

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss vom 27. September 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____,

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 28. August 2018 (FP150039-K)**

Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht

Winterthur vom 28. August 2018:

(Urk. 4/195 S. 12 ff. = Urk. 2 S. 12 ff.)

1. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht von B._____, geboren tt. Mai 1980, Staatsangehöriger von D._____, (Kläger), und A._____, geboren tt. September 1985, Staatsangehöriger von D._____, (Beklagte), über ihre Tochter C._____, geboren tt.mm.2005, Staatsangehöriger von D._____, (weitere Verfahrensbeteiligte), wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme entzogen.
2. C._____, geboren tt.mm.2005, Staatsangehöriger von D._____, (weitere Verfahrensbeteiligte), wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis auf weiteres im Schulheim der E._____ in F._____ untergebracht.

C._____ darf dort nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Beiständin oder des Bezirksgerichts Winterthur weggenommen werden.
3. Die Beiständin erhält im Sinne vorsorglicher Massnahmen die zusätzlichen Aufgaben und besonderen Befugnisse nach Art. 308 Abs. 2 ZGB,
 - a) die Unterbringung zu begleiten;
 - b) in Zusammenarbeit mit den zuständigen Personen der E._____ den persönlichen Verkehr von B._____ und A._____ zu C._____ unter Berücksichtigung von deren Wohl und Bedürfnissen neu zu regeln. Sollte eine einvernehmliche Regelung nicht möglich sein, ist dem Bezirksgericht Winterthur unverzüglich ein entsprechender Antrag zu stellen.
4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden mit dem Endentscheid geregelt.
5. ... (Schriftliche Mitteilung)
6. ... (Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht o.V. vom 28. August 2018 vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen mit dem Auftrag, bei der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, Kinder- und Jugendambulatorium Bülach, ein Gutachten in Auftrag zu geben, welches
 - die Lebenssituation von C._____ umfassend begutachtet;

- die Erziehungsfähigkeit beider Elternteile abklärt;
 - die Beziehungen und Bindungen von C._____ zu all ihren Familienmitgliedern abklärt;
 - die psychischen Bedürfnisse von C._____ abklärt;
 - die geeigneten Massnahmen zur bestmöglichen Unterstützung von C._____ aufzeigt;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten und Klägers, bezüglich der Parteientschädigung zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer."

Erwägungen:

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 2003 und haben eine gemeinsame Tochter, C._____, geboren am tt.mm.2005 (Urk. 4/23/8). Mit Urteil vom 5. Januar 2012 wurde die Ehe der Parteien geschieden (Urk. 4/23/18) und C._____ unter die elterliche Sorge der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) gestellt (Urk. 4/23/18 S. 2 f.). Im Oktober 2015 wurde das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Beklagten bezüglich C._____ durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen zunächst mit superprovisorischer, hernach mit vorsorglicher Anordnung entzogen, C._____ beim Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) untergebracht und eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet (Urk. 4/12/81, Urk. 4/12/115).

Mit Eingabe vom 13. November 2015 machte der Kläger die vorliegende Abänderungsklage bei der Vorinstanz anhängig und beantragte im Wesentlichen die Unterstellung von C._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien und unter seine alleinige Obhut (Urk. 4/1 S. 2). Mit Verfügung vom 16. Juni 2016 gab die Vorinstanz diesen Anträgen statt und ordnete die Weiterführung der Beistandschaft an (Urk. 4/65 S. 32 ff.). Am 28. August 2018 fällte die Vorinstanz auf Antrag der Beiständin (Urk. 4/179) den eingangs wiedergegebenen Massnahmeentscheid (Urk. 4/195 S. 12 ff. = Urk. 2 S. 12 ff.).

1.2. Dagegen erhob die Beklagte am 10. September 2018 Berufung mit den vorstehend aufgeführten materiellen Anträgen (Urk. 1 S. 2). Gleichzeitig ersuchte sie in prozessualer Hinsicht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 3). Mit Verfügung

vom 13. September 2018 wurde der Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegeben, welchem sie sich mit Eingabe vom 21. September 2018, eingegangen am 24. September 2018, anschloss (Urk. 5; Urk. 6). Mit Eingabe vom 21. September 2018 verlangte die Beklagte Fristerstreckung zur Einreichung der mit Verfügung vom 13. September 2018 einverlangten Unterlagen (Urk. 7).

1.3. Der Kläger hat gegen den angefochtenen Entscheid ebenfalls Berufung erhoben und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht. Das Verfahren wurde unter der Prozessnummer LY180045-O angelegt.

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Darüber hinaus sind in der Berufungsschrift Berufungsanträge zu stellen. Das heisst, es ist bestimmt zu erklären, welche Änderungen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids verlangt werden. Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung der Berufung zum Urteil erhoben werden können. Aufgrund der reformatorischen Wirkung der Berufung genügt es nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen. Vielmehr muss neben dem Aufhebungsantrag ein Antrag zur Sache gestellt werden. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, soweit für Kinderbelange die Official- und Untersuchungsmaxime gilt (Art. 296 Abs. 3 ZPO; BGE 137 III 617). Ein blosser Aufhebungsantrag verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, kommt nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 16, 20). Eine Rückweisung an die erste Instanz hat indes grundsätzlich die Ausnahme zu bleiben (Art. 318 Abs. 1 ZPO; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006 7376 Ziff. 5.23.1). Für die Prüfung, ob hin-

reichende Anträge vorliegen, ist neben den formellen Anträgen auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung abzustellen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 26).

2.2. Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufung in formeller Hinsicht die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Berufungsantrag Ziff. 1) sowie die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Einholung eines Gutachtens (Berufungsantrag Ziff. 2). Materielle Anträge zur Sache stellt sie nicht (Urk. 1 S. 2 ff.).

Es ist daher zu prüfen, ob sich solche aus der Berufungsbegründung ergeben. Die Beklagte führt mit ihrer Berufung im Wesentlichen aus, die Abklärung der Fremdplatzierung der Tochter sei nicht ausreichend profund vorgenommen worden. Schriftliche Berichte der Schule oder der Lehrerin würden nicht vorliegen (Urk. 1 S. 7). Der Bericht des Ambulatoriums Bülach der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (Urk. 4/148) sei prozessual nicht verwertbar, da die Auftragserteilung nicht von der Vorinstanz ausgegangen und die Beklagte nicht in die Untersuchung einbezogen worden sei. Überdies sei das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, da nicht geprüft worden sei, ob eine mildere Massnahme - insbesondere eine Tagesschule ohne Übernachtung - nicht erfolgreich sei (Urk. 1 S. 9). Entsprechend sei der Entscheid aufzuheben und zur Vornahme weiterer Abklärungen, namentlich einer umfassenden Begutachtung der Lebenssituation von C._____, der Erziehungsfähigkeit beider Elternteile sowie der Beziehungen und Bindungen von C._____ zu allen Familienmitgliedern, zurückzuweisen (Urk. 1 S. 12). Während die Beklagte in der Berufungsschrift einerseits ausführt, es sei vor einer Fremdplatzierung der Tochter deren Rückkehr zur Beklagten zu prüfen (Urk. 1 S. 7, 12), hält sie an anderer Stelle den Besuch einer Tagesschule mit integrierter Aufgabenhilfe und paritätischer Aufteilung der Freizeit bei je einem Elternteil für prüfenswert (Urk. 1 S. 7). Insofern bleibt somit offen und ergibt sich nicht aus der Begründung der Berufung, wie aus Sicht der Beklagten hinsichtlich des mit angefochtenem Entscheid entzogenen Aufenthaltsbestimmungsrecht zu verfahren sei und welche Regelung sie betreffend die Obhut für die gemeinsame Tochter beantragt. Es fehlt somit auch unter Einbezug der Ausführungen in der Berufungsbegründung an materiellen Anträgen in der Sache.

Wie ausgeführt, kann auf Anträge in der Sache einzig dann verzichtet werden, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann. Vorliegend wäre eine Rückweisung an die Vorinstanz selbst bei ungenügender Sachverhaltsfeststellung nicht zwingend. Die Beklagte verkennt, dass auch die Berufungsinstanz Abklärungen zur Vervollständigung des Sachverhalts vornehmen, namentlich Gutachten in Auftrag geben kann, um das Verfahren zur Spruchreife zu führen (Art. 316 Abs. 3 ZPO). Eine Rückweisung hat nur in Ausnahmefällen zu erfolgen. Entsprechend wäre für den Fall, dass die beschliessende Kammer im Laufe des Berufungsverfahrens weitere Abklärungen zur Lebenssituation von C._____ für erforderlich gehalten hätte, nicht ohne Weiteres kassatorisch zu entscheiden gewesen. Materielle Anträge zur Sache waren vorliegend somit zwingend erforderlich.

2.3. In der Berufung der Beklagten fehlt es an Anträgen zur Sache. Die Beklagte hat demzufolge ungenügende Rechtsbegehren gestellt, weshalb auf die Berufung ohne Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.4).

2.4. Entsprechend wird der prozessuale Antrag der Beklagten, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1 S. 3), gegenstandslos.

3. Die Beklagte stellte auch für das zweitinstanzliche Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2, 13 ff.). Die Berufung war aus den vorstehend dargelegten Gründen von vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, weshalb es vorliegend an einer der beiden Grundvoraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt. Das entsprechende Gesuch der Beklagten ist abzuweisen. Die mit Verfügung vom 13. September 2018 angesetzte Frist zur Einreichung weiterer Unterlagen (Urk. 5 S. 4) wie auch das entsprechende Fristerstreckungsgesuch (Urk. 7) sind damit obsolet.

4.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5, § 6 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Die unter die Gerichtskosten fallenden Kosten für die Kindesvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) sind angesichts des identischen Verfahrens LY180045-

O vorliegend in reduzierter Höhe im Umfang von Fr. 200.– zu berücksichtigen (Art. 105 Abs. 1 ZPO, § 1 AnwGebV, BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2). Die Gerichtskosten sind vollumfänglich der im Berufungsverfahren unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Parteientschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren nicht zuzusprechen: Dem Kläger sind in diesem Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (Art. 95 Abs. 3 ZPO), die Beklagte hat aufgrund ihres Unterliegens keinen Anspruch auf Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Der Antrag der Beklagten auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung wird abgeschrieben.
4. Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Kindsvertreterin für das Berufungsverfahren mit Fr. 200.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'000.00;	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	200.00	Honorar Kindsvertreterin Rechtsanwältin Z. _____,
Fr.	1'200.00	Total
6. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
7. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Verfahrensbeteiligte, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von Urk. 6, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von Urk. 1 und Urk. 6, sowie an die Vorinstanz und die Beiständin G._____, Kinder- und Jugendhilfzentrum (kjj) Winterthur, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
9. 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 und 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.

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

Zürich, 27. September 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
mc