

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Beschluss vom 26. März 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Dezember 2018; Proz. FE140135

Rechtsbegehren:

Anträge der Gesuchstellerin:

(act. 385 S. 1; act. 387 und act. 389 S. 1, sinngemäss):

1. Es sei C._____, geboren am tt.mm.2010, bezüglich ihrer Unterbringung durch das Gericht bzw. durch eine Vertrauensperson zu befragen.
2. Es sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Fremdplatzierung von C._____ aufzuheben und C._____ sei wieder in die Obhut der Gesuchstellerin zu geben.
3. Es sei die Beschränkung des Sorgerechts der Gesuchstellerin hinsichtlich medizinischer Massnahmen aufzuheben.
4. Eventualiter sei für den Fall der Aufrechterhaltung der Fremdplatzierung von C._____, der Gesuchstellerin ein unbegleitetes Besuchsrecht (inkl. einen Tag unter der Woche) sowie ein umfassendes Ferienbesuchsrecht einzuräumen.
5. Es sei die Beiständin von C._____ abzusetzen.
6. Es sei der Gesuchstellerin vom Bezirksgericht Zürich ein offizielles Dokument auszuhändigen, in dem steht, dass das Auskunfts- und Informationsrecht der Gesuchstellerin umzusetzen sei.

Anträge des Gesuchstellers:

(act. 372 und Prot. S. 188 ff., sinngemäss)

1. Es seien die Anträge der Gesuchstellerin vom 26. Oktober 2018 und vom 5. November 2018 abzuweisen bzw. es sei nicht darauf einzutreten.
2. Es sei dem Gesuchsteller ein angemessenes Ferienrecht und Feiertagsbesuchsrecht mit C._____ einzuräumen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

Anträge der Kindervertreterin:
(Prot. S. 179 f., S. 186)

1. Es seien die im Rahmen des Standortgesprächs vom 1. November 2018 festgelegten Besuchstage gerichtlich zu genehmigen.
2. Es sei dem Gesuchsteller ein Ferienrecht mit C._____ von vier Wochen pro Jahr zuzuteilen.
3. Es seien abgesehen vom Antrag, dass C._____ zu befragen sei, alle Anträge der Gesuchstellerin abzuweisen.

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Dezember 2018:
(act. 9/404 = act. 8)

1. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei C._____, geboren am tt.mm.2010, persönlich zu befragen, wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen.
2. Die Anträge der Gesuchstellerin, es sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Fremdplatzierung von C._____ aufzuheben und C._____ sei wieder in die Obhut der Gesuchstellerin zu geben, werden abgewiesen; die Fremdplatzierung von C._____ im Zentrum D._____ wird fortgeführt.
3. Der Antrag der Gesuchstellerin betreffend Aufhebung der Beschränkung der elterlichen Sorge in Bezug auf medizinische und therapeutische Belange von C._____ wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen.
4. Die Anträge der Gesuchstellerin betreffend Aufhebung der begleiteten Besuche sowie Einräumung eines Ferienbesuchsrechts werden im Sinne von vorsorglichen Massnahme abgewiesen.
5. Der Antrag der Kindervertreterin betreffend gerichtliche Genehmigung der im Rahmen des Standortgesprächs vom 1. November 2018 festgelegten Besuchstage wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gutgeheissen. Die Besuchsregelung gilt wie folgt:

- a) Der Gesuchstellerin kommt jeweils am Dienstag Nachmittag von 14.00 Uhr bis 16.30 Uhr ein begleitetes Besuchsrecht zu.
 - b) Während den Weihnachtsferien kommt der Gesuchstellerin am Donnerstag, 27. Dezember 2018 sowie am Donnerstag, 3. Januar 2019 jeweils von 14.00 Uhr bis 16.30 Uhr ein begleitetes Besuchsrecht zu.
 - c) Dem Gesuchsteller kommt an den Wochenenden alternierend folgendes Besuchsrecht zu: In der ersten Woche von Freitag, 17.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr, und in der zweiten Woche von Samstag, 13.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr.
 - d) Während den Weihnachtsferien kommt dem Gesuchsteller vom Freitag, 21. Dezember 2018, 17.00 Uhr, bis Dienstag, 25. Dezember 2018, 19.00 Uhr, sowie vom Freitag, 28. Dezember 2018, 17.00 Uhr, bis Dienstag, 1. Januar 2019, 19.00 Uhr, ein Besuchsrecht zu.
6. Die Anträge des Gesuchstellers und der Kindervertreterin betreffend Einräumung eines angemessenen Ferienrechts mit C._____ werden im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gutgeheissen. Dem Gesuchsteller kommt demnach über das Besuchsrecht gemäss Dispositiv-Ziffer 5 vorstehend ein Ferienbesuchsrecht von vier Wochen pro Jahr zu.
 7. Auf den Antrag der Gesuchstellerin, es sei die Beiständin abzusetzen, wird nicht eingetreten.
 8. Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ bleibt als Kindervertreterin mit der Wahrung der Interessen von C._____ betraut.
 9. Auf den Antrag der Gesuchstellerin, wonach ihr vom Bezirksgericht Zürich ein offizielles Dokument auszuhändigen sei, in dem steht, dass ihr Auskunfts- und Informationsrecht umzusetzen sei, wird nicht eingetreten.
 10. Die Entscheidgebühr für den vorliegenden Massnahmeentscheid wird auf CHF 900.-- (reine Entscheidgebühr) festgesetzt. Die Kosten für die Aufwendungen der Kindesvertretung und weitere Kosten bleiben vorbehalten.

11. Die Gerichtskosten für den vorliegenden Massnahmeentscheid werden vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt.
12. Die Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
- 13.–14. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 2 S. 20 f. sinngemäss):

1. Es sei C. _____ zur Wohnsituation und ihren Ferienwünschen zu befragen.
2. Es sei das Besuchsrecht gemäss Entscheid des Obergerichts vom Juni 2017 umzusetzen (1 Tag unter der Woche und das Wochenende von Freitag bis Sonntag).
3. Es sei die Befragung von C. _____ durch eine Vertrauensperson, z.B. Dr. E. _____ oder F. _____, anzuordnen.
4. Es sei eine Befragung C. _____s durch das Obergericht im Glasa-telier anzuordnen.
5. Es sei die Fremdplatzierung schrittweise aufzuheben.
6. Es sei davon abzusehen, C. _____ ins nächste Heim abzuschie-ben.
7. Es seien C. _____ Ferien in ... [Ortschaft] zu ermöglichen.
8. Es sei die Fallführung des Berufungsbeklagten zu überprüfen.
9. Der Berufungskläger und die Beiständin seien zu verpflichten, die Jahre 2015-2019 zusammen zu fassen.
10. Die Berufungsklägerin sei vom Vorwurf zu befreien, Unwahrheiten in den Fall hinein zu bringen.
11. Die Beiständin und die Kinderanwältin seien abzusetzen.

Erwägungen:

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Juli 2007 und sind Eltern der gemeinsamen Tochter C. _____, geboren am tt.mm.2010 (act. 9/2). Die Parteien stehen sich seit dem 14. Februar 2014 in einem Scheidungsverfahren vor dem Einzelgericht

(5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) gegenüber (act. 9/1).

1.2. Im Rahmen dieses Scheidungsverfahrens wurde die vorsorgliche Unterbringung der Tochter C._____ in einer geeigneten Institution der Jugendhilfe des Kantons Zürich angeordnet, unter Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern, und es wurde der Berufungsklägerin die elterliche Sorge in Bezug auf medizinische und therapeutische Belange C._____s entzogen (act. 9/114; act. 9/156; act. 9/256; act. 9/268). Diese Entscheide wurden mehrfach von der Vorinstanz und der Kammer bestätigt (act. 9/210 LY150045; act. 9/272 LY170004; act. 9/297; act. 9/300 LY180002; act. 9/370B; act. 9/371 F). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 hatte die Vorinstanz letztmals über die Befragung C._____s, deren Fremdplatzierung, ein Ferienbesuchsrecht, die Beschränkung des Sorgerechts hinsichtlich medizinischer Massnahmen und die Absetzung der Beiständin zu befinden. Dabei wies es die eingangs wiedergegebenen Anträge der Berufungsklägerin ab (act. 9/404 = act. 8).

1.3. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 26. Februar 2019 (Datum Poststempel) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 2). Im Nachgang dazu reichte sie vier weitere Eingaben ein (act. 4, act. 6; act. 13; act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-423). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO ist in Wahrung der 10- bzw. 30-tägigen Berufungsfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 314 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsfrist ist eine gesetzliche und als solche nicht erstreckbare Frist (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO), weshalb die Berufung in Wahrung der Berufungsfrist abschliessend zu begründen ist.

2.2. Bei der vorinstanzlichen Verfügung handelt es sich um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen. Entsprechend beträgt die Rechtsmittelfrist gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO zehn Tage. Darauf wies die Vorinstanz in der Rechtsmittelbelehrung hin (act. 8 Dispositiv-Ziff. 14). Die Berufungsfrist läuft ab der Zustellung des angefochtenen Entscheids (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung kann nach

Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO fingiert werden, wenn eine Partei, die mit einer Zustellung rechnen musste, eine eingeschriebene Sendung nicht abholt. So verhielt es sich hier mit dem ersten Versuch der Zustellung des angefochtenen Entscheids an die Berufungsklägerin. Die Sendung wurde ihr am 10. Januar 2019 zur Abholung am Schalter (mit Frist bis 17. Januar 2019) ins Postfach avisiert. Am 28. Januar 2019 wurde die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (vgl. act. 9/412). Die Berufungsklägerin hatte – wie ihre zahlreichen Eingaben zeigen – Kenntnis vom Verfahren und musste daher mit Zustellungen an die von ihr angegebene Adresse rechnen. In ihrer Berufungsschrift entschuldigt sich die Berufungsklägerin dafür, dass sie offenbar eine Abholungseinladung nicht erhalten habe (act. 2 S. 15). Soweit sie sich dabei auf die vorliegende Abholungseinladung bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass sich auf dem retournierten Briefumschlag der ursprünglich mit der Abholungseinladung verbundene Aufkleber mit dem Code für die Abholung befindet. Dies zeigt, dass eine Abholungseinladung bearbeitet worden war (vgl. act. 9/412). Zweifel an der Zustellung der Abholungseinladung bestehen daher nicht (vgl. BGE 142 IV 201 E. 2.3.; BGer 2C_163/2018 vom 23. Februar 2018 E. 2.3.2.; BGer 2C_670/207 vom 22. August 2017 E. 2.4.).

Mit Eingabe vom 14. Januar 2019 (Datum Poststempel 15. Januar 2019) bezeichnete die Berufungsklägerin neu Rechtsanwältin Z._____ als Zustellempfängerin (act. 9/408). Dies zu einem Zeitpunkt, als der angefochtene Entscheid bereits versandt und der Berufungsklägerin zur Abholung gemeldet war (vgl. act. 9/412). Die Bezeichnung eines Zustellempfängers ist nur für künftige Zustellungen möglich. Entsprechend wurde die Zustellung des angefochtenen Entscheids dadurch nicht beeinflusst. Die Sendung galt der Berufungsklägerin daher gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als am 17. Januar 2019 zugestellt. An diesem Datum wurde die Rechtsmittelfrist ausgelöst. Sie lief bis zum 28. Januar 2019. Die Berufungseingabe, welche die Klägerin am 26. Februar 2019 zuhanden des Obergerichts der Post übergab, erfolgte somit (ausgehend von der fingierten Zustellung und der 10-tägigen Rechtsmittelfrist) verspätet.

2.3. Dass die Vorinstanz nach dem gescheiterten Zustellungsversuch (obwohl die ZPO das nicht vorsieht) einen zweiten Zustellversuch an die Berufungsklägerin unternahm (vgl. act. 9/412 i.V.m. act. 9/416/3), ändert daran nichts. Zum Zeitpunkt der effektiven Zustellung (18. Februar 2019, vgl. act. 9/416/3 i.V.m. act. 11) war die 10-tägige Berufungsfrist, die wie gesehen nach der massgeblichen Zustellungsfiktion bis am 28. Januar 2019 lief, bereits verstrichen. Das Gebot von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) kann in dieser Situation nicht dazu führen, dass ein nach der späteren Zustellung eingereichtes Rechtsmittel als rechtzeitig entgegen zu nehmen wäre. Anders könnte es sich im Fall einer zweiten (nicht massgeblichen) Zustellung verhalten, die noch während laufender Frist erfolgte. Eine solche in der ZPO nicht vorgesehene zweite Zustellung könnte den Empfänger davon abhalten, fristgemäss zu handeln (weil sie den Eindruck erweckt, er habe noch zehn statt beispielsweise drei Tage Zeit dafür). Dies könnte es nach Treu und Glauben rechtfertigen, auf eine solche zweite Zustellung abzustellen. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Berufungsfrist war im Zeitpunkt der effektiven Zustellung an die Berufungsklägerin bereits verstrichen, ein fristgemässes Handeln also gar nicht mehr möglich. Die zweite Zustellung konnte sich auf den Fristenlauf nicht mehr auswirken (vgl. OGer ZH LF140015 vom 10. April 2014, E. II./1.4; OGer ZH RB170029 vom 13. Juli 2017 E. 2). Die nach dem massgeblichen Fristablauf erfolgte Zustellung vermochte somit keinen Vertrauenstatbestand zu setzen, aufgrund dessen die Berufung als rechtzeitig entgegen zu nehmen wäre.

2.5. Es bleibt daher dabei, dass die Berufung zu spät erhoben wurde. Auf die Berufung der Berufungsklägerin ist daher nicht einzutreten.

3.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Berufungsklägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 GebV OG i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird und bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– beträgt. Unter Berücksichtigung von § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 300.– zu bemessen.

3.3. Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, da ihm keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten und die Verfahrensbeteiligte je unter Beilage eines Doppels von act. 2 samt Beilagen, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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

5. 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 Entscheid 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: