

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 28. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils
(vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Oktober 2014; Proz. FP140001**

Massnahmebegehren der Klägerin und Berufungsbeklagten:
(act. 5/33 S. 1)

Der Beklagte sei für die Dauer des vorliegenden Verfahrens für berechtigt zu erklären, die gemeinsame Tochter C._____ im Rahmen eines begleiteten Besuchstreffs an einem Tag pro Monat während sechs Stunden zu besuchen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Massnahmebegehren des Beklagten und Berufungsklägers:
(Prot. S. 12 sinngemäss)

Es sei im vorliegenden Massnahmenverfahren die mit Verfügung vom 12. Juni 2008 angeordnete Besuchsrechtsregelung beizubehalten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Oktober 2014:
(act. 5/44 = act. 4)

1. In Abänderung des mit Verfügung vom 12. Juni 2008 festgelegten Besuchsrechts (Proz.Nr. EE080134) wird für die weitere Dauer des vorliegenden Verfahrens folgendes Besuchsrecht festgelegt:

Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, das Kind C._____, geb. tt.mm.2006, wie folgt zu besuchen:

- die ersten vier Besuche: im Rahmen eines begleiteten Besuchstreffs oder in Begleitung einer geeigneten Drittperson (z.B. Grossmutter oder Herr D._____) einmal pro Monat für sechs Stunden in der Schweiz,
- hernach: an einem Tag oder an zwei Tagen (ohne Übernachtung) pro Monat unbegleitet in der Schweiz für insgesamt 9 Stunden pro Monat.

Auf die Festsetzung eines Feiertagsbesuchsrechts wird einstweilen verzichtet. Die Beiständin wird jedoch ersucht, nach Möglichkeit das Dezemberbesuchsrecht um die Weihnachtsfeiertage herum festzulegen, sofern der Beklagte dies wünscht.

Die Klägerin wird verpflichtet, das angeordnete Besuchsrecht einzuhalten; ein festgesetztes Besuchsrecht kann nur aufgrund eines ärztlich belegten Grundes verschoben werden, unter Androhung einer Busse nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall.

2. Die aufgrund der Verfügung vom 12. Juni 2008 des hiesigen Gerichts eingesetzte Beiständin hat für die Modalitäten und die Durchführung der begleiteten und unbegleiteten Besuche, möglichst ohne Kontakt der Parteien untereinander bei den Übergaben, besorgt zu sein und einen ersten Besuch des Beklagten im Oktober 2014, spätestens Anfang November 2014, zu organisieren.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
- 4./5. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge des Beklagten und Berufungsklägers:
(act. 2)

1. Es sei die Verfügung FP 140001-L vollumfänglich inklusive Kostenentscheid aufzuheben; insbesondere sei die aufschiebende Wirkung dieser Beschwerde herzustellen.
2. Es seien die Akten der KESB und der Krankenkasse einzuholen (soweit notwendig die Akten der Staatsanwaltschaft Zürich IV) und meinem Anwalt zur Verfügung zu stellen.
3. Es seien Maßnahmen zum Schutz meiner Tochter C._____ zu ergreifen, entweder durch sofortigen Obhutswechsel zu mir oder durch Platzierung einer Sozialarbeiterin in der Wohnung der Mutter.
4. Es sei Richter E._____ als Befangen von dem Verfahren auszuschließen.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich vor dem Bezirksgericht Zürich in einem Verfahren betreffend Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils gegenüber (act. 5/1-45). Mit (zunächst unbegründeter) Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Oktober 2014 wurde das Besuchsrecht für das Kind C._____ für die weitere Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens wie obgenannt abgeändert (act. 5/37, Dispositivziffer 1). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2014 verlangte der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) die Begründung des Massnahmeentscheids (act. 5/41), welcher in der Folge begründet wurde (act. 5/44 = act. 4).

2. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 15. Januar 2015 bei der Kammer fristgerecht (vgl. act. 5/45/3) Beschwerde (act. 2). Nach der Praxis der Kammer wird ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt (OGer ZH NQ110026 Erw. 2.2 vom 23. Juni 2011). Demnach ist das vorliegende als Beschwerde bezeichnete Rechtsmittel als Berufung entgegenzunehmen.

3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-45). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wurde gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet. Auf das Erheben eines Kostenvorschusses wurde umständehalber verzichtet (Art. 98 ZPO). Das Verfahren erweist sich nämlich sogleich als spruchreif.

II.

1. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 ZPO). Es gelten die Regeln des summarischen Verfahrens (vgl. Art. 248 lit. d ZPO), weil es darum geht, in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheidrelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind, bei freier Beweiswürdi-

gung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 2. Aufl., Anh. ZPO, Art. 276 N 1 und 17).

Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht im eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich dabei um die sog. eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Das Gericht hat die Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch geeignete Fragen zu unterstützen, d.h. die Stoffsammlung erfolgt unter Anleitung des Gerichts (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VONTOBEL, 2. Aufl., Art. 272 N 12 und 14). Dessen ungeachtet sind auch in Verfahren mit eingeschränkter Untersuchungsmaxime Noven im Berufungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2).

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N. 10). Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (ZK ZPO-REETZ, 2. Aufl., Vorbem. zu Art. 308-318 N 3 und 15 sowie Art. 310 N 5 f.)

2. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass die Besuche zwischen Vater und Tochter in letzter Zeit nur unregelmässig stattgefunden hätten. Es erscheine aufgrund der Unregelmässigkeiten und der Unruhe in der Vergangenheit angemessen, eine schrittweise Wiederannäherung zwischen dem Berufungskläger und C._____ vorzunehmen. Für eine Beruhigung der Situation und die Vermittlung von Stabilität und Regelmässigkeit sei für die ersten vier Besuchskontakte (einmal pro Monat für sechs Stunden in der Schweiz) eine Begleitung für C._____ vorzusehen. Dies erscheine auch aus Sicht des Be-

rufungsklägers verhältnismässig, handle es sich doch um eine eng begrenzte Zeitspanne und diene einem konfliktlosen Besuchsrecht. Hernach erscheine es im Sinne einer kontinuierlichen Steigerung der Kontakte als angemessen, das Besuchsrecht für die weitere Dauer des Verfahrens auf einen oder zwei Tage (ohne Übernachtung) pro Monat unbegleitet in der Schweiz für insgesamt neun Stunden pro Monat festzusetzen (act. 4 S. 25 ff.).

3. Der Berufungskläger ersucht um Anordnung sofortiger Massnahmen zum Schutz von C._____ (vgl. Ziff. 3 seiner Anträge). Er verlangt, es sei ihm die Obhut des Kindes zuzuteilen oder eine Sozialarbeiterin in der Wohnung der Berufungsbeklagten "zu platzieren" (act. 2 S. 1 und 4). Aus seinem Rechtsbegehren und seinen Ausführungen geht nicht klar hervor, ob er um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des Berufungsverfahrens ersucht oder ob die von ihm geforderte Regelung für die weitere Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens gelten sollten. Diese Unklarheit ist allerdings nicht erheblich und kann bestehen bleiben. Der Berufungsschrift sind nämlich keine konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen, welche ein sofortiges Tätigwerden im Sinne der Anordnung eines einstweiligen Rechtsschutzes im Berufungsverfahren erfordern würden; eine (gegenwärtige) Gefährdung von C._____ ist zudem aufgrund der Akten nicht erkennbar. Ein Antrag um Anordnung vorsorglicher Massnahmen für das Berufungsverfahren würde ohnehin mit dem vorliegenden Entscheid dahinfallen. Wollte der Berufungskläger mit seinem Antrag eine Regelung im vorinstanzlichen Verfahren bewirken, hätte er das beim Vorderrichter zu beantragen. Insoweit ist auf den Antrag 3 des Berufungsklägers nicht einzutreten, der im Übrigen unbegründet blieb und abzuweisen ist.

4. Der Berufungskläger beantragt die Einholung von Akten bei der KESB und der Krankenkasse, soweit notwendig auch bei der Staatsanwaltschaft Zürich IV, um diese seinem Rechtsvertreter zur Verfügung zu stellen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 2). Auch dieser Antrag ist insofern unklar formuliert, als ihm nicht zu entnehmen ist, ob der Berufungskläger um Einholung dieser Unterlagen für das Berufungsverfahren oder für das vorinstanzliche Verfahren ersucht.

Bezüglich der Akten der KESB ist festzuhalten, dass die Vorinstanz bei der KESB Stadt Zürich offenbar bereits ein Aktengesuch stellte (act. 5/31), worauf ihr mit Schreiben vom 9. Oktober 2014 mitgeteilt wurde, die Akten befänden sich gegenwärtig beim Obergericht bzw. beim Bundesgericht (act. 5/36). Dass die Akten bei der KESB Zürich bestellt worden sind, aber noch nicht vorliegen, wurde den Parteien vom Vorderrichter anlässlich der Verhandlung vom 8. Oktober 2014 mitgeteilt (Prot.-I S. 8).

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass sich bereits zahlreiche Unterlagen im Zusammenhang mit den Kindesschutzverfahren bei den Akten befinden (wie beispielsweise act. 5/3/7: Zirkulationsbeschluss KESB Zürich vom 23. Dezember 2013, act. 5/5/2 = 20: Urteil Obergericht Zürich vom 19. Dezember 2013, act. 5/9: Urteil Bezirksrat Zürich vom 13. März 2014, act. 5/14/7: Urteil Bundesgericht vom 17. April 2014, act. 5/14/10: Zirkulationsbeschluss Vormundschaftsbehörde ... vom 3. November 2010, act. 5/34/1: Urteil Bezirksrat Zürich vom 7. November 2013); dasselbe gilt für den vom Berufungskläger mehrmals erwähnten Abschlussbericht über den Aufenthalt von C. _____ im Kinderhaus ... vom 21. Dezember 2012 (act. 5/24).

Den Ausführungen in der Berufungsschrift ist nicht zu entnehmen, was sich der Berufungskläger von den Krankenversicherungsakten von C. _____ verspricht, bzw. was er daraus mit Blick auf das Massnahmeverfahren des Abänderungsprozesses abzuleiten versucht (act. 2 S. 3 f.). Es ist damit nicht nachvollziehbar, inwiefern die Krankenversicherungsunterlagen von C. _____ in Bezug auf die Regelung der Kontakte zwischen dem Berufungskläger und seiner Tochter relevant sein könnten. Dasselbe gilt für die Akten der Staatsanwaltschaft Zürich IV.

Es wäre die Aufgabe des Berufungsklägers darzulegen, was die von ihm verlangten Akten zur Beurteilung der Besuchsrechtsregelung beitragen könnten. Das hat er nicht getan. Für das Berufungsverfahren ist deshalb auf deren Einholung ohne Weiteres zu verzichten. Es ist ferner auch nicht ersichtlich oder schlüssig dargelegt worden, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid anders ausgefallen wäre, wenn diese Akten vorgelegen wären. Der Antrag um Einholung der vorstehend genannten Akten ist offensichtlich unbegründet und daher abzuweisen.

5. Der Berufungskläger beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids vom 14. Oktober 2014 (vgl. Ziff. 1 seiner Anträge), hat es aber unterlassen, diesen Antrag hinreichend zu begründen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass er die im Eheschutzentscheid vom 12. Juni 2008 angeordnete Besuchsrechtsregelung beibehalten möchte. Der Berufungskläger setzt sich kaum mit den Erwägungen des Massnahmeentscheids auseinander und legt nur rudimentär dar, aus welchen Gründen er den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Damit ist den Anforderungen an die Begründungspflicht einer Berufungsschrift gerade noch knapp Genüge getan (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger begnügt sich allerdings im Wesentlichen damit, das Verhalten des Vorderrichters zu beanstanden und stellt zusätzlich ein Ausstandsgesuch (auf welches nachstehend unter Ziffer 6 einzugehen sein wird), anstatt sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides zu befassen, in denen immerhin in über dreissig Seiten eingehend dargelegt wird, aufgrund welcher Überlegungen das Besuchsrecht abzuändern ist. Er beanstandet, dass das Besuchsrecht auf ein Minimum eingeschränkt worden sei, ohne die Akten der KESB Stadt Zürich, der Staatsanwaltschaft IV und der Krankenkasse einzufordern bzw. zu berücksichtigen und ohne die Beiständin zur Verhandlung vom 8. Oktober 2014 vorzuladen (act. 2 S. 2 und 4).

Wie bereits vorstehend unter Ziffer 4 ausgeführt, ist den Ausführungen des Berufungsklägers in seiner Berufungsschrift nicht zu entnehmen, was für sachdienliche Informationen zur Beurteilung der Besuchsrechtsregelung zwischen ihm und C._____ durch den Aktenbeizug gewonnen werden könnten. Gleiches gilt in Bezug auf die Anwesenheit der Beiständin an der Verhandlung. Einziges Thema des vorliegenden Massnahmeverfahrens ist, wie oft sich Vater und Tochter während der Dauer des Verfahrens sehen und wie diese Besuche auszugestalten sind. Der Berufungskläger führt in der Berufungsschrift mit keinem Wort aus, wie oder warum der vorinstanzliche Entscheid mit dem Vorliegen weiterer Akten oder wegen der Anwesenheit der Beiständin anders ausgefallen wäre; dies ist auch nicht ersichtlich. Seine Einwendungen erweisen sich daher als unbegründet.

6. Der Berufungskläger ersucht darum, den Vorderrichter "als Befangen von dem Verfahren auszuschliessen" (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 4). So wirft er dem Vorderrichter beispielsweise vor, von ihm im Januar 2013 gestellte dringliche Sorgerechtsanträge zurückgewiesen zu haben. Er (der Berufungskläger) sei vom Vorderrichter überdies anlässlich der Verhandlung vom 8. Oktober 2014 mehrfach beleidigt worden. Neun Tage nach der Verhandlung sei der unbegründete Entscheid gefällt und sein Besuchsrecht drastisch eingeschränkt worden. Der Vorderrichter habe gewusst, dass der unbegründete Entscheid nicht angefochten werden könne, und habe sich dennoch fast drei Monate für die Begründung Zeit gelassen (act. 2 S. 1 f. und 4).

Die gesetzlichen Bestimmungen (Art. 47 ff. ZPO) über den Ausstand konkretisieren den personenbezogenen Kerngehalt des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BG und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Das soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 134 I 238 Erw. 2.1). Eine Partei, die eine Gerichtsperson ablehnen will, hat dem Gericht unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 49 Abs. 1 ZPO).

Wie vorstehend ausgeführt, hat ein Ausstandsbegehren unverzüglich zu erfolgen. Die vom Berufungskläger geschilderten Sachverhalte gehen auf Vorfälle zurück, die teilweise fast zwei Jahre zurück liegen, wobei anzumerken ist, dass das vorinstanzliche Verfahren erst im Januar 2014 anhängig gemacht worden ist (vgl. act. 5/1). Auch allfällige Beleidigungen in der Verhandlung vom 8. Oktober

2014 hätten vom anwaltlich vertretenen Berufungskläger sofort beanstandet werden müssen (vgl. Botschaft ZPO S. 7273). Das sogleich nach Erhalt hinreichend konkreter Kenntnis der Befangenheit zu stellende Ausstandsbegehren wäre jedenfalls ans Bezirksgericht selber zu stellen gewesen. Im vorliegenden Verfahren sind die Beanstandungen jedenfalls nicht zu hören, zumal gar nicht dargelegt wird, worin die behaupteten Beleidigungen überhaupt bestanden haben sollen und daher unsubstanziert bleibt, um was es gehen könnte. Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers lässt sich überdies aus dem Umstand allein, dass die Vorinstanz fast drei Monate für die 38-seitige Begründung des Massnahmenentscheids brauchte, keine Befangenheit des Vorderrichters ableiten. Richtig ist wohl immerhin, dass die Dauer zwischen Eröffnung und Begründung lang ist. Am Gesagten ändert das indes nichts.

7. Im Ergebnis erweist sich die vom Berufungskläger erhobene Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Mit dem vorliegenden Entscheid erübrigt es sich des Weiteren, über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

III.

Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gerichtskosten bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG in Verbindung mit § 12 GebV OG, welche den Prinzipien des § 2 Abs. 1 GebV OG grundsätzlich Rechnung tragen und berücksichtigen, dass kein schwieriger Fall vorliegt, aber einer von gewisser Tragweite in persönlicher Hinsicht, ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte ist mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten werden kann, und die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts (5. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Oktober 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage einer Kopie von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie 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. Graf

versandt am: