche ist gemäss Art. 319 lit. b ZPO anfechtbar in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht vorliegend nicht ausdrücklich eine Beschwerde vor; entsprechend ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil erforderlich. Ein solcher ist gegeben: Ist die Situation derart, dass sich eine Kindesschutzmassnahme, im Konkreten – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – die Anordnung einer Mediation im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB aufdrängt, so ist durch weiteren Zeitablauf ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil evident, indem die Gefährdung des Kindeswohls weiterhin bestehen bleiben würde, bis endlich der Endentscheid angefochten werden könnte. Damit aber ist die Beschwerde im vorliegenden Fall zuzulassen.

E. 3.2

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht beanstandet wird, braucht nicht geprüft zu werden. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren

- 4 - Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO), d.h. ist nicht eine Nachfrist zur ergänzenden Begründung anzusetzen, sondern ist die Beschwerde abzuweisen. 3.3.1 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven, und zwar auch dann, wenn die Untersuchungsmaxime gilt (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 326 N 3 f.). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich nach dem Willen des Gesetzgebers als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. 3.3.2 Die Parteien reichten im Beschwerdeverfahren neue Unterlagen ein bzw. stellten neue Behauptungen auf (Urk. 20/1-7; Urk. 10 S. 4 mit Verweis auf Urk. 75 und Urk. 76/2). Diese Urkunden bzw. die damit zusammenhängenden neuen Behauptungen sind dementsprechend unzulässig und damit unbeachtlich. 4.1 Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid allein damit, dass das Gericht die Mediation gemäss Art. 297 Abs. 2 ZPO nicht verbindlich anordnen könne (Urk. 2 S. 2). 4.2 Der Gesuchsgegner macht dagegen zusammengefasst geltend, dass der Ansicht der Vorinstanz nicht gefolgt werden könne. Zwar könne das Gericht die Kindseltern im Bereich der Kinderbelange lediglich zu einem Mediationsversuch auffordern, diese Aufforderung verstehe sich jedoch als Empfehlung mit Nachdruck (Urk. 1 S. 5 mit Verweis auf Steck/Schweighauser, 803). Auch wenn die Teilnahme an einer Mediation unter dem Regime von Art. 297 Abs. 2 ZPO freiwillig sei, könne das Gericht diese ohne weiteres anordnen (Urk. 1 S. 5 f. mit Verweis auf BK ZPO-Spycher, Art. 297 N 13). Anders sehe dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich der Kindesschutzmassnahmen aus, wo eine eigentliche "Zwangsmediation" gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB ohne weiteres angeordnet werden könne (Urk. 1 S. 6 mit Verweis auf BGer 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009, bestätigt in BGer 5A_852/2011 vom 20. Februar 2012).

- 5 - So seien gerichtliche Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB anzuordnen, wenn das Wohl des Kindes gefährdet sei. Im vorliegenden Fall würden die Kindseltern seit über einem Jahr im Streit liegen und die Gesuchstellerin habe die Kinder nach ihrem Auszug von ihrem Vater für Monate isoliert. Erst mit der im Rahmen des Eheschutzverfahrens unter Mithilfe des Gerichts getroffenen Vereinbarung habe sie Kontakte zugelassen. Über diesen "gerichtlichen" Zwang hinaus zeige sie keinerlei Bereitschaft, die Beziehung und den Kontakt der Kinder zum Gesuchsgegner zu unterstützen und zu fördern. So verweigere sie jedes Besprechen von Kinderbelangen und verbiete jede Kommunikation. Die Gespräche mit dem Beistand im Beisein beider Parteien würden einer dem Kindeswohl gerecht werdenden Kommunikation nicht zu genügen

vermögen, zumal diese Gespräche nur alle zwei Monate stattfinden würden und lediglich die Terminkoordination für die Besuchstage beinhalte. Diese Einstellung der Gesuchstellerin sei für die bei- den Kinder höchst schädlich; eine Entwicklung sei bei der Gesuchstellerin bislang nicht sichtbar und stehe damit auch nicht in Aussicht. So seien sich das Gericht und die Parteien bereits anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 27. Mai 2014 [recte: 23. Mai 2014] einig gewesen, dass die Kommunikation zwi- schen den Kindseltern nur mit Hilfe einer Mediation verbessert – und damit eine Kindswohlgefährdung ausgeschlossen – werden könne. Der Gesuchsgegner sei zu einer solchen weiterhin bereit, die Gesuchstellerin offenbar nur dann, wenn das Gericht sie verbindlich anordne. Die Kommunikationsprobleme der Kindsel- tern seien sodann hinlänglich bekannt und unbestritten. Selbst die Vorinstanz be- fürworte die Durchführung einer Mediation, sehe sich aber nur – in irrtümlicher Weise – aufgrund rechtlicher Hürden nicht zu deren Anordnung berechtigt (Urk. 1 S. 6 f.). 4.3 Die Gesuchstellerin hält dem Folgendes entgegen: Die für eherechtli- che Verfahren in Art. 297 Abs. 2 ZPO vorgesehene Mediation knüpfe an Art. 214 ZPO an; bei einer Mediation nach Art. 214 ZPO werde das hängige gerichtliche Verfahren gestützt auf Art. 214 Abs. 3 ZPO sistiert. Eheschutzverfahren seien nicht nur beförderlich zu verhandeln, sondern auch rasch zu entscheiden und nö- tigenfalls zu begründen, so dass die Ehegatten über einen vollstreckbaren und rechtskräftigen Entscheid verfügen bzw. den erstinstanzlichen Entscheid weiter-

- 6 - ziehen könnten. Ein mehrere Monate lang dauerndes Eheschutzverfahren werde seinem Zweck nicht mehr gerecht. Das vorinstanzliche Verfahren dauere seit dem 5. Juni 2013 an. Zwar sei es richtig, dass sich die Gesuchstellerin mit der Mediat- ion anlässlich der an der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 23. Mai 2014 geschlossenen Teilvereinbarung einverstanden erklärt habe. Allerdings sei sie niemals mit einer Mediation nach Art. 214 Abs. 3 ZPO mit Sistierung des Ehe- schutzverfahrens einverstanden gewesen; eine solche Sistierung sei denn auch nicht Bestandteil der Teilvereinbarung vom 23. Mai 2014 gewesen. Es sei nicht zutreffend, dass die Gesuchstellerin die Beziehungen zwischen Kindsvater und Kindern verunmögliche. Die Gutachterin habe bestätigt, dass keine Gefährdung des Kindeswohls bei der Obhutszuteilung der Kinder an die Gesuchstellerin be- stehe. Vorliegend genüge die bereits errichtete Beistandschaft zur Vermittlung bei Kommunikationsproblemen bei der Ausübung des Besuchs- und Kontaktrechts. Sodann sei es so, dass nach einer Verfahrensdauer von 15 Monaten ein Ehe- schutzentscheid zur Beruhigung beitragen werde, nicht aber die Anordnung einer Mediation gestützt auf Art. 297 Abs. 2 ZPO oder Art. 307 Abs. 3 ZGB mit Sistie- rung des Eheschutzverfahrens. Bei den vom Gesuchsgegner zitierten Bundesge- richtsentscheiden gehe es gerade nicht um Eheschutzverfahren, sondern um da- von unabhängige Anordnungen von Vormundschaftsbehörden. Zumindest im älte- ren der beiden Entscheide gehe aus dem geschilderten Sachverhalt hervor, dass keine Besuchsbeistandschaft bestanden habe (Urk. 10 S. 5 f. mit Verweis auf BGer 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009). Insofern könne nicht ernsthaft be- hauptet werden, dass trotz Anordnung einer Besuchsbeistandschaft die Empfeh- lung einer Mediation durch das Gericht nach Art. 297 Abs. 2 ZPO zwingend zu er- folgen habe (Urk. 10 S. 3 ff.). 5.1 Bereits vor Vorinstanz beantragte der Gesuchsgegner die Anordnung einer Mediation zur Verbesserung der Kommunikation zwischen den Kindseltern im Interesse des Kindeswohls und führte aus, dass die Gesuchstellerin die vom Gericht gebetene Terminkoordination nicht vornehmen werde. Er hielt fest, dass sie das Kindeswohl der beiden Knaben akut gefährde, indem sie die Kommunika- tion zum

Kindsvater inklusive derjenigen der Kinder zum Vater systematisch un-terbinde (Urk. 6/69). Sodann reichte er mit Eingabe vom 14. Juli 2014 das Schrei-

- 7 - ben der klägerischen Rechtsvertreterin vom 25. Juni 2014 ein, mit welcher diese mitteilte, dass die Gesuchstellerin inskünftig ihr Handy jeweils um 20.00 Uhr des Vortages eines Besuchstages des Gesuchsgegners konsultieren werde, ob eine Nachricht desselben eingegangen sei und diese beantworten würde (Urk. 68/4). Mit diesen Vorbringen setzt sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 28. Juli 2014 nicht auseinander (Urk. 2 S. 2). 5.2 Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid einzig damit, dass eine Mediation nicht autoritativ angeordnet werden könne. Dies ist unzutreffend. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welche auch unter der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) bestätigt worden ist, ist die Mediation im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts bei gestörter Beziehung zwischen den Eltern eine zulässige Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB (BGer 5A_852/2011 vom 20. Februar 2012, Erw. 6 mit Verweis auf BGer 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009 Erw. 4). Weiter führt das Bundesgericht aus, dass es in der Natur der Sache liege, dass eine Mediation, soweit sie als Kindesschutzmassnahme angeordnet werde, selten auf beidseitigen Elternwunsch erfolge. Im zitierten Entscheid schützte das Bundesgericht die ursprünglich von der Vormundschaftsbehörde angeordnete und vom Obergericht des Kantons Bern nicht umgestossene Anordnung der Mediation auch gegen den Willen eines Elternteils und hielt folgendes fest: "Einzig mag in diesem Zusammenhang das Wort "Mediation" nicht ganz topisch sein; von der Sache her geht es um eine Gesprächstherapie, welche die Kommunikation zwischen den Eltern verbessern soll, was nach dem Gesagten eine zulässige Kindesschutzmassnahme ist." (BGer 5A_852/2011 Erw. 6). In seinem Entscheid vom 9. Dezember 2009 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass sich die angeordnete Mediation von der freiwilligen in der konsequenten Orientierung an den Interessen und Rechten der Kinder unterscheidet. Dabei würden hochstrittige Eltern, die sich erfahrungsgemäss zumeist von ihren Ängsten, Verletzungen und hauptsächlich von ihren Erwachseneninteressen leiten liessen, mit den Interessen und Bedürfnissen ihrer Kinder konfrontiert. Eltern würden erfahren, wie sich ihr Konflikt auf die Befindlichkeit ihrer Kinder auswirke und was sie für ihre Kinder tun könnten (BGer 5A_457/2009 Erw. 4.3 mit weiteren Verweisen).

- 8 - 5.3 Damit aber ist es nicht zutreffend, dass eine Mediation vom Gericht nicht angeordnet werden kann. Sodann ist der Ansicht der Gesuchstellerin, wonach eine Mediation in einem Eheschutzverfahren nicht angeordnet werden könne, nicht zu folgen. Gemäss Art. 315a ZGB trifft das Gericht, das für die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständig ist und die Beziehung der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen. Damit erlaubt die Praxis die Anordnung einer Mediation in familienrechtlichen Verfahren, wenn der Schutz des Kindeswohls sie erfordert, auch im Rahmen einer bindenden Weisung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB (vgl. auch SJZ 110/2014, Zivilprozessrechtliche Fragestellungen in der familienrechtlichen Gerichtspraxis, T. Engler, S. 121, mit Verweis auf BGer 5A_852/2011 vom 20. Februar 2012 Erw. 6, BGer 5A_140/2010 vom 11. Juni 2010 Erw. 3 und weitere). 5.4.1 Aus den Akten ergibt sich in überaus deutlicher Weise, dass die Kommunikation zwischen der Parteien erheblich gestört ist, bzw. kaum mehr stattfindet. Dies beschlägt nicht nur die Kommunikation der Parteien hinsichtlich ihrer persönlichen Belange, sondern insbesondere auch die Kommunikation in Bezug auf ihre Kinder. Dies zeigt sich bereits in

der Verweigerung des Kontaktrechts der Kinder mit dem Gesuchsgegner durch die Gesuchstellerin (Urk. 6/9 S. 7; Urk. 6/11 S. 16; Urk. 6/13/19). Ebenso zeigt sich dies daran, dass die Gesuchstellerin über ihre Rechtsvertreterin mitteilen liess, dass sie jeweils um 20.00 Uhr am Vorabend des Besuchsrechts ihr Handy einschalten werde, sollte der Gesuchsgegner eine Mitteilung haben. Diese werde sie beantworten (Urk. 5/7 = Urk. 6/68/4). Die tiefgreifenden Kommunikationsprobleme wurden denn auch gutachterlich wie folgt bestätigt: Die Eltern würden nicht miteinander kommunizieren und sich gegenseitig die Schuld zuweisen, womit sie die Kinder emotional belasten und ihre innere Unsicherheit verstärken würden. So könne sich C. _____ nicht gut allein beschäftigen, gerate schnell aus der Fassung und reagiere mit Weinen; solche Verhaltensweisen seien bekannt bei Kindern, die unter einem Loyalitätskonflikt leiden (Urk. 6/41 S. 51). Die Kindwohlgefährdung ist in dieser Situation evident, zumal die Gutachterin gar eine kinderpsychologische Begleitung von C. _____, welcher erst vier Jahre alt ist, empfiehlt. Des Weiteren empfiehlt sie,

- 9 - nebst der bestehenden Besuchsbeistandschaft die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft sowie eine Mediation ausserhalb der Beistandschaft. Die Eltern sollen ihrer Ansicht nach darin unterstützt werden, auf die Äusserungen der Kinder sachgerecht einzugehen und sie zu unterstützen, die Trennung zu akzeptieren und damit umzugehen (Urk. 6/41 S. 63). Damit drängt sich eine Mediation geradewegs auf; die Verhältnismässigkeit ist unter den gegebenen Umständen zu bejahen. Vorliegend ist es nicht damit getan, Termine für die Besuchskontakte zu besprechen und die Besuche zu koordinieren. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin reicht die Beistandschaft offenkundig zum Aufbau der Kommunikation zwischen den Parteien nicht aus. Entsprechend aber ist in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO die vorinstanzliche Verfügung vom 28. Juli 2014 aufzuheben und die Sache zur Anordnung, Durchführung (Bestimmung des Mediators, der Anzahl Sitzungen etc.) und Überwachung (allenfalls Anordnung von Sanktionen bei Nichtbefolgung etc.) der Mediation an die Vorinstanz zurückzuweisen. 5.4.2 Der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass die Mediation als Kindesschutzmassnahme entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin nicht zur Sistierung des Eheschutzverfahrens führt; sie ist als vorsorgliche Massnahme während des laufenden Eheschutzverfahrens durchzuführen, allenfalls unter Androhung von entsprechenden Sanktionen bei Nichtbefolgung. 6.1 Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf die § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Mit Blick auf die hier zentralen Kinderbelange sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien praxisgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen. 6.2 Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen. Es wird erkannt:

E. 7

Juli 2014, auf welche beide Parteien in ihren jeweiligen Eingaben Bezug nehmen (Urk. 6/63; Urk. 6/65; Urk. 6/69). Die Vorinstanz ist unter Hinweis auf § 130 GOG und die Akturierungsverordnung vom 12. Mai 2010 gehalten, die fehlenden Schreiben zu den Akten zu nehmen und das Aktenverzeichnis entsprechend nachzuführen.

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