

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 18. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil / vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Uster vom 25. Januar 2013; Proz. FP110013**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Klägerin sei für die Dauer des Verfahrens die Obhut über die Kinder C._____ und D._____ zu entziehen;
2. Die Kinder seien für die Dauer des Verfahrens in der ...-Schule E._____, E._____, fremdzuplatzieren;
3. Der Klägerin sei für die Dauer von zwei Monaten ab Entzug der Obhut das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern C._____ und D._____ zu entziehen und anschliessend ein begleitetes Besuchsrecht einzuräumen;
4. Mit dem Entzug der Obhut und der Fremdplatzierung sei die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster zu beauftragen, wobei diese zu ermächtigen sei, die Kinder in einer Time-out-Familie zwischenzuplatzieren;
5. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster sei zu ermächtigen, sämtliche bei der Klägerin am ...-Weg ..., F._____ befindlichen Kleider, Schuhe, Sportausrüstungen und sonstigen persönlichen Effekten von C._____ und D._____ abzuholen, nötigenfalls unter Zuhilfenahme der Polizei;
6. Die vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziff. 1 bis Ziff. 5 vorstehend seien sofort und ohne Anhörung der Klägerin sowie des Beklagten anzuordnen;
7. Mit der Anordnung der superprovisorischen Massnahmen seien die Parteien unverzüglich zu einer Verhandlung vorzuladen;
8. Dem Rechtsmittel gegen Ihren Entscheid sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren."

(act. 5/150 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 16. Januar 2013:

- "1. Der Klägerin wird die elterliche Obhut über die Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.1999, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Abänderungsverfahrens mit sofortiger Wirkung entzogen.
2. Die Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.1999, werden für die Dauer des Verfahrens in die ...-Schule E._____, E._____, fremdplatziert.
3. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster wird angewiesen, den Entzug der Obhut und die Fremdplatzierung zu voll-

ziehen und sie wird ermächtigt, die Kinder in einer Time-Out-Familie zwischenzuplatzieren.

4. Der Klägerin wird per sofort bis zum 18. März 2013 das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.1999, entzogen.
5. Die Klägerin wird, in Abänderung von Ziffer 3 des Urteils vom 15. September 2011, nach Ablauf der in Dispositivziffer 4 genannten Frist, zu einem begleiteten Besuchsrecht mit den Kindern, C._____ und D._____, an zwei Tagen pro Monat, berechtigt erklärt. Der Klägerin wird für die Dauer des Verfahrens kein Ferienbesuchsrecht mit den Kindern, C._____ und D._____, gewährt.
6. Die für die Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm. 1999, errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird einstweilen aufrechterhalten.
7. Der Beiständin der Kinder, F._____, werden im Rahmen ihres Auftrags, die Parteien in ihrer Sorge um die Kinder mit Rat und Tat zu unterstützen, insbesondere folgende zusätzliche Befugnisse im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB übertragen:
 - Durchführung des Obhutsentzugs sowie Vollzug und Begleitung der Fremdplatzierung gemäss Anweisung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster;
 - Regelung und Umsetzung des begleiteten Besuchsrechts der Klägerin.
8. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster wird ermächtigt, sämtliche bei der Klägerin am ...-Weg ..., F._____, befindlichen Kleider, Schuhe, Sportausrüstungen und sonstigen persönlichen Effekten der Kinder, C._____ und D._____, abzuholen, nötigenfalls unter Zuhilfenahme der Polizei.
9. Der Antrag, dem Rechtsmittel gegen diesen Entscheid sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren, wird als Gegenstandslos geworden abgeschrieben

Die Parteien werden mit separatem Formular zu einer Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen sowie Stellungnahme zu den superprovisorischen Massnahmen und den Anträgen des Beistands der Kinder vorgeladen.
10. Schriftliche Mitteilung"

(act. 5/155 S. 13 f.)

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 25. Januar 2013:

- "1. In Bestätigung des Urteils vom 16. Januar 2013 wird der Klägerin die elterliche Obhut über die Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.1999, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Abänderungsverfahrens entzogen.
2. Die Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm. 1999, werden für die Dauer des Verfahrens in die ...-Schule E._____, E._____, fremdplatziert.
3. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster wird angewiesen, den Entzug der Obhut und die Fremdplatzierung zu vollziehen und sie wird ermächtigt, die Kinder in einer Time-Out-Familie zwischenzuplatzieren.
4. Der Klägerin wird bis zum 18. März 2013 das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.1999, entzogen.
5. Die Klägerin wird, in Abänderung von Ziffer 3 des Urteils vom 15. September 2011, nach Ablauf der in Dispositivziffer 4 genannten Frist, zu einem begleiteten Besuchsrecht mit den Kindern, C._____ und D._____, an zwei Tagen pro Monat, berechtigt erklärt. Der Klägerin wird für die Dauer des Verfahrens kein Ferienbesuchsrecht mit den Kindern, C._____ und D._____, gewährt.
6. Die für die Kinder, C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm. 1999, errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird einstweilen aufrechterhalten.
7. Die Beiständin der Kinder, F._____, werden im Rahmen ihres Auftrags, die Parteien in ihrer Sorge um die Kinder mit Rat und Tat zu unterstützen, insbesondere folgende zusätzliche Befugnisse im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB übertragen:
 - Durchführung des Obhutsentzugs sowie Vollzug und Begleitung der Fremdplatzierung gemäss Anweisung des Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster;
 - Regelung und Umsetzung des begleiteten Besuchsrechts der Klägerin.
8. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster wird ermächtigt, sämtliche bei der Klägerin am ...-Weg ..., F._____, befindlichen Kleider, Schuhe, Sportausrüstungen und sonstigen persönlichen Effekten der Kinder, C._____ und D._____, abzuholen, nötigenfalls unter Zuhilfenahme der Polizei.
9. Über die Prozesskosten wird zusammen mit den Hauptsache entschieden.
- 10./11. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel"

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

"Es sei Ziffer 5 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei die Klägerin zu berechtigen, die beiden Kinder C._____ und D._____ jedes zweite Wochenende ab Freitagabend bis Sonntagabend zu besuchen bzw. zu sich auf Besuch zu nehmen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 17 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Die Parteien haben am tt. September 1994 in Zürich geheiratet. Aus dieser Ehe gingen die drei noch minderjährigen Kinder H._____, geb. tt.mm.1995, C._____, geb. tt.mm.1999, und D._____, geb. tt.mm.1999, hervor (act. 5/6A/4). Mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Uster vom 1. April 2010 wurde die Ehe der Parteien geschieden und die Scheidungsfolgen geregelt (act. 5/6A/82). Unter anderem wurden die Zwillinge C._____ und D._____ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen, es wurde vorgemerkt, dass die Zwillinge ihren Wohnsitz an der ...-Strasse ... in I._____ haben, und es wurden die Besuchsrechte der Parteien geregelt.

Am 12. Juli 2011 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) beim Einzelgericht des Bezirkes Uster eine Klage betreffend die Abänderung des genannten Scheidungsurteils im Sinne der Neuordnung der Obhut der Zwillinge sowie der damit zusammenhängenden Besuchsrechte und Unterhaltsverpflichtung anhängig und stellte gleichzeitig ein Begehren um Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen, welches mit Verfügung vom 15. Juli 2011 abgewiesen wurde (act. 5/1 und act. 5/14). Mit Urteil vom 15. Sep-

tember 2011 wurden vorsorgliche Massnahmen angeordnet (act. 5/46), welche jedoch mit Urteil vom 4. Oktober 2012 wieder abgeändert wurden (act. 5/140).

Mit Eingabe vom 13. Januar 2013 reichte der Beistand der Kinder, Rechtsanwalt Dr. iur. J._____, das eingangs genannte Rechtsbegehren um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen und deren superprovisorische Anordnung ein (act. 150). Mit Urteil vom 16. Januar 2013 wurde das Gesuch um Anordnung superprovisorischer Massnahmen gutgeheissen (act. 5/155) und mit Urteil vom 25. Januar 2013 wurde in Bestätigung dieses Urteils die vorsorglichen Massnahmen abgeändert (act. 5/162 = act. 4). Unter anderem wurde die Klägerin in Abänderung von Ziffer 3 des Urteils vom 15. September 2011 zu einem begleiteten Besuchsrecht mit den Kindern, C.____ und D.____, an zwei Tagen pro Monat, berechtigt erklärt, und es wurde ihr für die Dauer des Verfahrens das Ferienbesuchsrecht entzogen (Dispositivziffer 5).

Hiergegen erhob die Berufungsklägerin am 25. Februar 2013 rechtzeitig Berufung mit dem eingangs genannten Antrag (act. 2). Nachdem die Akten der Vorinstanz beigezogen worden waren (act. 5), wurde der Berufungsklägerin mit Verfügung der Kammer vom 4. März 2013 Frist angesetzt, um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 6). Dieser wurde fristgemäss geleistet (act. 7-8). Daraufhin wurde dem Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 18. März 2013 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 9).

Mit Eingabe vom 21. März 2013 machte die Berufungsklägerin neue Tatsachen geltend (act. 11) und reichte dazu als neue Beweismittel ein Schreiben der Beiständin der Kinder, F.____, vom 18. März 2013 sowie ein Schreiben von K.____, dipl. Sozialpädagogin FH, vom 14. März 2013 ein (act. 12). Dabei handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel im Sinne von Art. 317 ZPO, die ohne Verzug vorgebracht wurden und auch nicht schon vor erster Instanz haben vorgebracht werden konnten. Sie sind daher im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Mit Verfügung vom 25. März 2013 wurde dem Berufungsbeklagten Gelegenheit zur diesbezüglichen Stellungnahme gegeben (act. 14). Die Berufungsantwort und die Stellungnahme wurden innert Frist am

2. und 8. April 2013 erstattet (act. 17 und act. 18). Der Berufungsbeklagte beantragte die Abweisung der Berufung und bejahte die Zulässigkeit der Noven.

2. Mit Verfügung der Kammer vom 11. April 2013 wurde schliesslich dem Beistand der Kinder, Rechtsanwalt Dr. iur. J._____, Gelegenheit gegeben, zu den Vorbringen der Parteien Stellung zu nehmen. Nach Ablauf der zweimalig erstreckten Frist reichte der Beistand der Kinder mit Zuschrift vom 11. Juni 2013 bzw. 13. Juni 2013 einen Vergleich der Parteien ein und beantragte gestützt darauf die Abschreibung des Verfahrens, die hälftige Auferlegung der Gerichtskosten auf die Parteien sowie die Vormerknahme, dass beide Parteien gegenseitig auf eine Prozessentschädigung verzichten (act. 26, act. 27/1-2, act. 28 und act. 29). Er teilt mit, dass sich die Parteien unter Mitwirkung ihrer Anwälte, Frau G._____ und ihm selber über die elterliche Sorge, die Obhut, die Fremdplatzierung sowie den persönlichen Verkehr der Berufungsklägerin mit den Zwillingen geeinigt hätten (act. 26). Der genannte Vergleich wurde vom Berufungsbeklagten am 9. Juni 2013 sowie von der Berufungsklägerin und vom Beistand am 13. Juni 2013 unterzeichnet (act. 29). Er weist folgenden Wortlaut auf:

"A. Bezirksgericht Uster Geschäft Nr. FP110013-I

Die Parteien beantragen dem Bezirksgericht Uster in dem unter dem Geschäft Nr. FP110013-I hängigen Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils vom 1. April 2010 (Geschäft-Nr. FE080309) Folgendes:

1. Ziff. 2. des Urteils vom 1. April 2010 sei wie folgt abzuändern:

"2. Die aus der Ehe der Gesuchsteller hervorgegangenen Kinder C._____, geb. tt.mm.1999 sowie D._____, geb. tt.mm.1999, werden unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers gestellt."

2. Ziff. 2. des Urteils vom 1. April 2010 sei mit folgenden zwei neuen Absätzen zu ergänzen:

Absatz 2, neu:

"Die Obhut über die Kinder C._____ und D._____ wird dem Gesuchsteller übertragen."

Absatz 3, neu:

"Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Kinder C. _____ und D. _____ in der ...-Schule E. _____, E. _____ zu belassen. Die Gesuchstellerin unterstützt den dortigen Aufenthalt der Kinder."

3. Die unter Ziff. 4. gestützt auf Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB errichtete Beistandschaft sei zur Überwachung des Besuchsrechts und zur Sicherung der Fremdplatzierung aufrecht zu erhalten.
4. Ziff. 3. des Urteils vom 1. April 2010 sei wie folgt abzuändern:

"3. Die Gesuchstellerin wird berechtigt erklärt, ab 26. Mai 2013 die Kinder C. _____ und D. _____ jeden zweiten Sonntag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wobei sie verpflichtet ist, dafür besorgt zu sein, dass die beiden Kinder jeweils am Sonntagabend um 20.00 Uhr verpflegt wieder in der ...-Schule E. _____ eintreffen. Nur in absoluten Ausnahmefällen sollen sich die Kinder erst um 21.00 Uhr dort einfinden.

Es ist vorgesehen, das eintägige Besuchsrecht auf jedes zweite Wochenende auszudehnen, das heisst gemäss Schulordnung der ...-Schule E. _____ von Freitagabend bis Sonntagabend, 20.00 Uhr, resp. für absolute Ausnahmefälle bis 21.00 Uhr.

Im Hinblick darauf findet eine Standortbestimmung der Beiständin mit den Gesuchstellern Ende November 2013 statt. Im Rahmen dieses Standortgesprächs wird auch eine Regelung des Ferienbesuchsrechts der Gesuchstellerin angestrebt. Kommt keine Einigung zustande, steht es dem Gesuchsteller und der Gesuchstellerin frei, beim Gericht eine Abänderung des Besuchsrechts, wie es in Abs 1 festgelegt worden ist, zu beantragen."

5. Ziff. 5. V Kinderunterhaltsbeiträge sei wie folgt abzuändern:

- "1. Die Gesuchsteller beantragen dem Gericht unter Hinweis auf die Officialmaxime, darüber zu entscheiden, ob, und wenn ja, in welcher Höhe sowie ab welchem Datum die Gesuchstellerin Unterhaltsbeiträge an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der beiden Kinder C. _____ und D. _____ schuldet.
2. Die Parteien ersuchen die Beiständin, eine subsidiäre Kostengutsprache bei der Sozialbehörde L. _____ zu beantragen. Der Gesuchsteller verpflichtet sich, mit der Sozialbehörde L. _____ seinen Elternbeitrag gemäss SKOS-Richtlinien zu regeln."

6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien durch das Gericht zu regeln.

B. Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Geschäfts-Nr. LY130003

1. Die Parteien ersuchen das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, das bei ihm unter der Geschäfts-Nr. LY130003 hängige Berufungsverfahren als durch Vergleich erledigt abzuschreiben.

Die Gerichtskosten übernehmen die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte je zur Hälfte. Sie verzichten gegenseitig auf Prozessentschädigung."

3. Darüber hinaus bestehen keine Anhaltspunkte, die ein Tätigwerden der Kammer im Rahmen der in Verfahren betreffend Kinderbelange geltenden Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) notwendig erscheinen lassen würden. Das Verfahren, welches durch diese Vereinbarung gegenstandslos geworden ist, kann daher ohne Weiterungen abgeschrieben werden (Art. 242 ZPO).

4. Die Prozesskosten sind nach richterlichem Ermessen zu verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Sie setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühre) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühre für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.-- festzusetzen. Antragsgemäss rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühre den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Sie ist aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin den auf ihn entfallenden Anteil zu erstatten. Die Prozessentschädigungen sind gegenseitig wettzuschlagen.

Es wird erkannt:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühre wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt, den Parteien je zur Hälfte auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflicht-

tet, der Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss in Höhe von Fr. 500.-- zu ersetzen.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Beilage des Doppels von act. 26 und act. 28, an den Kinderbeistand Rechtsanwalt Dr. iur. J. _____ sowie an das Einzelgericht o.V. des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der vorinstanzlichen Akten sowie eines Doppels von act. 29) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: