

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC190011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

## Beschluss vom 7. Mai 2019h

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

**Bezirksgericht Winterthur,**

Beschwerdegegner 2

betreffend **Ehescheidung (Ausstand, Rechtsverzögerung)**

**Beschwerde im Verfahren des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Winterthur (FE180386-K)**

---

**Erwägungen:**

**1.1** Am 13. November 2018 reichte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) vor Vorinstanz Klage auf Scheidung ein (Urk. 2 S. 1 mit Verweis auf Urk. 6/1). In der Folge stellte sie am 22. November 2018 folgendes Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 2 S. 1 mit Verweis auf Urk. 6/5):

- "1. Es sei für die Dauer des Verfahrens das Besuchsrecht des Beklagten gemäss dem Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Hinwil dahingehend einzuschränken, dass der Beklagte das gemeinsame Kind C.\_\_\_\_\_ bis auf Weiteres lediglich in Anwesenheit der D.\_\_\_\_\_ -Spitex bzw. D.\_\_\_\_\_ -Spitex ... besuchen kann.
2. Die Massnahme gemäss Ziffer 1 zuvor sei superprovisorisch anzuordnen.
3. Es sei ein Bericht der Beiständin E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] einzuholen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**1.2** Nachdem das Gericht mit der Beiständin und F.\_\_\_\_\_ von der KESB Winterthur telefonisch Kontakt aufgenommen hatte (Urk. 6/7), stellte die Beiständin mit Eingabe vom 23. November 2018 einen Antrag auf superprovisorische Sistierung der Besuchskontakte und des persönlichen Verkehrs des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter), bis die Besuchskontakte in einem adäquaten und nicht kindswohlgefährdenden Rahmen aufgeleitet und festgelegt seien (Urk. 2 S. 2 mit Verweis auf Urk. 6/9 S. 2 = Urk. 4/2 S. 2).

**1.3** Am 26. November 2018 verfügte die Vorinstanz hinsichtlich der beantragten vorsorglichen Massnahme superprovisorisch Folgendes (Urk. 2 S. 6):

1. Die Besuchsrechtsregelung gemäss Disp.-Ziff. 2 (Ziff. 2) des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 15. November 2017 (Gesch.-Nr. EE170020-E) wird einstweilen mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Der Beklagte ist bis zu einem anderslautenden Entscheid des Gerichts nicht berechtigt, das Kind C.\_\_\_\_\_ zu betreuen.

2. Dem Beklagten wird eine Frist von **10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um schriftlich im Doppel zur Frage der einstweiligen Sistierung des Besuchsrechts Stellung zu nehmen. Allfällige Unterlagen, welche der Stellungnahme beigelegt werden, sind ebenfalls im Doppel – mit einem zweifachen Verzeichnis versehen – einzureichen.

Bei Säumnis entscheidet das Gericht über die vorsorgliche Massnahme (Weiterführung der superprovisorisch verfügten Sistierung des Besuchsrechts) aufgrund der Akten.

**Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

3. [...].
4. (Schriftliche Mitteilung).

**1.4** Mit Eingabe vom 5. Dezember 2018 stellte der Beklagte seinerseits folgendes Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/20 S. 2 f. = Urk. 4/7 S. 2 f.):

- "1. Die mit superprovisorischer Verfügung vom 26. November 2018 erfolgte Aufhebung der Besuchsrechts-/Betreuungsregelung gemäss Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 15. November 2017 (Verfahren EE170020) sei unverzüglich, d.h. superprovisorisch aufzuheben.
2. Es sei klarzustellen, dass der Beklagte mit sofortiger Wirkung berechtigt ist, die Tochter C.\_\_\_\_\_ zu besuchen, erstmals wieder am kommenden Samstag, den 8. Dezember 2018, sowie am Sonntag, den 9. Dezember 2018, jeweils während der Dauer der Verfügbarkeit einer Mitarbeiterin der D.\_\_\_\_\_-Spitex ..., und anschliessend an jedem Wochenende, jeweils am Samstag und Sonntag.
3. Es sei anzuordnen, dass die Besuche gemäss Ziffer 2 vorübergehend, vorbehältlich der Zustimmung der Klägerin, in deren Wohnung an der G.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Winterthur, durchgeführt werden, in der Gegenwart der D.\_\_\_\_\_-Spitex ..., jedoch in Abwesenheit der Klägerin.

Verweigert die Klägerin die Zustimmung zur Benützung ihrer Wohnung, sei der Beklagte berechtigt zu erklären, die Tochter C.\_\_\_\_\_ in Begleitung der D.\_\_\_\_\_-Spitex ... mit sich in seine Wohnung in Winterthur zu nehmen, jedoch in Abwesenheit der Klägerin, jeweils für die Dauer der Verfügbarkeit der D.\_\_\_\_\_-Spitex ....

Nach den Besuchen sei die Tochter jeweils durch die D.\_\_\_\_\_-Spitex ... der Klägerin in deren Wohnung wieder zu übergeben.

4. Die die KESB Bezirks Winterthur sei einzuladen, die Beiständin der Tochter C.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, mit sofortiger Wirkung von ihrer Aufgaben in der Sache der Parteien sowie von C.\_\_\_\_\_ zu entbinden und unverzüglich eine andere Beistandsperson mit dieser Sache zu betrauen.
5. Die Aufgaben gemäss Eheschutzurteil vom 15. November 2018 [recte: 2017] des Bezirksgerichts Hinwil seien der neuen Beiständin zu übertragen und die neue Beiständin sei insbesondere zu beauftragen, die Einsätze der D.\_\_\_\_\_-Spitex ... zu organisieren, wenn der Beklagte seine Tochter besucht.
6. Die Parteien seien möglichst kurzfristig, in jedem Fall noch vor den Festtagen, zu einer mündlichen Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorzuladen.
7. Es seien Berichte von Dr. med. H.\_\_\_\_\_, ... Paleativ Care ... Kantonsspital Winterthur und bei der D.\_\_\_\_\_-Spitex ... betreffend die Einschätzung der gesundheitlichen Risiken für C.\_\_\_\_\_ bei deren Betreuung allein durch den Beklagten bzw. in Abwesenheit der Klägerin einzuholen, der Bericht der der D.\_\_\_\_\_-Spitex ... nach Durchführung der Besuche des Beklagten in Abwesenheit der Klägerin.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

**1.5** Hierüber befand die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. Dezember 2018 wie folgt (Urk. 6/25 S. 5 f. = Urk. 4/9 S. 5 f.):

1. Die superprovisorisch gestellten Anträge gemäss Eingabe des Beklagten vom 5. Dezember 2018 werden abgewiesen.
2. In Abänderung der Verfügung vom 26. November 2018 wird der Beklagte mit Wirkung ab dem 8. Dezember 2018 berechtigt erklärt, das Kind C.\_\_\_\_\_ unter Aufsicht der Fachstelle "I.\_\_\_\_\_" in der Wohnung der Klägerin zu betreuen.

Die Modalitäten der Betreuung des Kindes durch den Beklagten (Zeitpunkt, Dauer, Anwesenheit der Klägerin oder nicht) sind einstweilen von der Beiständin festzulegen, welche sich hinsichtlich der Dauer und Häufigkeit der Betreuungszeiten – unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der Fachstelle "I.\_\_\_\_\_" – möglichst nach der bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens gelebten Regelung richten wird.

3. [...].
4. (Schriftliche Mitteilung).

**1.6** Mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 wurden die Parteien und die Beiständin zur Einigungsverhandlung sowie zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 17. Dezember 2018 vorgeladen (Urk. 6/32). Am

19. Dezember 2018 erkundigte sich das Gericht telefonisch bei Dr. med. H. \_\_\_\_\_ bezüglich Einholen eines ärztlichen Berichts (Urk. 6/37a). Mit Schreiben vom 7. Januar 2019 wurde Dr. med. H. \_\_\_\_\_ ersucht, ihre fachkundige Einschätzung zu den darin aufgeführten Fragen abzugeben (Urk. 6/43.). Unter dem 11. Januar 2019 ersuchte die Klägerin um Präzisierung der an die Ärztin gestellten Fragen, welcher mit Schreiben vom 14. Januar 2019 stattgegeben wurde (Urk. 6/44-45). Gleichentags ersuchte der Beklagte um Unterbreitung von weiteren fünf Ergänzungsfragen (Urk. 6/48). Dieser Antrag wurde mit Schreiben vom 16. Januar 2019 abgewiesen (Urk. 6/49).

**1.7** Mit Schreiben vom 18. Januar 2019 ersuchte der Beklagte um Verpflichtung der Klägerin unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB, ihn über allfällige Spitalaufenthalte des Kindes sofort zu informieren und das Pflege- und Medizinpersonal jeweils zu ermächtigen, dem Beklagten hinsichtlich des aktuellen Gesundheitszustands des Kindes sowie des Zeitpunktes der Spitaleinlieferung und des voraussichtlichen Austritts Auskunft zu erteilen (Urk. 6/51 S. 2). Hierauf wies die Vorinstanz den Beklagten mit Schreiben vom 1. Februar 2019 daraufhin, dass die elterliche Sorge nach wie vor beiden Parteien gemeinsam zustehe, weshalb diese nach wie vor von beiden Parteien gemeinsam ausgeübt werde und es folglich bezüglich seiner Anträge keiner formellen Verfügung bedürfe (Urk. 6/59).

**1.8** Der ärztliche Bericht von Dr. med. H. \_\_\_\_\_ datiert vom 25. Januar 2019 und ging am 29. Januar 2019 bei der Vorinstanz ein (Urk. 4/55). Mit Verfügung vom 8. Februar 2019 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zum ärztlichen Bericht angesetzt (Urk. 6/60 S. 2). Mit Eingabe vom 26. Februar 2019 nahm der Beklagte und mit Eingabe vom 11. März 2019 die Klägerin zum ärztlichen Bericht Stellung (Urk. 6/62-64).

**1.9** Mit Verfügung vom 10. April 2019 entschied die Vorinstanz über die Gesuche um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/66).

**2.1** Bereits mit Schreiben vom 29. März 2019 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 1. April 2019) hatte der Beklagte Rechtsverweigerungs-

/Rechtsverzögerungsbeschwerde erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2):

"es sei das zuständige Einzelgericht o.V. am Bezirksgericht Winterthur mit einer anderen Richterin oder einem anderen Richter zu besetzen und anzuweisen,

- a) umgehend den Bestand und die Ausgestaltung eines Besuchsrechts gegenüber seiner Tochter C.\_\_\_\_\_ zu befinden, wobei insbesondere auch darüber zu befinden ist, weshalb bei diesen Besuchen die Gegenwart der Beschwerdegegnerin sowie von Aufsichtspersonen mit familientherapeutische Aufgaben erforderlich sein soll;
- b) umgehend der Beschwerdegegnerin unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu befehlen, den Beschwerdeführer innerhalb einer halben Stunde telefonisch zu informieren, wenn sie die Tochter in Spital verbringt;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

Sodann stellte der Beklagte folgendes Massnahmebegehren (Urk. 2 S. 2):

"er sei superprovisorisch durch die Beschwerdeinstanz berechtigt zu erklären, seine Tochter C.\_\_\_\_\_ zu sich in die Wohnung in die J.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... Winterthur auf Besuch zu nehmen, in Abwesenheit der Beschwerdegegner sowie weiterer Aufsichtsperson, insbesondere auch in Abwesenheit der Beiständin E.\_\_\_\_\_, jedoch in Begleitung einer medizinischen Fachperson der D.\_\_\_\_\_ -Spitex ("K.\_\_\_\_\_"), einstweilen am Mittwoch, am Samstag und am Sonntag in Absprache mit der K.\_\_\_\_\_ und in Abhängigkeit von deren Begleitmöglichkeiten;

die KESB Winterthur-Andelfingen sei zu beauftragen, die Übergabe der Tochter C.\_\_\_\_\_ zwischen den Parteien zu organisieren, wobei eine andere Person als die Beiständin E.\_\_\_\_\_ und/oder Mitarbeitenden der I.\_\_\_\_\_ GmbH mit der Durchführung und Begleitung zu betrauen seien."

Schliesslich beantragte der Beklagte in prozessualer Hinsicht was folgt (Urk. 2 S. 3):

"es sei vorab über die Frage zu befinden, ob ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO vorliegt und Richter L.\_\_\_\_\_ demnach von sich aus in den Ausstand zu treten hat."

**2.2** Mit Beschluss der Kammer vom 5. April 2019 wurde auf das Begehren um (superprovisorische) Anordnung vorsorglicher Massnahmen sowie auf das Ausstandsbegehren nicht eingetreten (Urk. 5 S. 7).

**3.1** Es bleibt – wie bereits im Beschluss vom 5. April 2019 erwähnt – noch über die Rechtsverweigerungs-/verzögerungsbeschwerde zu entscheiden.

**3.2** Aus den erstinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. April 2019 über die beantragten vorsorglichen Massnahmen entschieden hat (Urk. 6/66 S. 26 ff.). Diese Verfügung wurde dem Beklagten am 12. April 2019 zugestellt (Urk. 6/67/2). Der Beklagte hat gegen diesen Entscheid Berufung erhoben, welche hierorts unter der Geschäftsnummer LY190019-O angelegt wurde.

**3.3** Mit der Zustellung der Verfügung vom 10. April 2019 ist die Rechtsverzögerungsbeschwerde des Beklagten gegenstandslos geworden. Das Beschwerdeverfahren ist dementsprechend abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

**3.4** Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als offensichtlich unzulässig bzw. als gegenstandslos, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei bzw. einer Vernehmlassung der Vorinstanz verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO; Art. 324 ZPO).

**4.1** Der Kostenentscheid bezüglich des Gesuchs um superprovisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen wie auch des Ausstandsbegehrens wurde im Beschluss der Kammer vom 5. April 2019 dem vorliegenden Entscheid vorbehalten (vgl. Urk. 5 S. 7 E. 4). Entsprechend ist hierüber zu entscheiden.

**4.2** Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG sowie § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Die Gerichtsgebühr ist betreffend das Gesuch um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie betreffend das Ausstandsbegehren unter Hinweis auf den Beschluss der Kammer vom 5. April 2019 ausgangsgemäss dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich der geltend gemach-

ten Rechtsverzögerung sind die Kosten zufolge Gegenstandslosigkeit nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO zu verlegen. Dabei ist zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde. Zum mutmasslichen Prozessausgang kann zunächst auf die eingangs dargestellte Prozessgeschichte verwiesen werden (Erw. 1.1-1.9 hiervor). Daraus erhellt, dass die Vorinstanz nach Eingang der letzten Stellungnahme am 11. März 2019 (Urk. 6/64) den Massnahmenentscheid innerhalb eines Monats fällte. Dies ist unter den vorliegenden Umständen, welche ein Einholen eines ärztlichen Berichtes aufgrund der schwierigen gesundheitlichen Situation des Kindes der Parteien notwendig erscheinen liess, als im Rahmen des Vertretbaren zu erachten. Damit aber wäre die Rechtsverzögerungsbeschwerde wohl abzuweisen gewesen. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich, dem Beklagten die diesbezüglichen Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Demzufolge sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen.

**4.3** Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage je eines Doppels der Urk. 1, Urk. 4/2-13, Urk. 7 und Urk. 8, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen in das hängige Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LY190019-O.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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. Mai 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:  
mc