

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV170006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Beschluss vom 12. Dezember 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 8. August 2017 (EZ170003-E)**

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Töchter: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014. Mit Eingabe vom 28. April 2016 machte die Gesuchsgegnerin am Bezirksgericht Hinwil ein Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 18/2 S. 3; EE160036-E). Mit Eheschutzurteil vom 20. Dezember 2016 wurden die beiden Töchter der Parteien unter die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin gestellt. Bezüglich des Besuchsrechts entschied das Eheschutzgericht was folgt (Urk. 18/2 S. 44 f.):

"3. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen, wird abgewiesen.

(...)

6. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, die Töchter C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:

- in den geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 17.00 Uhr;
- in den ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Samstagabend, 17.00 Uhr;
- in den geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, sowie am 24. Dezember, 12.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr, und vom 25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 17.00 Uhr.
- Im Übrigen ist der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, die Töchter C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, während drei einzelnen Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsgegner kündigt der Gesuchstellerin die Ferienwochen mindestens drei Monate im Voraus an.

Weitergehende oder abweichende Besuchsrechtskontakte im Interesse der Kinder sowie nach Absprache zwischen den Parteien, bleiben vorbehalten.

In der übrigen Zeit werden die Töchter C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ durch die Gesuchstellerin betreut."

2. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 3. März 2017 Berufung, mit welcher sie insbesondere eine Anpassung der vorstehenden Besuchsrechtsregelung beantragte (LE170011-O). Mit Verfügung vom 30. Mai 2017 wurde der Antrag der Gesuchsgegnerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung im besagten Eheschutzverfahren abgewiesen (Urk. 18/3).

3. Mit Eingabe vom 2. Juni 2017 – und somit während laufendem Berufungsverfahren – reichte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz folgendes Vollstreckungsgesuch ein (EZ170003-E, Urk. 1, sinngemäss):

Die Gesuchsgegnerin sei unter Strafandrohung von Art. 292 StGB bei Zuwiderhandlung zu verpflichten, dem Gesuchsteller die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, gemäss Eheschutzentscheid des Bezirksgerichtes Hinwil vom 20. Dezember 2016 (EE160036-E) wie folgt herauszugeben:

- in den geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 17.00 Uhr;
- in den ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Samstagabend, 17.00 Uhr;
- in den geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, sowie am 24. Dezember, 12.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr,
- und in den ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr, und vom 25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 17.00 Uhr.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

4. Mit Urteil vom 8. August 2017 wies die Vorinstanz das Begehren des Gesuchstellers um Vollstreckung der Betreuungsregelung gemäss Eheschutzentscheid vom 20. Dezember 2016 ab (EZ170003-E, Urk. 12).

5. Innert Frist erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 21. August 2017 Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz vom 8. August 2017 mit folgendem Antrag (RV170006-O, Urk. 14 S. 2):

"1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 8. August 2017 (Geschäfts-Nr. EZ170003) aufzuheben und es sei in Gutheissung des Gesuchs des Beschwerdeführers die Vollstreckung des Vollzugs des Besuchsrechts gemäss Eheschutzentscheid des Bezirksgerichtes Hinwil vom 20. Dezember 2016 (EE160036-E) anzuordnen und die Beschwerdegegnerin, unter Strafandrohung von Art. 292 StGB bei Zuwiderhandlung, zu verpflichten, dem Beschwerdeführer die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zur Ausübung des Besuchsrechts wie folgt herauszugeben:

- in den geraden Kalenderwochen von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 17.00 Uhr;
- in den ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend, 17.00 Uhr bis Samstagabend, 17.00 Uhr;
- in den geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, sowie am 24. Dezember, 12.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr, und in ungeraden Jahren

über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr, und vom 25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember 17.00 Uhr.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt) zulasten der Beschwerdegegnerin;  
Eventualiter sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und Unterzeichnende zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin zu bestellen."

6. Am 6. September 2017 erliess die erkennende Kammer im Eheschutzverfahren der Parteien den Berufungsentscheid. Darin wurde der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts abgewiesen und das Betreuungsrecht des Gesuchstellers wie folgt neu geregelt (LE170011-O, Urk. 93 S. 45):

- "2. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, die Töchter C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:
  - am ersten und dritten Wochenende jeden Monats von Freitagabend 17:00 Uhr bis Sonntagabend 17:00 Uhr;
  - jeweils am zweiten Wochenende jeden Monats alternierend entweder von Freitagabend 17:00 Uhr bis Samstagabend 17:00 Uhr (gerade Kalendermonate) oder am Sonntag von 10:00 Uhr bis abends um 19:00 Uhr (ungerade Kalendermonate);
  - in den geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage, von Karfreitag, 10:00 Uhr, bis Ostermontag, 17:00 Uhr, sowie am 24. Dezember, 12:00 Uhr, bis 25. Dezember, 12:00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage, von Pfingstsamstag, 10:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17:00 Uhr, und vom 25. Dezember, 12:00 Uhr, bis 26. Dezember, 17:00 Uhr.
  - Im Übrigen ist der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, die Töchter C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, während drei einzelnen Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsgegner kündigt der Gesuchstellerin die Ferienwochen mindestens drei Monate im Voraus an.

Weitergehende oder abweichende Besuchsrechtskontakte im Interesse der Kinder sowie nach Absprache zwischen den Parteien, bleiben vorbehalten."

7. Da sich das Vollstreckungsbegehren des Gesuchstellers (lediglich) auf die erstinstanzliche Besuchsrechtsregelung bezieht (EZ170003-E, Urk. 1), welche aufgrund des vorgenannten Berufungsentscheides nicht mehr existiert, wurde den Parteien mit Verfügung vom 17. Oktober 2017 Frist angesetzt, um sich zum weiteren Verlauf des vorliegenden Verfahrens zu äussern (Urk. 21). Die entsprechende Stellungnahme des Gesuchstellers datiert vom 8. November 2017 (Urk. 23), die-

jenige der Gesuchsgegnerin vom 16. November 2017 (Urk. 24). Der Gesuchsteller bringt vor, dass sich seine Anträge aufgrund des Berufungsentscheides vom 6. September 2017 erübrigen würden und das Gesuch um Vollstreckung wohl gegenstandslos geworden sei. Bezüglich der Prozesskosten ist er der Ansicht, dass die Gesuchsgegnerin das Besuchsrecht eigenmächtig verhindert habe und so Anlass zum Beschwerdeverfahren gegeben hätte, weshalb ihr die Kosten aufzuerlegen seien (Urk. 23 S. 2). Die Gesuchsgegnerin ihrerseits beantragt die vollständige Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers. Mit dem Eheschutzurteil des Obergerichts sei der Entscheid der Vorinstanz "abgelöst" worden. Die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils sei somit nicht mehr aktuell und neue Anträge auf Vollstreckung des mittlerweile rechtskräftigen Obergerichtsentscheides seien nicht gestellt worden. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren seien dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Urk. 24 S. 1 und S. 6).

8.1 Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel, d.h., die Berufungsinstanz fällt – soweit sie den angefochtenen Entscheid der ersten Instanz nicht bestätigt – in der Regel einen neuen Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies setzt Gutheissung der Berufung und (zumindest teilweise) Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides voraus. Bei teilweiser Gutheissung wird diesfalls ein Teil des erstinstanzlichen Entscheides aufgehoben und neu gefasst. Der Inhalt des neuen Entscheides, den die Berufungsinstanz fällt, ist mit dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid naturgemäss nicht identisch, weshalb der erstinstanzliche Entscheid im Umfang der Gutheissung der Berufungsanträge aufgehoben wird (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 23 und N 27). Eine Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Entscheid erübrigt sich, ausser zur Festhaltung derjenigen Punkte, die gegebenenfalls in formelle Rechtskraft erwachsen sind und nicht mehr Gegenstand des Berufungsentscheides bilden. Dadurch wird erreicht, dass der Berufungsentscheid allein als Vollstreckungstitel für sämtliche gerichtlich zugesprochenen Rechtsansprüche dient (BK ZPO II-Sterchi, Art. 318 N 3).

8.2 Vorliegend hat die erkennende Kammer mit ihrem Eheschutzurteil vom 6. September 2017 den Berufungsantrag Ziffer 2 der Gesuchsgegnerin gutge-

heissen und das Besuchsrecht in Abweichung zum angefochtenen Entscheid neu geregelt (LE170011-O, Urk. 93 S. 25 und S. 45). Aufgrund der reformatorischen Natur des Berufungsentscheides wurde durch diese Neufassung die erstinstanzliche Betreuungsregelung aufgehoben. Eine Vollstreckung des vorinstanzlichen Urteils betreffend das Besuchsrecht, d.h. ein Entscheid in der Sache ist somit rechtlich nicht mehr möglich. Mit anderen Worten kann der Gesuchsteller sein angestrebtes Prozessergebnis nicht mehr erreichen. Der Streitgegenstand (die erstinstanzliche Besuchsrechtsregelung) und somit das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers ist aufgrund des reformatorischen Berufungsurteils definitiv weggefallen. Es ist nach dem Gesagten rechtlich unmöglich geworden, im Sinne der gesuchstellerischen Rechtsbegehren zu urteilen, weshalb das Verfahren in Anwendung von Art. 242 ZPO gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben ist (vgl. BK ZPO II-Killias, Art. 242 N 1 und N 4; ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 3).

9.1 Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, kann das Gericht bei der Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei kann das Gericht u.a. berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben bzw. welche Partei die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat oder welche Partei vermutlich obsiegt hätte (ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 9).

9.2 Das voraussichtliche Prozessergebnis kann vorliegend unberücksichtigt bleiben, da in familienrechtlichen Verfahren die Kosten ohnehin nicht zwingend nach Obsiegen und Unterliegen verteilt werden müssen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). In Verfahren mit Bezug auf Kinderbelange werden nach Praxis der Kammer die Verfahrenskosten unabhängig vom Verfahrensausgang den Eltern je hälftig auferlegt, da in aller Regel beide Elternteile in guten Treuen ihren je unterschiedlichen Standpunkt im Interesse ihrer Kinder vertreten (*OGer ZH RV150007 vom 21.12.2015, E. IV.2; OGer ZH RV150002 vom 10.04.2015, E. III.2; ZR 84 [1985] Nr. 41*). Anlass, um vorliegend von dieser Praxis abzuweichen, besteht

nicht. Dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme zum Vollstreckungsgesuch selbst eingeräumt hat, dass sie sich nicht an das gerichtlich angeordnete Besuchsrecht gehalten und dieses eigenmächtig reduziert habe. Obwohl das Eheschutzurteil vom 20. Dezember 2016 kein begleitetes Besuchsrecht vorgesehen habe, scheine die Gesuchsgegnerin nun eigenmächtig ein solches installiert zu haben. Ihren Ausführungen zufolge habe sie das Besuchsrecht jedoch nicht verweigert, sondern dieses nach ihrem Gutdünken angepasst (Urk. 12 S. 6; Urk. 9). Nach dem Gesagten hat der Gesuchsteller nicht grundlos ein Vollstreckungsverfahren anhängig gemacht, mit welchem er die Gesuchsgegnerin unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zur Einhaltung des Besuchsrechts anhalten wollte (EZ170003-E, Urk. 1). Es erscheint in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO angemessen, die Gerichtskosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

9.3 Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzulegen.

9.4 Der Gesuchsteller beantragt für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Er sei nicht in der Lage, neben der Bestreitung seines Lebensunterhaltes und nach Ausrichtung der festgesetzten Unterhaltsbeiträge für die Anwalts- und Gerichtskosten aufzukommen. Die Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse könnten aus dem obergerichtlichen Eheschutzverfahren LE170011-O beigezogen werden (Urk. 14 S. 2 und S. 12). Im entsprechenden Eheschutzentscheid vom 6. September 2017 erwog die erkennende Kammer in derselben Gerichtsbesetzung, dass die Parteien finanziell mit einer Mankosituation konfrontiert seien, weshalb der Gesuchsteller mit dem Existenzminimum auskommen müsse. Zudem verfügten beide Parteien über kein nennenswertes Vermögen, weshalb die Mittellosigkeit ausser Frage stehe (LE170011-O, Urk. 93 S. 43 f.). Nach dem Gesagten ist dem Gesuchsteller – wie bereits im Eheschutzverfahren – aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse die beantragte unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO zu bewilligen und ihm in der Per-

son von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die anwaltlich beratene Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 24 S. 6) stellt für das Beschwerdeverfahren kein Armenrechtsgesuch.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Dem Gesuchsteller wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil des Gesuchstellers jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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.



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, 12. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:  
bz