

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV170010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 11. Oktober 2017

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____,

Beschwerdeführer

1, 2, 3, 4 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge lic. iur. E._____

gegen

F._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

und

E._____, lic. iur.,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 23. November 2016 (EZ160032-L)

Rückweisung: Urteil des Bundesgerichts vom 11. September 2017 (vormaliges Verfahren: RV160011-O)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 10. November 2015 übertrug das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, der Gesuchsgegnerin des vorinstanzlichen Verfahrens und damaligen Beklagten (fortan Gesuchsgegnerin) die alleinige elterliche Sorge für die Kinder A._____, geboren am tt.mm.2006, B._____ und C._____, beide geboren am tt.mm.2007, und D._____, geboren am tt.mm.2010, und teilte ihr die Obhut über dieselben zu (Urk. 3/1 S. 3, Dispositivziffer 2 und 3). Sodann genehmigte das Einzelgericht die von den Parteien getroffene Regelung hinsichtlich des Besuchsrechts (Urk. 3/1 S. 4, Dispositivziffer 4.3) und bestellte den Kindern einen Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB (Urk. 3/1 S. 5, Dispositivziffer 5).

1.2 Am 20. September 2016 reichte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) ein Gesuch um Vollstreckung des Besuchsrechts ein (Urk. 1 S. 2). Hierüber entschied die Vorinstanz mit Urteil vom 23. November 2016, indem es eine Strafe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Busse bis Fr. 10'000.–) anordnete, sollte die Gesuchsgegnerin nicht dafür sorgen, dass der Gesuchsteller das Besuchsrecht gemäss Scheidungsvereinbarung vom 10. November 2015 ausüben könne (Urk. 19 S. 9).

1.3 Die dagegen gerichtete Beschwerde der Kinder und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) vom 7. Dezember 2016 wies die Kammer mit Urteil vom 13. Januar 2017 ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 26).

1.4 Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 erhoben die Beschwerdeführer gegen dieses Urteil Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 11. September 2017 teilweise gut, hob den angefoch-

tenen Entscheid auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Kammer zurück. Im übrigen Umfang wurde die Beschwerde abgewiesen (Urk. 30).

2. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 142 I 93 E. 8.2) sind die Parteien darauf hinzuweisen, dass die Gerichtsbesetzung im Vergleich zu derjenigen im Verfahren RV160011-O zufolge altersbedingten Ausscheidens eines Mitglieds des Gerichts aus dem Staatsdienst geändert hat.

3.1 Gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 11. September 2017 kann der Eintritt der Bedingung ("strikte Ablehnung des Besuchsrecht") vorliegend nicht von der "Kenntnis des Besuchsrechts" und von einem "ersten Umsetzungsversuch" des Besuchsrechts abhängig gemacht werden. Bei der Feststellung der Unkenntnis von der Besuchsrechtsregelung und deren geplanten Umsetzung sei es die gesetzliche Aufgabe der kantonalen Instanzen, den Beschwerdeführern Bedeutung und Tragweite der Besuchsrechtsregelung auf geeignete Weise zur Kenntnis zu bringen. Im Hinblick darauf, ob die fragliche Bedingung eingetreten und die Vollstreckung der Besuchsrechtsregelung mit dem Kindeswohl vereinbar sei, hätten die kantonalen Instanzen die Kinder zu ihrer Einstellung gegenüber der Ausübung des väterlichen Besuchsrechts anzuhören oder ihre diesbezügliche Haltung auf eine andere geeignete Weise zu erforschen. Dabei beziehe sich dieses Beweisverfahren nicht auf die Ausgestaltung des väterlichen Besuchsrechts und habe keine Auswirkung auf den Bestand der rechtskräftigen Besuchsrechtsregelung, sondern stehe ausschliesslich im Dienste von deren Vollstreckung. Vorliegend sei – wie im bundesgerichtlichen Urteil vom 22. August 2008 (BGer 5A_388/2008) – eine besondere Situation gegeben, die ein erneutes Beweisverfahren im Vollstreckungsverfahren unausweichlich mache. Das Obergericht werde in einem neuen Entscheid darüber befinden müssen, ob die Beschwerdeführer die im Scheidungsurteil vorgesehenen Besuche beim Vater strikt ablehnen und/oder gegebenenfalls andere, dem Wohl der Beschwerdeführer widersprechende Gründe einer (unveränderten) Umsetzung der rechtskräftigen Besuchsrechtsregelung entgegenstehen. Nachdem die Eltern bezüglich des persönlichen Verkehrs offensichtlich entzweit seien, erscheine die Eignung der Mutter, die Beschwerdeführer im vorliegenden Vollstreckungsverfahren zu vertreten, ernsthaft in

Frage gestellt. Entsprechend werde nach Massgabe von Art. 299 Abs. 1 und 2 ZPO eine gesonderte Vertretung der Beschwerdeführer zu prüfen sein (Urk. 30 S. 11 ff.).

3.2 Weist das Bundesgericht eine Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück, so sind diese Erwägungen für die untere Instanz verbindlich (BGer 2C_54/2013 vom 28. März 2013, E. 1.3 mit Verweis auf BGE 135 III 334 E. 2.1.; BGE 133 III 201 E. 4.2). Vorliegend sind dementsprechend weitere Abklärungen in Bezug auf die Weigerungshaltung der Beschwerdeführer gegenüber der Umsetzung des Besuchsrechts vorzunehmen. Bei dieser Sachlage ist das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die entsprechenden Abklärungen vornehmen kann. Damit ist der Entscheid der Vorinstanz vom 23. November 2016 aufzuheben und das Verfahren in diesem Sinne an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz – wie vom Bundesgericht festgehalten – die Bestellung eines Prozessbeistandes für die Beschwerdeführer zu prüfen haben.

4.1 Bei diesem Verfahrensausgang ist eine Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren von Fr. 800.– festzusetzen, welche betragsgemäss derjenigen entspricht, welche schon im aufgehobenen Entscheid festgesetzt worden ist (Urk. 26 S. 18). Die Vorinstanz wird in ihrem Entscheid gesamthaft über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

4.2.1 Die Beschwerdeführer haben für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 18 S. 2). Zu beachten ist, dass die elterliche Unterhaltspflicht gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich auch die Übernahme von Prozesskosten des Kindes umfasst, da die familienrechtliche Unterstützungspflicht der staatlichen Pflicht zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht. Entsprechend dürfen bei der Beurteilung der Frage, ob ein minderjähriges Kind bedürftig ist, auch die finanziellen Verhältnisse der Eltern berücksichtigt werden (BGE 127 I 202 E. 3 mit weiteren Hinweisen). Sodann gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die umfassende Mitwirkungsobliegenheit eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Der Gesuchsteller hat zur Erfüllung seiner Mitwir-

kungsobliegenheit zunächst seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und zu belegen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat das Gericht allenfalls unbeholfene Personen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege benötigt. Wer durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, kann nicht als unbeholfen gelten (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3 m.w.H.). Das Gesuch kann mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden, wenn der Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt (BGer 4A_641/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.1 m.w.H.).

4.2.2 Die Beschwerdeführer haben weder ihre eigenen finanziellen Verhältnisse noch diejenigen ihrer Eltern dargelegt und belegt. Hierzu wären sie jedoch verpflichtet gewesen, zumal die Unterhaltspflicht nach Art. 277 Abs. 2 ZGB voraussetzt, dass eine solche den Eltern zumutbar ist. Die Zumutbarkeit kann aber nur aufgrund aller im Einzelfall erheblichen Umstände beurteilt werden. Da die Beschwerdeführer im Rechtsmittelverfahren durch ihre gesetzliche Vertreterin, d.h. durch ihre Mutter, vertreten werden, welche Rechtsanwältin ist, können sie nicht als unbeholfen gelten. Entsprechend ist ihnen keine Nachfrist anzusetzen, um ihre finanziellen Verhältnisse sowie diejenigen ihrer Eltern umfassend darzulegen und entsprechende Unterlagen einzureichen. Infolge Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht ist das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Der Entscheid des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 23. November 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 11. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: jo