

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110008-O/U

Mitwirkend: Der Oberrichter Dr. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 21. Oktober 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Obhut, Besuchsrecht, Kontakt- und Rayonverbot)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. März 2011 (FP100245)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1A S. 2):

- " 1. Es sei im Sinne einer superprovisorischen Verfügung der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die Ziffern 1, 3, 4 und 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. März 2011 seien vollumfänglich aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Appellatin."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 13 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1.1. Nach einem langen Scheidungsverfahren, welches mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2010 beendet wurde (Urk. 5/3/2), stehen die Parteien nun seit dem 30. November 2010 in einem Abänderungsverfahren vor der Vorinstanz (Urk. 5/1). Im Verlauf des Abänderungsverfahrens wurde das gemeinsame Kind C._____, geb. tt.mm.1999, (nachfolgend nur noch C._____) aufgrund einer Gefährdungsmeldung des Kindsbeistandes (Urk. 5/10) mit Verfügung vom 20. Januar 2011 superprovisorisch fremdplatziert (Urk. 5/12 S.

4 f.). In der Folge lud die Vorinstanz zu einer mündlichen Verhandlung vor (Urk. 5/19/1-3), welche am 9. März 2011 durchgeführt wurde (Prot. I S. 6 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung stellte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) die folgenden Anträge (Urk. 5/25 S. 1 f.):

- " 1. Ziffer 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2011 (superprovisorischen Massnahmen) seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Disp. Ziffer 1 des Bezirksgerichts Zürich vom 12. November 2008 sei aufzuheben und es sei die elterliche Sorge über C._____ dem Kläger zu übertragen.
3. Disp. Ziffer 1 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2010 sei aufzuheben und es sei stattdessen der Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen."
4. Disp. Ziffer 3 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2010 sei aufzuheben und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger an den Unterhalt von C._____ angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Demgegenüber beantragte die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagte) in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen was folgt (Prot. I S. 7):

- " 1. Die Verfügung vom 20. Januar 2011 sei aufzuheben.
2. Es seien neue vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, die folgendes umfassen:
 - Sistierung des Besuchsrechts des Kindsvaters sowie ein Kontakt- und Rayonverbot für den Kindsvater unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB;
 - der Kindsvater sei ausserdem zu verpflichten, C._____ umgehend der Mutter zurückzubringen."

1.2. Im Anschluss an die Verhandlung vom 9. März 2011 erliess die Vorinstanz am 17. März 2011 eine Verfügung mit nachfolgendem Dispositiv (Urk. 2 S. 12 f.):

- " 1. Die Verfügung vom 20. Januar 2011 wird in dem Sinne abgeändert, dass der Beklagten mit sofortiger Wirkung die Obhut über C._____, geb. tt.mm.1999, übertragen wird. Die elterliche Sorge verbleibt weiterhin bei der Beklagten.
2. Die mit Verfügung vom 20. Januar 2011 übertragenen speziellen Aufgaben an den Beistand von C._____ werden mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. Der Kläger wird verpflichtet, C._____ bis spätestens Dienstag, 22. März 2011, 18.00 Uhr, der Beklagten zurückzubringen, unter Androhung von Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle. Art. 292 StGB lautet wie folgt:

(Inhalt von Art. 292 StGB)

Die ... [Abteilung] der Stadtpolizei D._____ wird angewiesen, diesen Befehl auf erstes Verlangen der Beklagten zu vollstrecken.

4. Das Besuchsrecht des Klägers wird mit sofortiger Wirkung sistiert.
5. Dem Kläger wird mit sofortiger Wirkung verboten, die Liegenschaft an der ...strasse ..., D._____, zu betreten und es wird ihm verboten, nachdem C._____ in Obhut der Beklagten ist, Kontakt (auch via SMS, Telefon, etc). mit seinem Sohn herzustellen, je unter Androhung von Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle. Art. 292 StGB lautet wie folgt.

(Inhalt von Art. 292 StGB)

(...)"

1.3. Gegen diese Verfügung strengte der Kläger mit Eingabe vom 21. März 2011 eine Berufung mit eingangs dargelegten Rechtsbegehren an (Urk. 1).

1.4. Am 23. März 2011 wies die Kammer das Begehren, der Berufung sei im Sinne einer superprovisorischen Verfügung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ab (Urk. 3 S. 8 Dispositiv-Ziff. 1).

1.5. Mit Verfügung vom 28. März 2011 wurde der Kläger verpflichtet, für die Gerichtskosten einen Vorschuss von Fr. 4'000.– zu leisten (Urk. 6 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1). Der Vorschuss wurde in der Folge innert Frist einbezahlt (Urk. 9).

1.6. Mit Verfügung vom 18. April 2011 wurde der Beklagten und dem Vertreter von C._____ eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 11). Der Vertreter von C._____ schloss sich in der Folge den klägerischen Anträgen an (Urk. 12 S. 2), während die Beklagte die kostenpflichtige Abweisung der Berufung beantragte (Urk. 13 S. 2).

1.7. Der Kläger stellte am 31. Mai 2011 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 19 S. 2):

- "1. Dem Kläger und Berufungskläger sei rückwirkend ab 1. April 2011 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, bezüglich allfällig anfallender Gerichtskosten für den bereits geleisteten Kostenvorschuss von CHF

4'000.00 übersteigenden Betrag, und die Unterzeichnende rückwirkend ab 1. April 2011 als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen.

(...)"

Im weiteren Verlauf des Verfahrens verzichtete die Beklagte auf eine Stellungnahme zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Klägerin (Prot. S. 11).

1.8. Nach Eingang des von der Vorinstanz beauftragten Kinderpsychiatrischen Gutachtens vom 15. Juli 2011 (Urk. 5/32) wurde am 6. Oktober 2011 eine Referentenaudienz durchgeführt. Anlässlich dieser Verhandlung schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Referenten und des Kinderprozessbeistandes folgende Vereinbarung (Urk. 26 und Prot. S. 9 f.):

- "1. Der Kläger und Berufungskläger A._____ (nachfolgend nur noch Kläger) zieht den Berufungsantrag vom 21. März 2011 an das Obergericht des Kantons Zürich, es sei die Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. März 2011 (Prozess Nr. FP100245) vollumfänglich aufzuheben, zurück.
2. Der Kläger und die Beklagte und Berufungsbeklagte B._____ (nachfolgend nur noch Beklagte) beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, die Obhut über das Kind C._____, geb. tt.mm.1999, sei in Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. März 2011 (Prozess Nr. FP100245) für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245) auf den Kläger zu übertragen.

Das Kind wird demzufolge beim Kläger wohnen.

3. Der Kläger und die Beklagte beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam,

die Ziffer 3 (Verpflichtung des Klägers das gemeinsame Kind C._____, geb. tt.mm.1999, der Beklagten zurückzubringen),

die Ziffer 4 (Sistierung Besuchsrecht des Klägers) und

Ziffer 5 (Rayon- und Kontaktverbot) der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. März 2011 (Prozess Nr. FP100245)

seien vollumfänglich aufzuheben.

(keine Ziff. 4)

5. Der Kläger verpflichtet sich, dafür besorgt zu sein, dass das Kind C._____ die Therapie bei Dr. E._____ wieder aufnimmt und den Therapeuten bei seiner Arbeit vollumfänglich zu unterstützen.
- 6a. Die Beklagte zieht die Beschwerde gegen die Einstellung bzw. Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung vom 15. April 2011 bei der III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (Prozess Nr. UE110071) zurück.
- 6b. Beide Parteien verpflichten sich, alle bisher im Zusammenhang mit dem Kind C._____ stehende gegeneinander gestellten Strafanträge zurückzuziehen. Für den Fall dass Offizialdelikte beanzeigt wurden, verpflichten sich die Parteien, eine entsprechende Desinteresseerklärung abzugeben.
7. Der Kläger und die Beklagte beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245) folgendes Besuchrecht der Beklagten festzulegen:

Die Beklagte ist berechtigt, das Kind C._____

- jedes zweite Wochenende erstmals am Wochenende vom 15./16. Oktober 2011, von Samstag 12.00 Uhr bis Sonntag 20.00 Uhr
- am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr
- sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist die Beklagte berechtigt, das Kind während der Schulferien für die Dauer von 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Beklagte verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache sind jederzeit möglich.

8. Der Kläger und die die Beklagte beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245) folgende Unterhaltsregelung festzulegen:

a) Kinderunterhalt

Die Beklagte verpflichtet sich für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245), die Kosten für die Krankenkasse des Kindes C._____, die Arztkosten des Kindes und die Zahnartztkosten des Kindes bis zum Maximalbetrag von durchschnittlich Fr. 500.– pro Monat zu bezahlen.

b) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Kläger (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen): Fr. 4'000.– netto (hypothetisch);
 - Erwerbseinkommen Beklagte (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen): nicht erhoben;
 - Bedarf Kläger mit C._____: Fr. 3'439.45;
 - Bedarf Beklagte: nicht erhoben;
9. Der Kläger und die Beklagte beantragen gemeinsam, der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Rückzug der Beschwerde gemäss Ziffer 6a. hiervor mitzuteilen.
11. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben, da beide Parteien sich auf den Standpunkt stellen, dass weder das Massnahmeverfahren noch das Berufungsverfahren von einer Partei initiiert wurde und insbesondere das Massnahmeverfahren sich als überflüssig und ungerechtfertigt erwiesen hat.

Eventualiter beantragen die Parteien gemeinsam die Kosten des vorliegenden Verfahrens vor dem Obergericht des Kantons Zürich dem Kläger aufzuerlegen und mit dem Gerichtskostenvorschuss zu verrechnen.

Die Parteien verzichten für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich gegenseitig auf eine Umtriebs- und Prozessentschädigung."

1.9. In der Folge wies der Kinderprozessbeistand darauf hin, dass eine Ergänzung der Vereinbarung nötig sei, welche von den Parteien und dem Kinderprozessbeistand ebenfalls gebilligt wurde, diese lautet wie folgt (Urk. 31/1-3.):

" 7.1. Die Beklagte verpflichtet sich, das Besuchsrecht nicht gegen den Willen des Kindes auszuüben und durchzusetzen. Insbesondere verzichtet sie darauf, Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung des Besuchsrechts zu beantragen."

II.

1. Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Vorliegend sind hauptsächlich die Obhutsregelung über das gemeinsame Kind und die Kinderunterhaltsbeiträge streitig (vgl. S. 3 hievor).

3.1. Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind, gilt die Untersuchungs- und Officialmaxime; das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen, ist an die Parteianträge nicht gebunden und hat von sich aus die nötigen Vorkehren zu treffen (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Soweit im Massnahmeverfahren Kinderbelange zu regeln sind, unterliegt eine von den Parteien getroffene Vereinbarung bezüglich dieser Punkte – im Sinne eines übereinstimmenden Parteiantrages – der gerichtlichen Genehmigung (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 und N 117 zu Art. 176; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 2. Auflage, Bern 1999, N 41 zu Art. 176; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Art. 137-158 ZGB, 3. Auflage, Bern 1980, N 252 f. und N 418 zu Art. 145 aZGB).

3.2. Gemäss Ziffer 2 der Vereinbarung vom 6. Oktober 2011 (Urk. 26) soll das gemeinsame Kind für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor der Vorinstanz (Prozess Nr. FP100245) unter die Obhut des Klägers gestellt werden.

Sind sich die Eltern über die Zuteilung der Obhut einig, ist dies in der Regel ein Indiz dafür, dass das Kindeswohl gewahrt ist (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 77 zu Art. 176 ZGB). Die beantragte Obhutzuteilung entspricht den unbestrittenen, tatsächlichen Verhältnissen, wie sie seit dem Anfang Oktober 2010 vorherrschen (Urk. 10 S. 1 ff.). Ebenso entspricht die Obhutzuteilung der Empfehlung des von der Vorinstanz beigezogenen Gutachters (Urk. 5/32 S. 14 Ziff. 7.10) und den Anträgen des Kinderprozessbeistandes (Urk. 28 S. 1).

Es ist daher den gemeinsamen Anträgen der Parteien zu folgen und die Obhut über den Verfahrensbeteiligten für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor der Vorinstanz (Prozess Nr. FP100245) auf den Kläger zu übertragen.

Folgerichtig ist vor diesem Hintergrund auch der Rückzug des Berufungsantrages des Klägers vom 21. März 2011, es sei die Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. März 2011 (Prozess Nr. FP100245) vollumfänglich aufzuheben (Urk. 26 S. 1 Ziff. 1), da die Parteien gemeinsam eine Neuregelung der Obhut beantragen. Der betreffende Antrag wird dadurch gegenstandslos.

Nachdem dem Kläger die Obhut über C. _____ zu übertragen ist, ist den Anträgen, die Verpflichtung des Klägers, das gemeinsame Kind der Beklagten zurückzubringen, die Sistierung des Besuchsrechtes des Klägers und das Rayon- und Kontaktverbotes des Klägers seien aufzuheben, ohne weiteres stattzugeben (Urk. 26 S. 2 Ziff. 4).

3.3. Das gemäss Ziffer 7 der Vereinbarung vom 6. Oktober 2011 beantragte Besuchsrecht der Beklagten (Urk. 26 Ziff. 7 S. 2 f.) ist gerichtsüblich und deckt sich weitgehend mit den gutachterlichen Empfehlungen. Auf das vom Gutachter empfohlene Besuchsrecht am Mittwochnachmittag verzichteten die Parteien einvernehmlich aus organisatorischen Gründen (Urk. 5/32 S. 14 unten). Ergänzt durch die bereits errichtete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB (vgl. Urk. 5/2 Dispositiv-Ziffer 2), die Verpflichtung des Klägers, dafür zu sorgen, dass der Verfahrensbeteiligte die Therapie bei Dr. E. _____ wieder aufnimmt (Urk. 26 S. 2 Ziff. 5) und unter Beachtung der Erklärung der Beklagten, auf eine zwangs-

weise Durchsetzung des Besuchsrechts zu verzichten (Urk. 31/1-3), rechtfertigt sie die Hoffnung, dass dem Wohl des Kindes dadurch entsprochen wird.

Dementsprechend ist das Besuchsrecht so, wie es von den Parteien gemeinsam beantragt wird, festzulegen.

3.4. Die von den Parteien beantragte Unterhaltsregelung (Urk. 26 S. 3 Ziff. 8) ist im Hinblick auf den bisherige Verfahrensgang, auf die unbestrittenermassen in beachtlichem Umfang ausstehenden Unterhaltsbeiträge des Klägers (vgl. z. B. Urk. 21/8) und da die vorliegende Regelung nur für eine begrenzte Zeitdauer gelten soll, angemessen. Überdies ist durch die Regelung sichergestellt, dass die wichtigen Kosten, nämlich Krankenkasse sowie Arzt- und Zahnarztkosten bezahlt werden. Die Unterhaltsregelung ist daher antragsgemäss festzulegen.

4. Hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten, die Beschwerde gegen die Einstellung bzw. hinsichtlich Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung vom 15. April 2011 zurückzuziehen sowie der Verpflichtung der Parteien, gegenseitig alle im Zusammenhang mit C._____ gestellten Strafanträge zurückzuziehen bzw. entsprechende Desinteressementerklärungen abzugeben, findet die Dispositionsmaxime Anwendung, nach welchem die Parteien frei über den Streitgegenstand bestimmen können (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Entsprechend ist von den Verpflichtungen Vormerk zu nehmen und antragsgemäss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich Mitteilung zu machen.

Der gerichtliche Vergleich nebst Ergänzung, den die Parteien unterzeichnet und zu den Akten gegeben haben (Urk. 26, Urk. 31/1-3), hat diesbezüglich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO).

III.

1. Die Vorderrichterin hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen stillschweigend dem Endentscheid vorbehalten, weshalb sich eine Regelung für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 3).

2.1. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben, da weder das Massnahmeverfahren noch das Berufungsverfahren von einer Partei initiiert worden sei und insbesondere das Massnahmeverfahren sich als überflüssig und ungerechtfertigt erwiesen habe (Urk. 26 S. 4 Ziff. 11).

2.2. Haben weder eine Partei noch Dritte Gerichtskosten veranlasst, so können gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO diese aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass kein Anspruch auf eine derartige Kostenverlegung besteht (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 25). Die Formulierung des Gesetzes "... aus Billigkeitsgründen ..." zeigt an, dass es sich dabei um einen Ermessensentscheid des Gerichts handelt. Als Beispiel aus der Rechtsprechung, kann der Fall angeführt werden, wenn ein Gericht ein nicht auf den ersten Blick als solches erkennbares, falsches Rechtsmittel angibt (Entscheid des BGer 1B_211/2009 vom 10. Dezember 2009, E. 2.3). In der Kommentierung findet sich die Wendung, "... wenn der erstinstanzliche Entscheid als offensichtlich falsch aufzuheben ist und keine Partei mit einem Antrag auf diesen Entscheid hingewirkt hat ..." (Jenny, a.a.O.).

2.3. Die Fremdplatzierung des gemeinsamen Kindes, wurde vorliegend nicht von den Parteien, sondern vom Beistand des Kindes beantragt (Urk. 5/10 S. 7) und kam für die Parteien tatsächlich überraschend (vgl. Urk. 5/12 S. 4 oben). Insofern ist den Parteien zuzustimmen, dass die Fremdplatzierung und die damit verbundenen Anordnungen zumindest nicht durch prozessuales Handeln der Parteien initiiert wurden. Auch kann aufgrund der Akten als erstellt gelten, dass keine der Parteien eine Fremdplatzierung befürwortete oder beantragte.

Ob die weitere Voraussetzung, nämlich die offensichtliche Falschheit dieses Entscheides, gegeben ist, braucht, wie sogleich aufgezeigt wird, jedoch nicht abgeklärt zu werden: Vorliegend ist nicht der Entscheid der Vorinstanz vom 20. Januar 2011, mit welchem die Fremdplatzierung erfolgte (Urk. 5/12), Verfahrensgegenstand, sondern vielmehr der Entscheid der Vorinstanz vom 17. März 2011 (Urk. 2). In dem diesem Entscheid vorausgegangenem Verfahrensabschnitt strebten die Parteien nicht die Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes vor

dem Entscheid vom 20. Januar 2011 an, sondern beantragten klägerischerseits unter Anderem eine Änderung der Obhutsregelung (Übertragung der Obhut an den Kläger) sowie beklagtitischerseits den Erlass weiterer Massnahmen (strafbedrohter Befehl an den Kläger, Kontakt- und Rayonverbot), um die damals geltende Obhutsregelung durchzusetzen. In der Folge erliess die Vorinstanz einen neuen Entscheid, in welchem den beklagtitischen Begehren weitgehend stattgegeben wurde (vgl. Ziff. I.1.1. hiavor m.w.H.).

Es kann vor diesem Hintergrund nicht gesagt werden, die Parteien hätten aus dem Massnahmeverfahren keinen Nutzen gezogen, dies wäre allenfalls so gewesen, wenn lediglich der vormalige Zustand wieder hergestellt worden, also die Verfügung vom 20. Januar 2011 vollumfängliche ohne weitere Anordnungen aufgehoben worden wäre. Das Verfahren schritt aber durch den Entscheid vom 17. März 2011 – sowie durch die Parteianträge – voran und die Rechtspositionen der Parteien wurden verändert. Der Regelungsgehalt des vorliegend verfahrensgegenständlichen Entscheids vom 17. März 2011 kann somit weder als nicht von den Parteien veranlasst, noch als für diese nutzlos qualifiziert werden.

Weiter wird mit dem vorliegenden obergerichtlichen Entscheid bzw. mit der Vereinbarung der Parteien vom 6. Oktober 2011 (Urk. 26) nicht lediglich der Zustand, wie er vor der Fremdplatzierung vorgeherrscht hatte, wieder hergestellt, sondern ein weiteres Mal eine neue Rechtslage geschaffen. Ganzheitlich betrachtet kann somit nicht gesagt werden, das Massnahmeverfahren hätte keine Auswirkungen gezeitigt, auch kann nicht gesagt werden, dass der gesamte Verfahrensaufwand *nur* von den Behörden verursacht worden sei, die Parteien mithin bis vor Obergericht prozessieren mussten, um einen allenfalls fehlerhaften Entscheid zu korrigieren. Es mag zwar zutreffen, dass der *Auslöser* für das Massnahmeverfahren und die nachfolgenden Prozessschritte von den Behörden ausging, hernach verfolgten die Parteien aber ihre Ziele, beeinflussten den Umfang sowie den Gang des Verfahrens und schufen schliesslich mit ihrer Vereinbarung vom 6. Oktober 2011 (Urk. 26) eine Grundlage für das weitere Verfahren vor der Vorinstanz.

2.4. Vor diesem Hintergrund gebietet es die Billigkeit nicht, die Kosten des *vorliegenden* Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist dabei zu beto-

nen, dass sich diese Argumentation auf das obergerichtliche Verfahren und dessen Kosten bezieht, über die Erhebung, Bemessung und Verlegung der vorinstanzlichen Kosten – sowohl für den Entscheid vom 20. Januar 2011 (Urk. 5/12) als auch für den Entscheid vom 17. März 2011 (Urk. 2) – wird die Vorinstanz befinden müssen (Art. 104 ZPO, vgl. auch Ziff. III. 1. hiervor).

2.5. Eventualiter beantragten die Parteien gemeinsam, die Gerichtskosten dem Kläger aufzuerlegen und mit seinem Prozesskostenvorschuss zu verrechnen (Urk. 26 S. 4 Ziff. 11). Diesem Antrag ist in Anwendung von Art. 109 Abs. 1 ZPO stattzugeben. Entsprechend sind die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens, inklusive der Kosten für den Kinderprozessbeistand, dem Kläger aufzuerlegen und mit dem Prozesskostenvorschuss zu verrechnen. Der Kinderprozessbeistand wird praxisgemäss vorab aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Über die Höhe seines Honorars wird mit separatem Beschluss zu befinden sein.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) sowie unter Berücksichtigung der angespannten finanziellen Lage des Klägers auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

4. Ebenfalls nach Massgabe des Vergleichs ist in Anwendung von Art. 109 Abs. 1 ZPO davon abzusehen, Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren zuzusprechen.

5.1. Der Kläger stellte am 31. Mai 2011 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 19 S. 2; vgl. auch Ziff. I. 1.7 hiervor).

5.2.1. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf die unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst unter anderem die gerichtliche Bestellung einer Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

5.2.2. Nach der Rechtsprechung gilt als bedürftig, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung spielt es für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege - Rechtsmissbrauchstatbestände vorbehalten - keine Rolle, ob der Gesuchsteller seine Armut verschuldet habe oder nicht gewillt sei, an seiner finanziellen Situation etwas zu ändern, weil er einen Prozess im Armenrecht zu führen wünscht (BGE 108 Ia 108 ff., BGE 104 Ia 34 und BGE 99 Ia 438 ff.). Von einem hypothetischen Einkommen ist demzufolge nur ausnahmsweise auszugehen, beispielsweise wenn der Gesuchsteller seine frühere Stelle nur deshalb aufgegeben oder eine neue nur aus dem Grunde nicht angetreten hat, weil er einen Prozess im Armenrecht zu führen wünscht (BGE 99 Ia 438ff., Erw. 3. c). Da sich der Kläger in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen muss (vgl. Urk. 26 S. 3 Ziff. 8 lit. b), ist abzuklären, ob ein soeben dargelegter Missbrauchstatbestand vorliegt und sich der Kläger auch in Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen muss.

5.2.3. Aus den Steuererklärungen der Jahre 2008 bis 2010 erhellt, dass der Kläger ein monatliches Einkommen von durchschnittlich rund Fr. 1'255.- erwirtschaftete (Urk. 21/1 f.). Dass er – entgegen seiner Behauptungen (Urk. 19 S. 3 Ziff. 4) – im Jahr 2011 mehr verdient hätte, kann aus den Akten nicht geschlossen werden. Dieser Umstand deutet darauf hin, dass der Kläger nicht (erst) im Hinblick auf das vorliegende Verfahren sein Einkommen gesenkt hat, um in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu kommen. Es ist daher von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen und darauf zu verzichten, dem Kläger in Bezug auf die unentgeltliche Rechtspflege ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

5.2.4. Der monatliche Zwangsbedarf des Klägers setzt sich somit zunächst aus den Grundbeträgen für ihn und C._____ gemäss dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 in der Höhe von Fr. 1'350.– und Fr. 600.– zusammen. Sodann sind die ausgewiesenen Bruttomietkosten in der Höhe von Fr. 579.– zu berücksichtigen, wobei aber die behaupteten Nebenkosten von Fr. 75.– nicht ausgewiesen sind und entsprechend unbeachtet bleiben (Urk. 21/4). Die Kosten für Telefon/TV/Radio in der Höhe von Fr. 200.– sind nicht ausgewiesen, sie sind daher gerichtsüblich mit Fr. 150.– zu veranschlagen. Die Kosten für die Krankenkasse des Klägers mit Prämienverbilligung, Fr. 201.45, sind ausgewiesen (Urk. 21/5 f.). Bezüglich einer Hausrat-/Haftpflichtversicherung fehlen Belege, die Kosten können daher nicht berücksichtigt werden. Die Kosten für das Auto von Fr. 250.– sind zwar nicht belegt, bewegen sich jedoch in moderatem, gerichtsüblichen Rahmen und können daher auch in Hinblick auf die Tätigkeit des Klägers als DJ und Mitglied einer Stagecrew berücksichtigt werden (vgl. Urk. 5/27/9a-9k). Die Ratenzahlung von Gerichtskosten ist belegt, entsprechend können Fr. 100.– pro Monat einberechnet werden (Urk. 21/7). Die Krankenkasse für den Verfahrensbeteiligten bezahlt die Beklagte (Urk. 26 S. 3 Ziff. 8 lit. a). Insgesamt ergibt sich somit ein Bedarf von Fr. 3'130.45, welchem ein tatsächliches Einkommen von rund Fr. 1'255.– gegenüber steht. Die Bedürftigkeit im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO ist daher zu bejahen.

5.2.3. Die Rechtsbegehren des Klägers können zum jetzigen Zeitpunkt, nicht als aussichtslos bezeichnet werden, ebenso hat das vorliegende Verfahren eine Komplexität erreicht, welche den Beizug eines Rechtsbeistandes als nötig erscheinen lässt. Die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 117 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO sind somit ebenfalls erfüllt.

5.3. Gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden, von dieser Möglichkeit ist jedoch nur äusserst restriktiv Gebrauch zu machen. Eine rückwirkende Bewilligung ist gemäss höchstrichterlicher Praxis nur dann zu erteilen, wenn es wegen der Dring-

lichkeit einer sachlich zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht möglich war, gleichzeitig ein entsprechendes Gesuch zu stellen (Huber, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 12 [Stand Printausgabe] m.w.H.).

Das vorliegende Verfahren ist summarischer Natur und entsprechend von relativ kurzen Fristen geprägt. So musste die Berufung innert zehn Tagen erhoben und begründet werden (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Diese Frist ist aber nicht dermassen kurz, dass es dem Kläger nicht möglich gewesen wäre, in dieser Zeit die Berufungsschrift um ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu ergänzen. Die Regelung von Art. 119 Abs. 4 ZPO zielt viel eher auf Situationen ab, in welchen innert weniger Stunden gehandelt werden muss, wie beispielsweise im Fall, dass innert Stunden superprovisorische Massnahmen beantragt werden müssen. Dementsprechend kann das Gesuch um rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht bewilligt werden.

Ähnlich verhält es sich mit Vorschüssen, welche im Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits einbezahlt wurden. Solche werden in aller Regel nicht zurück erstattet (Huber, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 118 N 24 [Stand Printausgabe]).

5.4. Als Fazit kann somit festgehalten werden, dass dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich ab dem 31. Mai 2011 für die den Vorschuss von Fr. 4'000.– übersteigenden Gerichtskosten zu bewilligen und ihm ab diesem Zeitpunkt in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ für das Berufungsverfahren eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben ist.

Es wird erkannt:

1. In Abänderung der Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichterin, vom 17. März 2011 (FP100245) wird die Obhut über C._____, geb. tt.mm.1999, für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245) auf den Kläger übertragen.

Die elterliche Sorge verbleibt einstweilen bei der Beklagten.

2. Die Dispositiv-Ziffern 3, 4, und 5 der Verfügung der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelrichterin, vom 17. März 2011 (FP100245) werden ersatzlos aufgehoben.

3. Die Beklagte wird berechtigt erklärt, C._____, geb. tt.mm.1999, für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245)

- jedes zweite Wochenende erstmals am Wochenende vom 15./16. Oktober 2011, von Samstag 12.00 Uhr bis Sonntag 20.00 Uhr,
- am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr
- sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem wird die Beklagte berechtigt erklärt, C._____, geb. tt.mm.1999, während der Schulferien für die Dauer von 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Beklagte wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache sind jederzeit möglich.

4. Die Beklagte wird verpflichtet für die Dauer des Abänderungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr. FP100245), die Kosten für die Krankenkasse von C._____, geb. tt.mm.1999, dessen Arztkosten und dessen Zahnarztkosten bis zum Maximalbetrag von durchschnittlich Fr. 500.– pro Monat zu bezahlen.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Beklagte verpflichtet hat, das Besuchsrecht nicht gegen den Willen des Kindes auszuüben und durchzusetzen und sie insbesondere darauf verzichtet, Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung des Besuchsrechts zu beantragen.
6. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Kläger verpflichtet hat, dafür besorgt zu sein, dass C._____, geb. tt.mm.1999, die Therapie bei Dr. E._____ wieder aufnimmt und den Therapeuten bei seiner Arbeit vollumfänglich zu unterstützen.
7. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Beklagte die Beschwerde gegen die Einstellung bzw. Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung vom 15. April 2011 bei der III. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (Prozess Nr. UE110071) zurückzieht.
8. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich beide Parteien verpflichtet haben, alle bisher im Zusammenhang mit C._____, geb. tt.mm.1999, stehenden gegeneinander gestellten Strafanträge zurückzuziehen.
Für den Fall dass Offizialdelikte beanzeigt wurden, haben sich die Parteien verpflichtet, eine entsprechende Desinteressementerklärung abzugeben.
9. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien für das Berufungsverfahren gegenseitig auf eine Prozessentschädigung verzichtet haben.
10. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich für die den Vorschuss von Fr. 4'000.– über-

steigenden Gerichtskosten (inkl. Kosten Kinderprozessbeistand) bewilligt und für das Berufungsverfahren ab dem 31. Mai 2011 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beigegeben.

11. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
12. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren (inkl. der noch festzusetzenden Kosten für den Kinderprozessbeistand) werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Vorschuss von Fr. 4'000.– verrechnet.
Ein allfälliger Mehrbetrag wird aufgrund der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
Ein allfälliger Überschuss wird zur Deckung der Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeiständin verwendet.
13. Für das Berufungsverfahren werden keine Prozessentschädigungen ausgerichtet.
14. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und den Verfahrensbeteiligten je unter Beilage einer Kopie der Urk. 31/1-3, an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, an den Beistand F._____, ... [Adresse], die Vormundschaftsbehörde der Stadt D._____, ... [Adresse] sowie in der Ziffer 7 des Urteilsdispositivs an die III. Strafkammer des Obergerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 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.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

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

Zürich, 21. Oktober 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
ss