

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ230021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 1. Juni 2023

in Sachen

A._____,
Klägerin 1 und Berufungsklägerin

gegen

B._____,
Beklagter und Berufungsbeklagter
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

sowie

C._____,
Kläger 2 und Verfahrensbeteiligter
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 2. Mai 2023 (FP180011-L)

Erwägungen:

1. a) Am 16. Januar 2018 erhoben die Klägerin 1 (Mutter des Klägers 2) und der Kläger 2 (geboren im Jahr 2016) beim Bezirksgericht Zürich (Vo-

rinstanz) gegen den Beklagten (Vater des Klägers 2) eine Klage auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen und weitere Kinderbelange. Anlässlich diverser Verhandlungen in den Jahren 2018 bis 2021 haben die Parteien jeweils Vereinbarungen u.a. betreffend die Betreuung des Sohnes für die Dauer des Prozesses getroffen, wobei der Sohn mehrheitlich von der Klägerin 1 betreut wurde. Nachdem die Klägerin 1 im Kontakt mit dem Sohn von Drittpersonen wiederholt alkoholisiert wahrgenommen worden war, vereinbarte die Beiständin des Sohnes mit den Parteien eine von der damaligen Regelung abweichende Betreuung, wonach der Sohn grundsätzlich beim Beklagten wohnte und zu bestimmten Zeiten von der Klägerin 1 betreut wurde. Mit Verfügung vom 3. November 2022 sistierte die Vorinstanz auf Antrag der Beiständin des Sohnes die Betreuungszeiten der Klägerin 1 einstweilen. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2022 hob die Vorinstanz diese einstweilige Sistierung auf und ordnete begleitete Besuchskontakte in einem begleiteten Besuchstreff an. Nachdem die Klägerin 1 alkoholisiert zum begleiteten Besuch vom 28. Januar 2023 erschienen war, wandelte die Vorinstanz mit Verfügung vom 31. Januar 2023 das bisherige Besuchsrecht in eine durch eine sozialpädagogische Familienbegleitung begleitete Betreuung für mindestens vier Stunden pro Woche um. Mit Verfügung vom 3. Februar 2023 bestellte die Vorinstanz ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit beider Eltern etc.; ein Zwischenbericht zu diesem Gutachten ging bei der Vorinstanz am 16. März 2023 ein (Urk. 2 S. 4-6).

b) Mit Verfügung vom 2. Mai 2023 erliess die Vorinstanz die folgenden vorsorglichen Massnahmen (Vi-Urk. 885 = Urk. 2, S. 26 ff.):

1. Der Sohn [...], geboren 2016] wird für die weitere Dauer des Verfahrens unter die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern gestellt.
2. Die Obhut für den Sohn [...] wird für die weitere Dauer des Verfahrens dem Beklagten zugeteilt. Der Wohnsitz des Sohnes befindet sich für die weitere Dauer des Verfahrens beim Beklagten.
3. Die Klägerin 1 wird bei mehrheitlich positivem Verlauf der zehn gemäss Verfügung vom 31. Januar 2023 begleiteten Besuchskontakte für die weitere Dauer des Verfahrens für berechtigt und verpflichtet erklärt, hernach den Sohn [...] wie folgt auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen:
 - vierzehntäglich während jeweils drei Stunden (Phase 1),

- jedes zweite Wochenende (Samstag oder Sonntag) während eines ganzen Tages (sofern die Besuchsregelung gemäss Phase 1 während drei Monaten mehrheitlich positiv verläuft (Phase 2),
- jedes zweite Wochenende an zwei Tagen mit Übernachtung, sofern die Besuchsregelung gemäss Phase 2 während sechs Monaten mehrheitlich positiv verläuft (Phase 3).

In der übrigen Zeit wird der Sohn [...] für die weitere Dauer des Verfahrens vom Beklagten betreut.

4. Der Klägerin 1 wird gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, die Beiständin des Klägers 2 im Vorfeld der Besuchszeiten stichwortartig darüber zu informieren, wie die Besuchszeit [...] gestaltet werden soll.
 5. Dem Beklagten wird gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, den Sohn [...] für die Ausübung der Besuchsregelung während der Phase 1 gemäss vorstehender Ziffer 3 jeweils auf eigene Kosten nach Zürich zu bringen (Hauptbahnhof oder Wohnort der Klägerin 1) und ihn dort nach Ablauf der Besuchszeiten wieder abzuholen.
 6. Dem Beklagten und der Klägerin 1 wird gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, sich die Bring- und Holddienste für die Ausübung des Besuchsrechts durch die Klägerin 1 während der Phasen 2 und 3 gemäss vorstehender Ziffer 3 zu teilen. Der Klägerin 1 wird die Weisung erteilt, den Kläger 2 in D._____ (Bahnhof oder Wohnort des Beklagten) abzuholen, und dem Beklagten wird die Weisung erteilt, den Kläger 2 nach Ablauf der Besuchszeit am Hauptbahnhof oder Wohnort der Klägerin 1 abzuholen.
 7. Der Beklagte ist berechtigt, das Kind [...] auf Ende der Frühlingsferien 2023, das heisst auf den 8. Mai 2023 hin, ohne Zustimmung der Klägerin 1 im Kindergarten in D._____ anzumelden.
 - 8.-9. [Unterhaltsregelung]
 10. [Aufgabenkatalog Beiständin]
 11. [Entsprechende Einschränkung der elterlichen Sorge.]
 12. Die Klägerin 1 und der Beklagte werden ermahnt, sich an die Weisung gemäss Verfügung vom 4. Oktober 2021, Dispositiv Ziffer 5, zu halten und sich mindestens einmal pro Monat bei einer unabhängigen Stelle auf kurzfristiges Aufgebot hin der Abgabe von Urin- und Blutproben zur Klärung eines allfälligen Alkohol- und/oder Drogenkonsums zu unterziehen.
 13. [Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid]
 14. [Schriftliche Mitteilungen]
 15. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]
- b) Hiergegen erhob die Klägerin 1 am 19. Mai 2023 (Datum der Überbringung) fristgerecht Berufung, in der sie erklärte (Urk. 1 S. 1):

"Das Ziel meines Briefes oder meines Einspruchs ist, dass ich meinen Sohn wiedersehe. Die Wochenenden mit ihm verbringen kann. Ich möchte gerne

wieder Zeit mit ihm verbringen, viel Zeit. Wie auch Ferien. Wir möchten am Morgen aufwachen zusammen und Spass haben, frühstücken und danach Aktivitäten unternehmen, wie z.B. in die Badi gehen, Boots- und Velotouren machen, Schlitteln gehen und treffen mit anderen Kindern wie auch Geburtstage feiern etc."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Vorab aber muss die Berufungsschrift konkrete *Anträge* enthalten, worauf schon in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung hingewiesen wurde (Urk. 2 S. 31). Aus diesen Anträgen muss eindeutig hervorgehen, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird und wie der Entscheid stattdessen zu lauten hätte. Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Ergeben sich auch unter Einbezug der Begründung (allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid) keine genügenden Anträge, ist auf die Berufung nicht einzutreten, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 617).

b) Die Berufungsschrift der Klägerin 1 enthält keine Anträge. Sie erklärt zwar als Ziel der Berufung, den Sohn wiederzusehen und mit ihm viel Zeit – mit Übernachtungen – verbringen zu können. Aus ihrer Erklärung lässt sich jedoch auch mit gutem Willen und unter Einbezug der Berufungsbegründung nicht herauslesen, was genau die Klägerin 1 mit ihrer Berufung erreichen will. Vorab bleibt schon offen, ob die Obhutsregelung angefochten und stattdessen eine alternierende Obhut errichtet werden soll. Aber auch wenn nur die Besuchsregelung als angefochten zu gelten hätte, würde völlig offen bleiben, welches konkrete Besuchsrecht die Klägerin 1 mit ihrer Berufung erreichen will.

c) Nach dem Gesagten kann mangels genügender Anträge auf die Berufung nicht eingetreten werden.

3. a) Der Berufung der Klägerin 1 wäre aber auch dann kein Erfolg beschieden, wenn (genaugenommen ohne Grundlage in der Berufungsschrift) angenommen würde, die Klägerin 1 wolle mit ihrer Berufung eine alternierende Obhut oder ein gerichtsbliches Besuchsrecht erreichen.

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Berufungsverfahren ist nicht eine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens, es dient nicht dessen Vervollständigung, sondern der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte konkret dargelegter Beanstandungen; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Was nicht rechtsgenügend beanstandet wird, braucht vom Obergericht nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand.

c) Die Vorinstanz erwog zur Obhut und zum Besuchsrecht im Wesentlichen, der Sohn lebe seit November 2022 praktisch ausschliesslich beim Beklagten. Dazu würden verschiedene Vorfälle auf Seiten der Klägerin 1 kommen – wonach diese mehrfach in Anwesenheit des Sohnes alkoholisiert aufgefallen sei (vgl. Vi-Urk. 652 S. 2) –, welche darauf hindeuten würden, dass diese sich derzeit in einer Krise befinde, welche sich negativ auf ihre Erziehungsfähigkeit auswirke. Demgegenüber sei einstweilen davon auszugehen, dass der Beklagte derzeit in der Lage sei, die Grundbedürfnisse des Sohnes zu erfüllen. Die einstweilige Obhutszuteilung an ihn sei verhältnismässig (Urk. 2 S. 9-14). Hinsichtlich der Ausgestaltung des Besuchsrechts stellte die Vorinstanz auf die Empfehlungen gemäss dem Zwischenbericht vom 15. März 2023 zum (wohl nächstens erfolgenden) Gutachten zur Erziehungsfähigkeit beider Eltern ab (Urk. 2 S. 15-17). Der Zwischenbericht hielt fest, die Klägerin 1 habe durch kindswohlgefährdendes Verhalten (vor allem durch ihr Erscheinen in alkoholisiertem Zustand) den Abbruch der BBT-Besuche provoziert (Vi-Urk. 836 S. 4 ff.).

d) In ihrer Berufung verneint die Klägerin 1 im Kern gesundheitliche oder psychische Probleme oder das Vorhandensein eines Alkoholproblems (gelegentlich trinke sie ein Bier in der Badeanstalt; das könne auch mal um 16:00 Uhr sein). Das Gutachten [gemeint: der Zwischenbericht] sei eine Katastrophe und die Gutachterin hätte längst in Rente gehen sollen (Urk. 1).

e) Mit diesen Vorbringen werden die nachvollziehbaren Erwägungen der Vorinstanz nicht erschüttert. Das Alkoholproblem der Klägerin 1 ist manifest; ihre Verneinung desselben hilft ihr nicht. Dass sie den Zwischenbericht vom 15. März 2023 als "Katastrophe" empfindet und die Gutachterin ablehnt, liegt ohne weiteres darin begründet, dass in diesem Zwischenbericht die Defizite der Klägerin 1 aufgeführt werden (vgl. Vi-Urk. 836 S. 4 ff.). Diese durch Ablehnung der Gutachterin bzw. ihres Zwischenberichts als nicht existent darstellen zu wollen, hilft der Klägerin 1 nicht. Die Berufung wäre daher abzuweisen gewesen, wenn auf sie einzutreten gewesen wäre.

4. a) Das Berufungsverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'200.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin 1 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Klägerin 1 hat für das Berufungsverfahren kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Ein solches wäre jedoch ohnehin abzuweisen gewesen, denn der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO); die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen).

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin 1 zufolge ihres Unterliegens, dem Beklagten und dem Kläger 2 mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin 1 auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten und den Kläger 2 je unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einem Verfahren 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. Juni 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
Im