

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos
Würgler sowie Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss und Urteil vom 14. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 16. Juni 2020 (FE180195-G)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Nachdem die Beiständin mit Eingabe vom 28. Mai 2020 um Bewilligung von Ferien der Verfahrensbeteiligten zusammen mit der Familie E._____ im Ausland und Erteilung der hierfür notwendigen rechtlichen Einverständniserklärungen zum Passieren der Grenzen ersuchte (Urk. 339) und die Parteien sich zu diesen Anträgen vernehmen liessen (Urk. 353 und Urk. 356), erliess die Vorinstanz unter dem 16. Juni 2020 die angefochtene Verfügung mit nachfolgendem Dispositiv (Urk. 2B S. 5 f.):

1. Der Auftrag der Beiständin, erteilt mit Verfügung vom 25. Juni 2019 Dispositiv-Ziffer 4 Abs. 2 und bestätigt mit Verfügung vom 30. Juli 2019 Dispositiv-Ziffer 4 Abs. 1, wird wie folgt präzisiert bzw. ergänzt:
 - Ferien (im In- und Ausland) der Kinder C._____ und D._____ mit der Pflegefamilie E._____ zu koordinieren.
2. (Schriftliche Mitteilung.)

1.2 Gegen diese Verfügung erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) mit Eingabe vom 24. Juni 2020 innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1B S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 16. Juni 2020 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Im Sinne einer superprovisorischen Massnahme sei die Beiständin anzuweisen, der Familie E._____ die Erlaubnis mit C._____ und D._____ [recte: D._____] in die Auslandsferien zu reisen, zu entziehen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten, eventualiter unter Übernahme der Kosten auf die Staatskasse, zuzüglich MwSt. von 7.7%."

In prozessualer Hinsicht wurde weiter beantragt, der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– zu verpflichten, eventualiter sei der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr Rechtsanwältin MLaw X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 1B S. 2).

1.3 Mit Beschluss vom 26. Juni 2020 wurde das Gesuch um superprovisorische Anweisung der Beiständin abgewiesen (Urk. 5). Da sich die Berufung sogleich als

offensichtlich unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

Hinsichtlich der vorliegend geltend gemachten und nachfolgend abgehandelten unrichtigen Rechtsanwendung verfügt die Berufungsinstanz über unbeschränkte Kognition. Sie ist weder an die in einer Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln ist die Beurteilung indes auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime auf die formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen).

3. Unrichtige Rechtsanwendung

3.1 Die Beklagte moniert eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz, da diese der Beiständin ohne entsprechende Rechtsgrundlage unübertragbare Kompetenzen übertragen habe (Urk. 1B S. 5).

3.2 Es trifft zu, dass das mit Verfügung vom 25. Juni 2019 (Urk. 60) gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB vorerst superprovisorisch und danach mit Verfügung vom 30. Juli 2019 (Urk. 113) vorsorglich für die Dauer des Verfahrens entzogene Aufenthaltsbestimmungsrecht auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Meilen (nachfolgend: KESB) bzw. auf das Gericht (vgl. Art. 315a Abs. 1 ZGB) übergegangen ist und weder von der KESB noch vom Gericht weiter übertragen werden kann (vgl. BGer 5P.238/2001 vom 2. November 2001, E. 4b [= Pra 91 Nr. 55]). Allerdings tangieren vorübergehende Änderungen des faktischen Aufenthaltsorts das Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht. Die Befugnis, über vorübergehende Wechsel des Aufenthaltsorts zu entscheiden, ist von der faktischen Obhut umfasst, weshalb es grundsätzlich an den jeweils betreuenden Personen liegt, während ihrer Betreuungszeit über allfällige (Ausland)Reisen zu entscheiden

(vgl. BK-Affolter/Vogel Art. 301 ZGB N 29 und Art. 301a ZGB N 14; BGer [5P.238/2001] vom 2. November 2001, E. 4b [= Pra 91 Nr. 55]).

3.3 Die Ansicht der Vorinstanz, wonach es für Ferienaufenthalte der Verfahrensbeteiligten zusammen mit der Familie E._____ aufgrund der konkreten Obhutsverhältnisse keiner behördlichen Zustimmung bedürfe (Urk. 2B S. 3), ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Ohne gegenteilige Anordnung liegt es im Verantwortungsbereich der Inhaber der faktischen Obhut, während der jeweiligen Betreuungszeiten über Ferienaufenthalte und deren Ausgestaltung (u. a. Wahl des Ferienorts und der Unterkunft) zu befinden.

3.4 Da die Beiständin entsprechend den Verfügungen vom 25. Juni 2019 und 30. Juli 2019 unter anderem mit der Herstellung und der Organisation des Kontakts zwischen Eltern und Kindern beauftragt wurde (Urk. 60 S. 21 und Urk. 113 S. 76), erscheint die mit dem angefochtenen Entscheid verfügte Präzisierung folgerichtig, zumal allfällige Ferienabwesenheiten mit dem Besuchsrecht der Eltern zu koordinieren sind. Klarerweise kann in einem solchen Zusammenhang nicht von der Zuweisung bereichsfremder Aufgaben gesprochen werden, weshalb die von der Beklagten angeführte Literatur vorliegend nicht zielführend ist (vgl. Affolter-Fringeli, Rollen und Verantwortlichkeiten bei behördlicher Fremdunterbringung eines Kindes, FS Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 23 ff.). Eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO ist nicht auszumachen.

3.5 Soweit die Beklagte das Kindeswohl aufgrund des Ferienaufenthalts vom 27. Juni bis 5. Juli 2020 für gefährdet hält, kann auf den Beschluss des hiesigen Gerichts vom 26. Juni 2020 verwiesen werden (Urk. 5). Weitergehende Ausführungen hierzu erübrigen sich zudem aufgrund des Umstands, dass die Ferien zum gegenwärtigen Zeitpunkt bereits angetreten wurden bzw. die Verfahrensbeteiligten bereits wieder aus den Ferien zurückgekehrt sein dürften.

3.6 Nach den vorstehenden Erwägungen erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet und ist folglich abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

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

4.3 Die Anträge der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 1B S. 2) sind zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO; vgl. BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren von Fr. 5'000.– wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - den Kläger, unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von Urk. 1A und B, Urk. 2A und B sowie Urk. 3A und Urk. 4/2-9,
 - die Beklagte,
 - die Kindervertreterin, unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von Urk. 1A und B, Urk. 2A und B sowie Urk. 3A und Urk. 4/2-9,
 - die KESB des Bezirks Meilen,
 - die Beiständin, F._____, G._____ (...) Meilen, ... [Adresse],
 - die Vorinstanz,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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 BGG. Es handelt sich um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. Juli 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
am