

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss und Urteil vom 7. Dezember 2021

in Sachen

A._____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X1._____, und / oder
Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

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 1. November 2021 (FE180195-G)**

Erwägungen:

1. a) Im Rahmen des zwischen den Parteien hängigen Scheidungsverfahrens erliess die Vorinstanz unter dem 1. November 2021 die angefochtene Verfügung mit nachfolgendem Dispositiv (Urk. 6/675 = Urk. 2):

"1. Die Videokontakte der Beklagten zu ihren Kindern beginnen mit einem Austausch von Videobotschaften. Verläuft dieser Austausch von Videobotschaften für die Kinder belastungsfrei, wird die Beklagte für berechtigt erklärt, einmal im Monat ihre Töchter im Rahmen eines begleiteten Video-Kontakts von je 15 Minuten pro Kind zu sprechen.

Die Besuchsbegleitung hat die Kompetenz, die Videobotschaft(en) der Beklagten zurückzuweisen, wenn diese für die Kinder belastende Inhalte aufweisen.

Die Begleitung hat ferner die Kompetenz, das live-Gespräch zu unterbrechen oder zu beenden, sofern die Beklagte kindswohlgefährdende Aussagen macht.

Die Beiständin hat die Kompetenz, bei für das Wohlbefinden der Kinder positiv verlaufenden Kontakten den Videokontakt von 15 auf je 30 Minuten pro Kind auszudehnen.

2. (Schriftliche Mitteilung.)"

b) Gegen diese Verfügung erhob Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____ namens der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 12. November 2021 innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

" 1. Die Verfügung vom 1. November 2021 sei aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Der Berufungsklägerin sei ein zweiwöchentliches, persönliches Besuchsrecht zu gewähren.

4. Dr. med. E._____, F._____ sei zur sinnvollen Gestaltung des Besuchsrechts zu befragen bzw. um Auskunft zu bitten.
5. *Eventualiter*: Der Kindsmutter seien monatlich 30-minütige Videokontakte mit Unterstützung von Herrn Dr. med. E._____ zu ermöglichen.
6. Der Berufungsklägerin sei mit Wirkung ab 8. November 2021 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei der unterzeichnende Anwalt als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter einzusetzen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

c) Auf die Ausführungen der Beklagten in der Berufungsschrift ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-679).

2. a) Die Beklagte rügt in der Berufungsschrift, dass die angefochtene Verfügung ohne Rechtsmittelbelehrung eröffnet worden sei (Urk. 1 S. 3 Ziff. 2).

b) Gemäss Art. 238 lit. f ZPO hat ein gerichtlicher Entscheid grundsätzlich eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten. Nach der Rechtsprechung führt nicht jede mangelhafte Eröffnung, insbesondere auch nicht die Eröffnung ohne Rechtsmittelbelehrung, zur Nichtigkeit des Entscheids. Aus dem Grundsatz, dass einer Partei aus einer mangelhaften Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen, folgt vielmehr, dass dem beabsichtigten Rechtsschutz auch dann Genüge getan ist, wenn eine objektiv mangelhafte Eröffnung trotz des Mangels ihren Zweck erreicht. Es ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. In diesem Sinne findet die Berufung auf Formmängel ihre Grenzen am Grundsatz von Treu und Glauben, der auch in diesem prozessualen Bereich gilt (BGer Urteil 5A_120/2012 vom 21. Juni 2012, E. 4.1 m.w.H.).

c) Im vorliegenden Fall war die rechtsanwaltlich vertretene Beklagte in der Lage, gegen die angefochtene Verfügung rechtzeitig Berufung gemäss Art. 308 ff.

ZPO zu erheben. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ihr ein Nachteil daraus erwachsen ist, dass die angefochtene Verfügung keine Rechtsmittelbelehrung enthielt.

3. a) Die Beklagte macht in Ihrer Berufung geltend, sie habe vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten, weshalb das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO verletzt worden sei. Ihr sei nicht bekannt, aufgrund welcher Anträge der Austausch der Videobot-schaften verfügt worden sei (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4).

b) Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt unter anderem das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen zu äussern. Dieses Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue Tatsachen oder rechtliche Argumente enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Ent-scheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beur-teilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert. Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig wer-den kann, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zur Replik einzuräumen. Hierzu genügt es grundsätzlich, den Parteien die Eingabe zur Information zuzustellen (BGer 5A_242/2020, 5A_243/2020 vom 30. Juni 2020, E. 3.2.1 m.w.H.).

c) Wie von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht ausge-führt (Urk. 2 S. 2 E. 1.1), stellte die Beiständin mit Schreiben vom 1. Oktober 2021 (vgl. Urk. 6/666) den Antrag, während 6 Monaten monatlich je einen fachlich be-gleiteten Videokontakt von 15 Minuten zwischen der Beklagten und ihren Töch-tern durchzuführen. Sollten diese Kontakte für das Wohlbefinden der Kinder posi-tiv verlaufen, könnten sie nach Rücksprache der Therapeuten der Kinder auf 30 Minuten ausgedehnt werden. Sollten die Kontakte für die Kinder belastend ver-laufen, seien diese nach Rücksprache mit den Therapeuten der Kinder umgehend zu sistieren (vgl. Urk. 6/666 S. 7). Den Parteien und den Verfahrensbeteiligten

wurden diese Anträge der Beiständin in der Folge mit Schreiben vom 5. Oktober 2021 (Urk. 6/667/1-6) zur Kenntnisnahme zugestellt, wobei die Rechtsanwaltskanzlei G._____ den Empfang unterschriftlich am 6. Oktober 2021 bestätigte (Urk. 6/667/4, siehe auch Urk. 6/667/1).

d) Aufgrund welcher Motivation die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung schliesslich nicht die von der Beiständin vorgeschlagene Lösung der Videokontakte, sondern eine restriktivere wählte, begründete sie ausführlich in den Erwägung 1.5 und 1.6 der angefochtenen Verfügung. Im Rahmen der Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO) steht es der erstinstanzlichen Richterin jederzeit offen, Regelungen zu treffen, welche nicht genau so beantragt wurden. So hat das Gericht im Geltungsbereich der Officialmaxime die Möglichkeit, gewisse Fragen von Amtes wegen zu entscheiden, unabhängig von den Anträgen der Parteien.

e) Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten ist vorliegend somit nicht ersichtlich.

4. a) Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1 m.w.H.). 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. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufungsklägerin die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beru-

fungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2 m.w.H.; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1 m.w.H.). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3 m.w.H.; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.).

b) Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, der Problematik, dass die Beklagte es während den letzten stattgefundenen Besuchskontakten Ende 2020/Anfang 2021 wiederholt und trotz mehrfacher entsprechender Weisung nicht unterlassen habe, ihre Kinder mit belastenden Themen zu konfrontieren, werde einerseits mit der Psychotherapie der Beklagten bei Dr. E. _____ aber auch mit der Begleitung der Videokontakte durch eine Fachperson versucht entgegenzuwirken. Als problematisch habe sich herausgestellt, dass die Beklagte auf die Signale der Besuchsbegleiter zunächst von dreimal nur einmal reagiert habe, als ihr diese während den Besuchen hätten klarzumachen versucht, dass sie sich in den nicht erlaubten Themenbereichen bewegt habe (unter Hinweis auf Urk. 6/473 S. 3). Gegen Ende der begleiteten Besuche habe die Beklagte auf Hinweise bzw. Signale der Besuchsbegleiter gar nicht mehr reagiert (unter Hinweis auf Urk. 6/539 S. 4). Betreffend den Interventionen während den Besuchen sei zudem erwähnt, so die Besuchsbegleiter in ihrem Schlussbericht, dass die Beklagte ihrerseits diese in ihren Rückmeldungen per Mail als kindswohlgefährdend beschrieben habe. Zwischenzeitlich hätten sich weitere problematische Ver-

haltensweisen der Beklagten gezeigt, nämlich eigenmächtige Kontaktaufnahmen zu den Kindern (unter Hinweis auf den Bericht der Beiständin vom 1. Oktober 2021 [Urk. 6/666]). Diesem Problem sei neu dadurch zu begegnen, indem die Beiständin beauftragt werde, der Besuchsbegleitung aufzutragen, zunächst zwischen der Beklagten und den Kindern auszutauschende Videobotschaften durchzuführen. Dabei würden die Kinder und die Beklagte nicht live miteinander sprechen können, sondern es werde entweder zunächst bei den Kindern eine Videobotschaft abzuholen und diese der Mutter vorzuspielen sein oder umgekehrt. Damit werde vermieden, dass die Beklagte kindswohlgefährdende Äusserungen tätige, die schliesslich nicht mehr zurückgenommen werden könnten und als Vorteil mitbringe, dass das Gespräch nicht abgebrochen werden müsse. Die Besuchsbegleitung sei somit zu beauftragen, die Videoaufnahmen der Beklagten auf entsprechende Aussagen zu sichten und diese zurückzuweisen, sofern diese ihrer Ansicht nach für die Kinder belastende Inhalte aufweisen sollten. Der Beiständin bzw. der Besuchsbegleitung sei es überlassen zu entscheiden, wann zu den geplanten live-Video-Kontakten übergegangen werde (Urk. 2 S. 4 f. E. 1.5-1.7).

c) Die Beklagte setzt sich in ihrer Berufungsschrift mit den genannten vorinstanzlichen Erwägungen nicht substantiiert auseinander (vgl. Urk. 1 S. 3 ff. Ziff. 5 bis 8). Sie führt zwar aus, dass ein Austausch von Videobotschaften für alle Beteiligten unzumutbar und auch nicht zielführend sei (Urk. 1 S. 4 Ziff. 6); sie unterlässt es in der Folge jedoch, konkret auszuführen, weshalb die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen fehlerhaft bzw. unzutreffend seien. Lediglich wiederholt geltend zu machen, dass seit sechs bzw. beinahe zehn Monaten kein einziger Kontakt zwischen den Kindern und der Beklagten stattgefunden habe, was eine Kindswohlgefährdung darstelle (Urk. 1 S. 3 f. Ziff. 5 ff.), genügt im Berufungsverfahren nicht. So stellt das Berufungsverfahren – wie ausgeführt – keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Nicht einzugehen ist sodann auf die nicht einmal im Ansatz glaubhaft gemachte Behauptung der Beklagten, es würden keinerlei Anzeichen dafür vorliegen, weshalb der Kontakt der Kinder mit ihr eine Kindswohlgefährdung darstellen könnte (Urk. 1 S. 4 Ziff. 6). So führte die Vorinstanz bereits in ihrer Verfügung vom 17. März 2021 aus, es sei zusammenfassend festzuhalten, dass das Kindeswohl durch das Verhalten der Beklagten

akut massiv gefährdet sei. Die Beklagte schüre bewusst den Loyalitätskonflikt, in welchem sich ihre Töchter ohnehin bereits befänden, bei absolut jeder noch so kleinen Gelegenheit, und übe auf diese Weise massivsten Druck auf die Mädchen aus. Nebst diesen besorgniserregenden Vorkommnissen und Verhaltensweisen missachte sie die Modalitäten des Besuchsrechtes konstant und ohne auf mögliche schädigende Auswirkungen auf ihre Kinder Rücksicht zu nehmen (Urk. 6/552 S. 17 E. 5.20; siehe dazu auch Urk. 2 S. 3 E. 1.2 a.E.).

Mit keinem Wort geht die Beklagte schliesslich auf die in der angefochtenen Verfügung erwähnten eigenmächtigen Kontaktaufnahmen zu den Kindern ein, die sich im Mai und im September 2021 (zuletzt auf dem Schulareal der Primarschule Kreuzlingen) zugetragen haben und von der Beiständin als für die Entwicklung der Kinder gefährdend (Urk. 6/666 S. 4 ff., S. 6 unten) und von der Vorinstanz (nebst dem Ignorieren von Weisungen und Signalen der Besuchsbegleiter) als weitere problematische Verhaltensweisen eingestuft wurden, denen es zunächst mit auszutauschenden Videobotschaften zu begegnen gelte.

5. Gemäss dem vorstehend Ausgeführten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung als unzureichend bzw. unbegründet, weshalb diese abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist. Die angefochtene Verfügung vom 1. November 2021 ist zu bestätigen.

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet.

6. Die Beklagte stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren war jedoch von vornherein als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen ist.

7. 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. 1'200.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

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

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 1. November 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - den Kläger, unter Beilage je eines Doppels der Urk. 1, 4 und 5/3-8,
 - Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____ für die Beklagte,

- die Kindesvertreterin, unter Beilage je eines Doppels der Urk. 1, 4 und 5/3-8,
 - die Beiständin, H._____, Kinder- und Jugendhilfezentrum (kjj) ..., ... [Adresse]
 - die Vorinstanz,
- je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 7. Dezember 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
Im