

# ZH\_OBERGERICHT VB180007 vom 31. August 2018

ZH Obergericht, 2018-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_VB180007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_VB180007)

FR: ZH\_OBERGERICHT VB180007 du 31 août 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT VB180007 del 31 agosto 2018

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Kläger) und die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) sind die geschiedenen Eltern der heute achtjährigen C.\_\_\_\_\_. Gemäss dem Scheidungsurteil vom 18. Dezember 2014 des Familiengerichts des Bezirksgerichtes Bremgarten (nachfolgend: Familiengericht) wurde C.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen und unter die Obhut der Beklagten gestellt (act. 8/2/1 = act. 8/5 S. 48 ff.).

### E. 1.1

Zu den Gerichtskosten gehört zunächst die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 83 Abs. 3 GOG). Diese ist in Anwendung von § 20 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzulegen.

### E. 1.2

Weiter gelten die Kosten für die Vertretung des Kindes gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO i.V.m. § 83 Abs. 3 GOG als Gerichtskosten. Dies, weil Kinder in eherechtlichen Verfahren nicht eigentliche Parteien, sondern Verfahrensbeteiligte sind (vgl. Diggelmann/Isler, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, in SJZ 111/2015 S. 141 ff., S. 143 m.w.H.). Dies ist auch im Rechtsmittelverfahren so (vgl. OGer ZH LC110031 vom 6. Dezember 2012 sowie ZR 111/2012 Nr. 111) und muss daher auch im vorliegenden Verfahren gelten, in welchem ein gegen einen in einem familienrechtlichen Verfahren ergangenen Entscheid gerichtetes subsidiäres Rechtsmittel behandelt wird. Die Entschädigung des Kindesvertreters ist nach Eingang seiner Honorarnote mit separatem Entscheid festzusetzen.

- 21 -

### E. 1.3

Bei der von der Beklagten beantragten Parteientschädigung handelt es sich – da sie nicht anwaltlich vertreten ist – um eine Umtriebsentschädigung. Eine solche wird nur in begründeten Fällen zugesprochen, etwa wenn eine selbständig erwerbstätige Person einen Verdienstaufschlag erleidet. Grundsätzlich kann jedoch für die in eigener Prozesssache aufgewendete Zeit keine Entschädigung beansprucht werden (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 95 N 25; ZK ZPO-Suter/von Holzen, 3. Aufl. 2016, Art. 95 N 40 f., je m.w.H.). Die Beklagte begründet nicht, weshalb ihr spezielle Aufwände entstanden sein sollen, welche das Zusprechen einer Umtriebsentschädigung rechtfertigen würden. Solches ist denn auch nicht ersichtlich. Der Beklagten ist folglich keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Was ihren Entschädigungsantrag für C.\_\_\_\_\_ betrifft, so kann die Beklagte eine solche nicht verlangen, da sie C.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren nicht vertritt.

#### **E. 1.4**

Weil C.\_\_\_\_\_ keine materielle Verfahrenspartei ist und die Aufwände ihres Vertreters über die Gerichtskosten abgegolten werden, ist dem Kindesvertreter ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. 2. Hinzuweisen ist sodann auf das Rechtsmittel des Rekurses an die Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Zürich. Es wird beschlossen:

#### **E. 2**

Mit Eingabe vom 12. Januar 2017 erstattete die Beklagte beim Familiengericht als Kindesschutzbehörde eine Gefährdungsmeldung bezüglich C.\_\_\_\_\_, worauf es zu einem Verfahren kam, in dessen Rahmen mit Entscheidung vom 17. März 2017 eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet wurde. Es kam zu weiteren Gefährdungsmeldungen und der Konflikt zwischen den Parteien verschärfte sich zusehends, sodass ihre Zusammenarbeit immer weniger gewährleistet war, was sich auf die – nun umstrittene – Betreuung von C.\_\_\_\_\_ auswirkte. Auch das Verhalten von C.\_\_\_\_\_ selbst gab immer mehr Anlass zur Sorge (vgl. act. 8/18 S. 55 ff.).

#### **E. 2.1**

Der Kläger ist der Ansicht, die Vorinstanz habe mit der Verfügung vom 16. Juli 2018 bloss erreichen wollen, dass die mit Verfügung vom 5. Juli 2018 getroffene Anordnung sofort vollstreckt werden könne und zur Begründung mehr Zeit zur Verfügung stehe. Damit habe sie offensichtlich das Institut der superprovisorischen Massnahmen missbraucht, welches sich dadurch auszeichne, dass ein Entscheid vor der Anhörung der Gegenseite getroffen werde, weil ein Entscheid im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu spät käme und damit ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstünde – vorliegend hätten sich die Parteien zur Streitfrage aber bereits geäußert und es liege auch schon ein Entscheid vor, weshalb keine Dringlichkeit bestehe. Die von der Vorinstanz angekündigte Dauer bis zum Vorliegen der Begründung der Verfügung vom 5. Juli 2018 sei angesichts des Umfangs der zu begründenden Punkte ausserdem viel zu lange, zumal die Vorinstanz auch eine Teilbegründung hätte erstellen können, hingen die Kindesschutzmassnahmen doch argumentativ nicht von den übrigen Dispositivziffern ab. Die Vorinstanz bezwecke mit ihrem Vorgehen lediglich, dem Kläger die Möglichkeit zu nehmen, sich rechtzeitig gegen die Anordnung wehren zu können (act. 1 Rz 17 ff., vgl. auch act. 18 S. 1 f.).

#### **E. 2.2**

Zudem hätte die Vorinstanz auf den Antrag des Kindesvertreters um Erlass superprovisorischer Massnahmen mangels Vorliegen diverser Prozessvoraussetzungen nicht eintreten dürfen. So sei der Entscheid vom 5. Juli 2018 aufgrund der noch nicht erstellten Begründung noch nicht rechtskräftig und die Streitsache – die Kindesschutzmassnahmen – damit nach wie vor rechtshängig. Indem die Vorinstanz die fragliche Massnahme erneut getroffen habe, habe sie zweimal inhaltlich über dieselbe Sache entschieden. Dass materiell dieselbe Anordnung getroffen worden sei und

- 11 - keine widersprüchlichen Entscheide vorlägen, sei nicht relevant, da die fragliche Prozessvoraussetzung trotzdem nicht vorliege. Zudem habe es für einen erneuten Entscheid am Rechtsschutzinteresse gefehlt, weil die fragliche Kindesschutzmassnahme bereits am 5. Juli 2018 angeordnet worden sei. Der Kindesvertreter hätte sich gegen die verzögerte Begründung mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde zur Wehr setzen müssen. Weiter sei die Vorinstanz funktionell nicht zuständig gewesen, die Verfügung vom 16. Juli 2018 zu

erlassen, weil mit dem Entscheid vom 5. Juli 2018 die Sache für sie abgeschlossen gewesen sei. Betreffend die Vollstreckbarkeit hätte ein Verfahren bei der Rechtsmittelinstanz anhängig gemacht werden müssen. Eine Zuständigkeit ergebe sich ferner auch nicht gestützt auf Art. 268 ZPO, zumal eine Abänderung mangels Vorliegens veränderter Verhältnisse nicht möglich sei und der Zeitpunkt des Schulbeginns sowie die mangels Begründung fehlende Vollstreckbarkeit des fraglichen Entscheides bereits bei Erlass der Verfügung vom 5. Juli bekannt gewesen seien (act. 1 Rz 17 und 25 ff.). Im Übrigen habe die Vorinstanz durch das Ansetzen einer angesichts von Art. 265 Abs. 2 ZPO und der Umstände übermässig langen und zudem noch erstreckbaren Frist zur Stellungnahme das Beschleunigungsgebot verletzt. Den Parteien werde ein anfechtbarer Entscheid vorenthalten, und es werde angestrebt, Fakten zu schaffen (act. 1 Rz 34 ff. und act. 18 S. 2).

### **E. 2.3**

Die Fehler der Vorinstanz würden – insbesondere in der Summe – krasse Verfahrensfehler darstellen, weshalb die Verfügung vom 16. Juli 2018 für nichtig zu erklären sei, zumal dies die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden würde, weil C. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_ beschuldert werden könne. Ausserdem wäre auch ein Amtsmissbrauch im Sinne von Art. 312 StGB zu prüfen. Zudem habe die Vorinstanz den Anspruch des Klägers auf ein faires Verfahren gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt und sei in Willkür verfallen. Es liege eine Amtspflichtverletzung vor (act. 1 Rz 22 ff., 28, 30, 33 und 39 ff. sowie act. 18 S. 2). Bei den Ausführungen der Beklagten handle es sich schliesslich um haltlose Vorwürfe, welche mit dem vorliegenden Verfahren nichts zu tun hätten (act. 18 S. 1).

- 12 - 3. Die Beklagte macht im Wesentlichen und sinngemäss geltend, C. \_\_\_\_\_ benötige schnellstmöglich Schutz und Unterstützung, dies überwiege angebliche Verfahrensfehler. Der Kläger beachte das Kindeswohl nicht, er sträube sich gegen Unterstützungsmassnahmen für C. \_\_\_\_\_ und habe arglistig gehandelt, indem er die Begründung der in der Verfügung vom 5. Juli 2018 angeordneten Massnahme gefordert habe (act. 11).

### **E. 3**

Der Kläger leitete mit Eingabe vom 16. Oktober 2017 beim Bezirksgericht Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) ein Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils vom 18. Dezember 2014 ein (act. 8/1). Dabei verlangte er im Wesentlichen die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge – bzw. zumindest hinsichtlich der schulischen Belange – und der Obhut über C. \_\_\_\_\_ an ihn, unter Regelung des Besuchsrechtes der Beklagten (vgl. act. 8/1 und act. 8/54, ferner act. 8/6 und act. 8/131). Die Beklagte beantragte demgegenüber das Nichteintreten auf diese Begehren bzw. deren Abweisung (act. 8/72). Für C. \_\_\_\_\_ wurde ein Kindesvertreter bestellt (vgl. act. 8/78).

- 3 -

#### **E. 3.1**

Der Kindesvertreter von C. \_\_\_\_\_ sieht in der Verfügung vom 16. Juli 2018 keinen Missbrauch des Instituts der superprovisorischen Massnahmen. Die Vorinstanz habe mit diesem Entscheid die Lücke schliessen wollen, welche vorliege, bis der Entscheid vom 5. Juli 2018 begründet und damit vollstreckbar sei. Die Vorinstanz habe im Entscheid vom 16. Juli 2018 ausführlich dargelegt, weshalb die fragliche Massnahme im Hinblick auf die Beschulung von C. \_\_\_\_\_ essentiell sei und keinen Aufschub dulde. Die besondere

Dringlichkeit habe sich aus dem erst nach dem Ergehen der Verfügung vom 5. Juli 2018 eingetretenen Umstand ergeben, dass mit der Vollstreckbarkeit dieses Entscheides erst ab Mitte August 2018 habe gerechnet werden können, die Vollstreckung wegen des Kindeswohls aber schon vorher zwingend notwendig gewesen sei. Dem habe mit einem typischerweise kurzen und daher schneller verfassbaren superprovisorischen Entscheid begegnet werden können. Die von der Vorinstanz mutmasslich benötigte Dauer von anderthalb Monaten bis zum Vorliegen der Begründung der Verfügung vom 5. Juli 2018 könne nicht als absolut haltlos bezeichnet werden (act. 12 Rz 3.1).

### **E. 3.2**

Weiter seien für den Entscheid vom 16. Juli 2018 auch die Prozessvoraussetzungen erfüllt gewesen. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen stehe der Anordnung superprovisorischer Massnahmen ebenso wenig entgegen wie die Rechtshängigkeit der Hauptsache dem Erlass vorsorglicher Massnahmen. Zudem seien nicht zwei widersprüchliche Entscheide in derselben Sache ergangen, zumal die beiden Verfügungen unterschiedliche Zeitperioden regeln würden: Der Entscheid vom 16. Juli 2018 betreffe nur die Zeitspanne bis zum Vorliegen der Begründung der Verfügung vom 5. Juli 2018. Ein

- 13 - Rechtsschutzinteresse für den Erlass einer vollstreckbaren Anordnung sei sehr wohl gegeben, zumal mutmasslich erst ab Mitte August 2018 ein vollstreckbarer Entscheid vorliege. Eine Rechtsverzögerungsbeschwerde hätte C.\_\_\_\_\_ jedenfalls nicht geholfen, hätte dies doch maximal in einer Ermahnung der Vorinstanz bestanden und wäre der unklare Zustand nicht behoben worden. Zudem sei die Vorinstanz nicht funktionell unzuständig gewesen, über die Vollstreckbarkeit zu entscheiden, wie das Nichteintreten des Berufungsgerichts auf die Eingabe des Klägers gezeigt habe. Die Verfahrensherrschaft gehe erst mit Einreichen der Berufung auf die Rechtsmittelinstanz über, was aber ohne Begründung noch nicht möglich sei (act. 12 Rz 3.2-4).

### **E. 3.3**

Es sei ferner nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger durch eine angeblich zu lange Frist zur Stellungnahme in seinen Rechten verletzt würde, zumal es ihm freigestellt sei, seine Stellungnahme vor Fristablauf einzureichen und gegebenenfalls seinerseits superprovisorische Massnahmen zu beantragen. Die Verfügung vom 16. Juli 2018 sei keinesfalls nichtig, auch zumal dies aus dem Blickwinkel des Kindeswohls eine Gefährdung der Rechtssicherheit darstellen würde (act. 12 Rz 3.5 und 4). Der Vorwurf der Erfüllung des Straftatbestandes sei überdies fehl am Platz (act. 12 Rz 3.1). 4. Der Wortlaut von Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 16. Juli 2018 ist – abgesehen vom zusätzlichen Begriff "superprovisorisch" – derselbe wie derjenige in Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 5. Juli 2018. Es ist dem Kläger aber zuzustimmen, dass es der Vorinstanz dabei nicht darum ging, die fragliche Kindesschutzmassnahme erneut zu treffen. Wie der Kläger korrekt darlegt, wäre ein solches Vorgehen aufgrund der bereits vorhandenen Regelung im Hinblick auf die Rechtshängigkeit – da vorsorgliche Massnahmeentscheide mit ihrer Eröffnung noch nicht rechtskräftig sind (vgl. BGE 139 III 486 E. 3), stellt die Rechtskraft noch kein Problem dar – bzw. die nicht vorliegenden Abänderungsvoraussetzungen problematisch und überdies auch unnötig gewesen. Mit der Verfügung vom 16. Juli 2018 ordnete die Vorinstanz inhaltlich nicht noch einmal dasselbe an

- 14 - wie in der Verfügung vom 5. Juli 2018, sondern vielmehr die Vollstreckbarkeit der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der Verfügung vom 5. Juli 2018. Weil es sich dabei im Vergleich

zum Entscheid vom 5. Juli 2018, in dem materiell über Kindesschutzmassnahmen entschieden worden war, um eine andere, prozessuale Anordnung handelt, erweisen sich die Vorwürfe des Klägers in Bezug auf die Rechtshängigkeit, den zweimaligen Entscheid in derselben Sache, das Rechtsschutzinteresse und die Abänderung des früheren Entscheides als nicht zutreffend. Allerdings stellt sich die Frage, ob in der vorliegenden Konstellation überhaupt über die Vollstreckbarkeit entschieden werden konnte und falls ja, ob die Vorinstanz dafür funktionell zuständig war oder ob nicht die Rechtsmittelinstanz einen solchen Entscheid hätte fällen müssen, wie der Kläger vorbringt.

#### **E. 4**

Dem mit Entscheid des Bezirksgerichts Bremgarten vom 17. März 2017 und 26. Januar 2018 eingesetzten Beistand, E.\_\_\_\_\_, wird die Entscheidungsbefugnis in Bezug auf sämtliche Belange, welche die Schule/Ausbildung – inklusive Übernachtungen in der Schule – sowie die psychiatrischen/psychologischen Abklärungen und Therapien für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, betreffen, im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB übertragen. Die elterliche Sorge beider Elternteile wird im Sinne von Art 308 Abs. 3 ZGB entsprechend eingeschränkt.

#### **E. 4.1**

Zunächst ist zu klären, ob die unbegründet ergangene Verfügung vom 5. Juli 2018 mit ihrer Eröffnung vollstreckbar wurde oder nicht. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit ihrer Eröffnung grundsätzlich noch nicht rechtskräftig, aber vollstreckbar (vgl. Art. 315 Abs. 4 ZPO bzw. Art. 325 Abs. 1 ZPO und BGE 139 III 486 E. 3), wobei die Rechtsmittelinstanz die Vollstreckbarkeit des Entscheides aufschieben kann (Art. 315 Abs. 5 bzw. Art. 325 Abs. 2 ZPO). Dies gilt zumindest für mit einer Begründung eröffnete Entscheide. Ergeht ein Massnahmeentscheid hingegen unbegründet, sieht die Sache anders aus. Weil bis zum Vorliegen der Begründung noch kein Rechtsmittel ergriffen werden kann – die Rechtsmittelfrist beginnt erst mit der Zustellung der Begründung zu laufen (Art. 239 i.V.m. Art. 311 Abs. 1 bzw. Art. 321 Abs. 1 ZPO) –, und damit auch noch nicht im Sinne von Art. 315 Abs. 5 bzw. Art. 325 Abs. 2 ZPO um Aufschub der Vollstreckbarkeit ersucht werden kann, ist umstritten, ob die Vollstreckbarkeit auch dann mit der Eröffnung eintritt oder ob dies erst mit dem Vorliegen der Begründung der Fall ist. Im Gesetz ist die Frage nicht ausdrücklich geregelt. Ebenso wenig findet sich eine Bestimmung dazu, ob und falls ja bei welcher Instanz während der Zeit bis zum Vorliegen der Begründung die Bewilligung oder der Aufschub

- 15 - der Vollstreckbarkeit beantragt werden kann. In der Lehre werden mit jeweils guten Argumenten beide Auffassungen vertreten. Einige Autoren stellen sich auf den Standpunkt, der Entscheid werde sofort vollstreckbar, es könne jedoch umgehend und folglich bereits vor dem Vorliegen der Begründung bei der Rechtsmittelinstanz der Aufschub der Vollstreckbarkeit als vorsorgliche Massnahme "sui generis" beantragt werden (Jent-Sørensen, Resolutiv be- dingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückfor- derungsmöglichkeiten, in SJZ 110/2014 S. 57 ff., S. 60 f. m.w.H.; Mar- kus/Wuffli, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, in ZBJV 151/2015 S. 75 ff., S. 80, 107 ff.; Staehelin/Bachofner, Vollstreckung im Niemandsland, Beschwerdefähige Entscheide zwischen Entscheideröff- nung und Zustellung der schriftlichen Begründung, in: Jusletter 16. April 2012, Rz 8 f. und 14 ff. m.w.H.; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 239 N 35 und Art. 336 N 13). Vertreten wird auch, dass

die erste Instanz in der Übergangsphase zu vorsorglichen Anordnungen betreffend die Vollstreckbarkeit zuständig ist (vgl. Jent-Sørensen, a.a.O., S. 61 Fn 30; Markus/Wuffli, a.a.O., S. 110; ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 315 N 71 m.w.H.; in gewissen Rechtgebieten besteht diese Möglichkeit kraft Gesetz, vgl. etwa Art. 450c ZGB; ablehnend Staehelin/Bachofner, a.a.O., Rz 10 f.). Andere Autoren sind demgegenüber der Auffassung, dass ein Entscheid erst mit Zustellung der Begründung vollstreckbar werde (BSK ZPO-Droese, 3. Aufl. 2017, Art. 336 N 8; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 239 N 8; Rohner/Mohs, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 336 N 2; vgl. ferner BK ZPO-Kellerhals, Art. 336 N 5). Die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich folgt letzterem Standpunkt (OGer ZH RT120039 vom 11. Juni 2012 E.II.3.3-9 = ZR 111/2012 Nr. 70; OGer ZH RV120010 vom 13. September 2012 E.1.c-g; vgl. auch act. 14/1 E. 2.2.2). Das Problem, dass bei dieser Variante zwar die von der Vollstreckung bedrohte Partei in der Übergangszeit geschützt ist, der Gegenseite jedoch aufgrund der mangelnden Durchsetzbarkeit des getroffenen Entscheides Nachteile entstehen können (vgl. auch ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 239 N 35), wird dabei jedoch ebenso wenig thematisiert

- 16 - wie die Frage, ob die obsiegende Partei in einem solchen Fall Massnahmen ergreifen könnte. Bei Geldforderungen mag dies in der Regel unproblematisch sein, in anderen Fällen – gerade wenn es wie vorliegend um Kinderbelange geht – sind jedoch durchaus Konstellationen denkbar, in welchen die mangelnde Vollstreckbarkeit bzw. die fehlende Möglichkeit der Anordnung der Vollstreckbarkeit ein Problem darstellt, gerade wenn die Begründung eine längere Zeit in Anspruch nimmt. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich folgt teilweise der Praxis der I. Zivilkammer, ohne jedoch die Frage bisher ausdrücklich entschieden zu haben. In einem Konkursverfahren verfügte die II. Zivilkammer allerdings auch, es könne nicht von der Unvollstreckbarkeit eines unbegründeten Entscheides ausgegangen werden, wenn das Konkursdekret bereits den involvierten Ämtern und Personen mitgeteilt worden sei. Vor Zustellung der Begründung könne die Beschwerdeinstanz jedoch in analoger Anwendung von Art. 263 SchKG die Wirkungen des eröffneten Konkurses aufschieben (OGer ZH PS130222 vom 19. Dezember 2013, erwähnt im Urteil OGer ZH PS130222 vom 11. April 2014 E. 1; vgl. auch Markus/Wuffli, a.a.O., S. 108 für den Fall der Berufung gegen einen unbegründeten Entscheid in der Hauptsache). Andere kantonale Gerichte – etwa das Kantonsgericht Basel-Landschaft – gehen demgegenüber klar von der sofortigen Vollstreckbarkeit aus, wobei bei der Rechtsmittelinstanz die Anordnung der aufschiebenden Wirkung als vorsorgliche Massnahme beantragt werden könne (KG BL vom 19. Juni 2012 (410

#### **E. 4.2**

Es steht der Aufsichtsbehörde über die Bezirksgerichte nicht zu, diese Streitfrage verbindlich zu entscheiden, hierfür zuständig sind vielmehr die Rechtsprechungsinstanzen. Im vorliegenden Verfahren ist daher davon auszugehen, dass es sich um eine nicht geklärte Frage handelt. Entsprechend durfte sich die Vorinstanz aus aufsichtsrechtlicher Sicht in vertretbarer Weise für eine der beiden Lösungen entscheiden. Ebenso erscheint es nach dem Gesagten auch als vertretbar, sich ausgehend von der noch mangelnden Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 5. Juli 2018 auf den Standpunkt zu stellen,

- 17 - die durch die fehlende Vollstreckbarkeit benachteiligte Partei bzw. im vorliegenden Fall die Verfahrensbeteiligte C. \_\_\_\_\_ müsse dies nicht einfach hinnehmen, sondern die Vollstreckbarkeit beantragen können. Während es naheliegender gewesen sein mag,

diesen Entscheid der Rechtsmittelinstanz zu überlassen, welche sonst über Fragen der Bewilligung bzw. des Aufschubs der Vollstreckbarkeit entscheidet (vgl. Art. 315 und Art. 325 ZPO), lässt sich auch mit guten Gründen – etwa der Verfahrensherrschaft und der Kenntnis über das Verfahren – vertreten, dass die Instanz, welche den unbegründeten Entscheid traf, hierfür zuständig sein sollte. Damit ist im von der Vorinstanz gewählten Vorgehen keine aufsichtsrechtlich relevante Pflichtverletzung zu erblicken.

#### **E. 4.3**

Dass die Vorinstanz die Vollstreckbarkeit mit einer superprovisorischen Verfügung anordnete, ist überdies im Grundsatz nicht zu bestanden. Entscheide über die Vollstreckbarkeit stellen eine Art vorsorgliche Massnahmen dar (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 315 N 23 und 62 m.w.H.; vgl. auch Staehelin/Bachofner, a.a.O., Rz 15), welche auch von den Rechtsmittelinstanzen bei ihren entsprechenden Entscheiden nach Art. 315 bzw. Art. 325 ZPO bei gegebenen Voraussetzungen durchaus superprovisorisch getroffen werden. Auch liegt kein Missbrauch des Instituts der vorsorglichen Massnahmen vor, zumal über die Vollstreckbarkeit zuvor noch nicht entschieden worden war und die Parteien dazu auch noch nicht angehört worden waren. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Ansicht der Vorinstanz, die Voraussetzungen für eine superprovisorische Anordnung der Vollstreckbarkeit seien gegeben, qualifiziert falsch wäre. Zwar rügt der Kläger die fehlende Dringlichkeit, doch ist dem angesichts der Umstände nicht zuzustimmen: Ausgehend von den am 5. Juli 2018 verfügten Kinderschutzmassnahmen – deren Überprüfung auf ihre Richtigkeit und Angemessenheit hin obliegt (auch mangels entsprechender Anfechtung) nicht der Aufsichtsbehörde, sondern den ordentlichen Rechtsmittelinstanzen – durfte sich die Vorinstanz in vertretbarer Weise auf den Standpunkt stellen, im Hinblick auf das Kindeswohl sei ein möglichst schnelles Tätigwerden des Beistandes erforderlich, zumal ein Schuleintritt nicht von heute auf morgen organisiert werden

- 18 - kann und ein Tätigwerden erst kurz vor Schulanfang damit mutmasslich nicht zum Ziel geführt hätte. Zu den übrigen Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahme äussert sich der Kläger nicht und es ist die entsprechende Begründung der Vorinstanz auch nicht völlig haltlos.

#### **E. 4.4**

Davon ausgehend, dass ein möglichst schnelles Tätigwerden des Beistandes erforderlich war, lässt sich auch der Einwand entkräften, der Problematik hätte nur mit einer schnelleren Begründung des Entscheides vom 5. Juli 2018 begegnet werden dürfen, womit die Anordnung der Vollstreckbarkeit gar nicht notwendig gewesen wäre. Weil die Vorinstanz ihren Entscheid kaum genügend schnell mit der nötigen Sorgfalt hätte begründen können, wäre auf diese Weise die angestrebte Massnahme nicht schnell genug vollstreckbar gewesen. Dies gilt auch für eine Teilbegründung, wie der Kläger anführt, wobei diesbezüglich anzumerken ist, dass zu einem solchen Vorgehen ohnehin keine Verpflichtung bestand. Da somit sachliche Gründe für die Vorgehensweise der Vorinstanz sprechen, ist es auch weder ersichtlich, dass sie damit lediglich den Parteien das Ergreifen eines Rechtsmittels verunmöglichen wollte noch dass es der Vorinstanz bloss darum ging, sich längere Zeit für die Erstellung der Begründung zu verschaffen. Im Übrigen ist eine Dauer von knapp eineinhalb Monaten für die Begründung eines Massnahmeentscheides wie des Vorliegenden vor allem angesichts des doch erheblichen Umfangs der zu

berücksichtigenden Akten (vgl. act. 8/1-145) noch nicht derart lange, dass die Aufsichtsbehörde eingreifen müsste.

#### **E. 4.5**

Zu ergänzen bleibt, dass die Vorinstanz die in der Verfügung vom 5. Juli 2018 angeordneten Kinderschutzmassnahmen nicht superprovisorisch verfügen konnte, nachdem sich beide Parteien bereits dazu geäussert hatten und entsprechend gestützt darauf entschieden werden konnte. Damit kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte bereits am 5. Juli 2018 die schon ersichtliche Dringlichkeit – es ist dem Kläger Recht zu geben, dass sowohl der Schulanfang 2018 als auch der Umstand, dass der Beistand möglichst schnell tätig werden musste, bereits notorisch bekannt

- 19 - waren – erkennen müssen und ihr entsprechend mit der Anordnung superprovisorischer Massnahmen in der Sache begegnen müssen.

#### **E. 4.6**

Was die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Stellungnahme von 20 Tagen betrifft, so erscheint diese angesichts der Umstände und der zu entscheidenden Frage der Anordnung oder Verweigerung der Vollstreckbarkeit zwar tatsächlich als lange, auch zumal die Frist noch erstreckt werden kann. Zwar trifft es zu, dass der Kläger seine Stellungnahme noch vor Fristablauf einreichen könnte, wie der Kindesvertreter vorbringt, doch wurde auch der Beklagten entsprechend Frist angesetzt, sodass es nicht alleine in der Hand des Klägers liegt, die Angelegenheit zu beschleunigen. Als derart lange, dass von einer aufsichtsrechtlich relevanten Pflichtverletzung gesprochen werden kann, erweist sich die fragliche Frist jedoch nicht.

#### **E. 4.7**

Nichtig ist die Verfügung vom 16. Juli 2018 ebenfalls nicht. Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Entscheide dann nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht, inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen demgegenüber nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit (statt vieler: BGE 129 I 361 E. 2.1 m.w.H.). Vorliegend steht die Unzuständigkeit der Vorinstanz wie dargelegt gerade nicht fest, und auch weitere allfällige Mängel – dass aus aufsichtsrechtlicher Sicht keine solchen vorliegen, bedeutet nicht, dass eine ordentliche Rechtsmittelinstanz bei der von ihr vorzunehmenden vertiefteren Prüfung nicht zu einem anderen Schluss kommen könnte – können mangels aufsichtsrechtlicher Relevanz nicht so schwerwiegend sein, dass sie eine Nichtigkeit zur Folge hätten.

#### **E. 4.8**

Den Vorwurf des strafrechtlich relevanten Verhaltens gemäss Art. 312 StGB kann die Aufsichtsbehörde schliesslich nicht überprüfen. Diesbezüglich ist lediglich darauf hinzuweisen, dass keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich

- 20 - sind, sodass sich eine Anzeige bei der zuständigen Behörde nicht rechtfertigt.

#### **E. 4.9**

Anzufügen bleibt, dass die vom Kläger gegen den Kindesvertreter (vgl. act. 18 S. 2) sowie die von der Beklagten gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden können, sondern vielmehr im Abänderungsprozess zu beurteilen wären. Die Beklagte ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass es das gute Recht des Klägers war, die Begründung der Verfügung vom 5. Juli 2018 zu verlangen.

#### **E. 4.10**

Zusammenfassend erweist sich die Aufsichtsbeschwerde des Klägers als unbegründet und ist abzuweisen. IV. 1. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 83 Abs. 3 GOG). Diese umfassen gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 83 Abs. 3 GOG sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung.

#### **E. 5**

Mit Eingabe vom 10. Juli 2018 verlangte der Kläger die Begründung dieses Entscheides (act. 8/157). Daraufhin beantragte der Kindesvertreter mit Eingabe vom 12. Juli 2018 im Sinne superprovisorischer Massnahmen, es sei dem Beistand unverzüglich ohne Anhörung der Parteien die Entscheidungsbefugnis in Bezug auf sämtliche Belange, welche die Schule/Ausbildung sowie die psychiatrischen/psychologischen Abklärungen und Therapien für C.\_\_\_\_\_ betreffen, zu übertragen und die elterliche Sorge beider Eltern entsprechend einzuschränken. Die Kindesschutzbehörde Bremgarten sei anzuweisen, die Erziehungsbeistandschaft weiterzuführen und entsprechend auszuweiten (act. 8/162). In Gutheissung dieser Anträge traf die Vorinstanz mit begründeter Verfügung vom 16. Juli 2018 folgende Anordnung (act. 4/1 = act. 5 = act. 8/164; nachfolgend zitiert als act. 5): "1. Dem mit Entscheid des Bezirksgerichts Bremgarten vom 17. März 2017 und 26. Januar 2018 eingesetzten Beistand, E.\_\_\_\_\_, wird superprovisorisch die Entscheidungsbefugnis in Bezug auf sämtliche Belange, welche die Schule/Ausbildung inklusive Übernachtungen in der Schule sowie die psychiatrischen/psychologischen Abklärungen und Therapien für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, betreffen, im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB übertragen. Die elterliche Sorge beider Elternteile wird im Sinne von Art 308 Abs. 3 ZGB entsprechend eingeschränkt. 2. Die Kindesschutzbehörde Bremgarten wird superprovisorisch angewiesen, die mit Entscheid vom 17. März 2017 angeordnete Erziehungsbeistandschaft weiterzuführen und im Sinne von Dispositivziffer 1 dieses Entscheides auszuweiten. 3. Dem Kläger sowie der Beklagten wird eine Frist von 20 Tagen nach Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um eine schriftliche Stellungnahme zu den superprovisorischen Anträgen des Kindesvertreters von C.\_\_\_\_\_ vom 12. Juli 2018 einzureichen. Bei Säumnis wird Verzicht auf Stellungnahme angenommen. Die gesetzlichen Fristenstillstände geltend nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO). 4. [Mitteilungen]" Das Familiengericht kam der Anweisung mit Entscheid vom 18. Juli 2018 nach (act. 8/169).

- 5 -

#### **E. 6**

Gegen die Verfügung vom 16. Juli 2018 bzw. gegen die zuständige Bezirksrichterin erhob der Kläger mit Eingaben vom 30. Juli 2018 bei der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich sowohl eine sachliche als auch eine administrative Aufsichtsbeschwerde (zur Unterscheidung vgl. E. II.3.1). Letztere (vgl. act. 4/2) wird in einem separaten Verfahren behandelt (Geschäfts-Nr. VB180008). In seiner sachlichen Aufsichtsbeschwerde stellte der Kläger folgende Anträge (act. 1): "1. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegner mit Erlass der Verfügung vom 16. Juli 2018 ihre Amtspflichten

verletzt haben; 2. Es sei die Nichtigkeit der Verfügung der Beschwerdegegner vom 16. Juli 2018 (Geschäfts Nr. FP170029-F) betreffend Anordnung superprovisorischer Massnahmen festzustellen; 3. Eventualiter sei die Verfügung der Beschwerdegegner vom 16. Juli 2018 (Geschäfts Nr. FP170029-F) betreffend Anordnung superprovisorischer Massnahmen vollumfänglich aufzuheben; 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens." Sodann beantragte der Kläger in prozessualer Hinsicht, es seien die vorinstanzlichen Akten beizuziehen und ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen (act. 1 S. 3).

#### **E. 7**

Mit Verfügung vom 2. August 2018 wurde der Beklagten und C.\_\_\_\_\_ bzw. dem Kindesvertreter Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt und der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben (act. 7). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (act. 10). Die Beklagte antwortete mit Eingabe vom 14. August 2018, hierorts am 17. August 2018 eingegangen, und stellte folgende Anträge (act. 11): "1) Es sei der Antrag des Klägers/Beschwerdeführers A.\_\_\_\_\_ ab- zuweisen. 2) Es ist der Beklagten und Beschwerdegegnerin Ziffer 1 und 2 je eine Parteientschädigung zuzusprechen. 3) Die Kosten sind dem Kläger aufzuerlegen." Der Kindesvertreter von C.\_\_\_\_\_ beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 16. August 2018, wobei er folgende Begehren stellte (act. 12):

- 6 - "Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt zu Lasten des Beschwerdeführers." Diese Eingaben wurden dem Kläger mit Schreiben vom 20. August 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 15). Der Kläger nahm daraufhin mit Eingabe vom 23. August 2018 Stellung dazu (act. 18).

#### **E. 8**

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-177). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Verletzen Mitglieder von Gerichtsbehörden Amtspflichten, kann bei der un- mittelbaren Aufsichtsbehörde Aufsichtsbeschwerde erhoben werden (§ 82 Abs. 1 GOG). Gemäss § 80 Abs. 1 lit. b GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 lit. k der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 (LS 212.51) übt die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich die Aufsicht über die dem Obergericht unterstellten Gerichte und nach § 80 Abs. 2 GOG die mittelbare Aufsicht über die den Bezirksgerichten unterstellten Behörden aus (vgl. auch Hauser/Schweri/Lieber, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich/Basel/Genf 2012, § 80 N 1). Die Verwaltungskommission ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. 2. Nach § 83 Abs. 1 GOG ist die Aufsichtsbeschwerde innert zehn Tagen seit Kenntnisnahme der Amtspflichtverletzung schriftlich einzureichen; sie hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Diese Voraussetzungen erfüllt die Eingabe des Klägers vom 30. Juli 2018 (vgl. act. 1 und act. 8/165/2). 3. Zum Erheben einer Beschwerde legitimiert sind insbesondere die Parteien des zugrundeliegenden Verfahrens, sofern sie beschwert sind bzw. ein rechtlich geschütztes Interesse an der Beschwerdeführung haben (Hauser/Schweri/Lieber, a.a.O., § 83 N 5). Folglich ist der Kläger entgegen der Ansicht des Kindesvertreterers von C.\_\_\_\_\_ ohne Weiteres zur Beschwerde-

- 7 - erhebung legitimiert (vgl. act. 1 Rz 7 und act. 12 Rz 1). Die von letzterem zur Begründung seiner Ansicht zitierte Entscheidungspassage bezieht sich nicht auf die sachliche,

sondern auf die administrative Aufsichtsbeschwerde, wo der Anzeigerstatter nicht als Verfahrenspartei gilt (vgl. OGer ZH VB160025 vom 22. November 2017 E. II.2.2 sowie E. II.3.1).

**E. 12**

182) E. 1; KG BL vom 18. Dezember 2012 (430 12 374) E. 1). Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nicht zur Problematik geäußert.

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