

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF140043-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

## **Beschluss und Urteil vom 14. Oktober 2014**

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer,

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

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

betreffend

### **Rechtsschutz in klaren Fällen / Vollstreckungsgesuch**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 21. August 2014 (ER140006)

### **Erwägungen:**

#### 1. Vor- und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. September 2004 in C.\_\_\_\_\_. Aus dieser Ehe ging die heute bald neunjährige Tochter D.\_\_\_\_\_ (geb. am tt.mm.2005) hervor. Diese wurde im Rahmen eines Eheschutzverfahrens gemäss Vereinbarung der Parteien mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Andelfingen vom 5. Oktober 2009 für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt; der Klägerin wurde ein Besuchsrecht eingeräumt. Am 27. Januar 2012 gelangte die Klägerin an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen und machte eine Scheidungsklage gestützt auf Art. 114 ZGB anhängig (vgl. act. 29 S. 9 f.).

1.2. Nach wiederholten Schwierigkeiten bei der Ausübung des Besuchsrechts regelte das Bezirksgericht Andelfingen (Vorinstanz) im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens mit Verfügung vom 5. März 2014 das Besuchsrecht der Klägerin für die Tochter D.\_\_\_\_\_ neu (act. 29 S. 10 f.). Gegen diese Verfügung erhoben die Parteien Berufung beim Obergericht. Der Antrag der Klägerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf das Besuchsrecht wurde vom Obergericht mit Beschluss vom 15. Mai 2014 abgewiesen (act. 29 S. 12). Mit Urteil vom 18. Juli 2014 entschied das Obergericht über die Berufungen und erliess eine neue Regelung betreffend das Besuchsrecht der Klägerin (act. 29).

Die Klägerin hatte sowohl im bezirksgerichtlichen als auch im obergerichtlichen Verfahren beantragt, dem Beklagten sei unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu befehlen, die Tochter D.\_\_\_\_\_ der Klägerin zur Ausübung des Besuchsrechts herauszugeben. Dieser Antrag wurde sowohl vom Bezirksgericht als auch vom Obergericht abgewiesen (vgl. act. 29 S. 4, 8 und 47 ff.).

1.3. Mit Eingabe vom 9. Juni 2014 ersuchte die Klägerin bei der Vorinstanz um Rechtsschutz in klaren Fällen hinsichtlich des Besuchs- und Ferienbesuchsrechts.

Sie wies darauf hin, das Obergericht habe mit Entscheid vom 15. Mai 2014 endgültig entschieden, der Berufung gegen die Besuchsrechtsregelung komme im Rahmen der Beurteilung vorsorglicher Massnahmen des Bezirksgerichts Andelfingen keine aufschiebende Wirkung zu und die Besuchsrechtsregelung sei damit vollstreckbar (act. 1 Rz. 7). Der Beklagte mache in seinen SMS-Schreiben klar, dass er auch künftig über das Besuchsrecht nach eigenem Gutdünken und eigenen Regeln entscheiden werde (act. 1 Rz. 8 f.). Daraufhin wurde dem Beklagten von der Vorinstanz Frist angesetzt, um Stellung zu nehmen (act. 7). Es erfolgten weitere Schriftenwechsel und Stellungnahmen im vorinstanzlichen Verfahren (act. 9-28). Mit Urteil vom 18. Juli 2014 regelte das Obergericht das Besuchs- und Ferienbesuchsrecht wie folgt (act. 29):

"Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Tochter D. \_\_\_\_\_ ab sofort bis und mit Oktober 2014 jeweils am ersten und dritten Samstag des Monats von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr, sowie ab November 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird die Klägerin berechtigt erklärt, die Tochter D. \_\_\_\_\_ ab Januar 2015 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens für vier Wochen in den Frühlings-, Sommer- oder Herbstferien sowie während der Hälfte der Weihnachts-/Neujahrsferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen."

Anschliessend setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um vor dem Hintergrund des Entscheids des Obergerichts Stellung zu nehmen (act. 30). In der Folge änderte die Klägerin ihre Klage und stellte folgendes Vollstreckungsgesuch (act. 37 und act. 50 S. 2):

- "1. Dem Beklagten sei unter Strafandrohung von Art. 292 Strafgesetzbuch zu befehlen, das geltende Besuchsrecht gemäss Dispositivziffer 1. a) Beschluss und Urteil des Obergerichts vom 18. Juli 2014 in Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen betreffend vorsorgliche Massnahmen (FE120006) vom 5. März 2014 und Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Mai 2014 (LY140013), zu Gunsten der Klägerin und des gemeinsamen Kindes D. \_\_\_\_\_ zu befolgen und es sei ihm zu befehlen, das Kind der Klägerin herauszugeben und zwar wie folgt:

Die Klägerin ist für berechtigt erklärt, die Tochter D. \_\_\_\_\_ ab sofort bis und mit Oktober 2014 jeweils am ersten und dritten Samstag des Monats von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr, sowie ab November 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;

Ferner ist die Klägerin für berechtigt erklärt, die Tochter D. \_\_\_\_\_ ab Januar 2015 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens für vier Wochen in den Frühlings-, Sommer- oder Herbstferien sowie während der Hälfte der Weihnachts-/ Neujahrsferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen;

2. Kommt der Beklagte der gerichtlichen Anordnung nicht nach, sei der vereitelte und nicht umgehend nachgeholte Besuchstag bzw. -wochenende in eine angemessene Geldleistung umzuwandeln; im Weiteren sei die Auswahl der geeigneten Vollstreckungsmassnahme vom Gericht zu bestimmen;
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, eine geeignete Therapie als unterstützende Massnahme zum Aufbau und zur Förderung der Kooperation mit der Kindsmutter zwecks Umsetzung des Besuchsrechts zu besuchen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zzgl. 8.0 % MwSt.] zulasten des Gesuchsgegners.

Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

1.4. Der Beklagte beantragte in der Sache, es sei auf die Klage vom 9. Juni 2014 nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen (act. 41 und act. 50 S. 2).

1.5. Die Vorinstanz wies den Beklagten mit Urteil vom 21. August 2014 an, in Vollstreckung von Dispositiv-Ziffer 1. a) des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juli 2014, die Tochter D. \_\_\_\_\_ ab sofort bis und mit Oktober 2014 jeweils am ersten und dritten Samstag des Monats von 9 Uhr bis 18 Uhr, sowie ab November 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Freitag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, an die Klägerin herauszugeben, so dass diese die Tochter auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch nehmen kann. Die Anweisung der Vorinstanz erfolgte unter der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams ge-

mäss Art. 292 StGB. Im Übrigen wurden die klägerischen Anträge abgewiesen (act. 45 = act. 50 = act. 52).

1.6. Mit Eingabe vom 4. September 2014 (Poststempel) reichte der Beklagte gegen das vorinstanzliche Urteil vom 21. August 2014 rechtzeitig (vgl. act. 54) Beschwerde beim Obergericht mit den folgenden Anträgen ein (act. 51):

"I.

Hauptantrag

Es sei der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und auf die Gesuche der Klägerin und Beschwerdegegnerin (act. 1 und 37) nicht einzutreten.

II.

Eventualantrag

Es sei der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und die Gesuche der Klägerin (act. 1 und act. 37) vollumfänglich abzuweisen.

III.

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung i.S. von Art. 325 ZPO zu erteilen und die Vollstreckbarkeit aufzuheben.

IV.

Es sei dem Beklagten und Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege i.S. von Art. 118 ZPO zu bewilligen und RA X. \_\_\_\_\_ i.S. von Art. 118 c ZPO zu seiner unentgeltlichen Rechtsvertreterin zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

1.7. Mit Verfügung vom 18. September 2014 wurde der Beschwerde mit Bezug auf die im angefochtenen Entscheid ausgesprochene Strafandrohung einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Klägerin Frist angesetzt, um die Beschwerde freigestellt schriftlich zu beantworten (act. 56). Mit Eingabe vom 26. September 2014 reichte die Klägerin rechtzeitig eine Beschwerdeantwort ein mit folgenden Anträgen (act. 58):

"In materieller Hinsicht:

1. Auf die Beschwerde vom 4. September 2014 sei nicht einzutreten;
2. Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen;
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die im angefochtenen Entscheid ausgesprochene Strafandrohung umgehend wieder zu entziehen;  
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8.0 % MwSt) zulasten des Beschwerdeführers.

In prozessualer Hinsicht:

Der Beschwerdegegnerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

1.8. Die vorinstanzlichen Akten des dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegenden Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-48). Die Klägerin beantragt weiter den Beizug der Akten der Verfahren betreffend Ehescheidung (BG Andelfingen FE120006) samt Verfügung vom 5. März 2014 sowie der Berufungsakten des Obergerichts betreffend vorsorgliche Massnahmen (OG ZH LY140013) samt Beschluss und Urteil vom 18. Juli 2014. Die in diesen Verfahren ergangenen Entscheide befinden sich bereits bei den Akten. Auf weitere Dokumente, welche in den genannten Verfahrensakten enthalten wären, beruft sich die Klägerin in ihrer Beschwerdeantwort nicht. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege ist durch die vorliegend eingereichten Urkunden hinreichend belegt. Auf den Beizug der weiteren Verfahrensakten kann daher verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

1.9. Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag der Klägerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung in Bezug auf die ausgesprochene Strafdrohung umgehend wieder zu entziehen. Dieser ist als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

## 2. Verfahrensrechtliche Fragen

2.1. Entscheide des Vollstreckungsgerichts sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. a ZPO i.V.m. Art. 309 lit. a ZPO). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Klägerin beantragt im Hauptantrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten mit der Begründung, die Beschwerde ziele einzig darauf ab, die Würdigung des Sachverhaltes durch das Vollstreckungsgericht zu bemängeln. Diese Rüge könne nicht mit Beschwerde erhoben werden (act. 58 S. 4). Der Einwand ist unbegründet. Die rechtliche Würdigung der festgestellten Tatsachen, d.h. die korrekte Subsumtion eines Sachverhaltes unter die einschlägigen Rechtsnormen und die richtige Bestimmung der Rechtsfolgen stellt eine Rechtsfrage dar, die im Rahmen einer Beschwerde frei überprüft werden kann (Kurt Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 320 N 17). Dazu gehört auch die Beantwortung der Frage, ob die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen im konkreten Fall verhältnismässig ist (vgl. auch BGer

5A\_57/2010 vom 2. Juli 2010 Erw. 4.3.). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.2. Mit dem angefochtenen Entscheid wurde die Vollstreckung des Besuchsrechts gemäss dem obergerichtlichen Urteil vom 18. Juli 2014 unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB gegenüber dem Beklagten angeordnet.

2.2.1. Der Beklagte macht in seiner Beschwerde verfahrensrechtlich im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe mit Datum vom 9. Juni 2014 ein Gesuch gestützt auf "klares Recht" gestellt, mit dem Ziel, ihr Besuchsrecht durchzusetzen. Dagegen habe sich der Beklagte von Anfang an gewehrt mit dem Hinweis, die Angelegenheit sei bereits beim Obergericht hängig, eine Konversion sei nicht möglich und in Fällen der *Offizialmaxime*, welche vorliegend zur Anwendung gelange, gebe es keinen Rechtsschutz wegen klarem Recht. Die Vorinstanz sei ebenfalls zum Schluss gekommen, Rechtsschutz in klaren Fällen sei vorliegend ausgeschlossen. Sie hätte auf das Gesuch folglich nicht eintreten dürfen. Eine Klage, auf welche nicht eingetreten werden dürfe, könne auch nicht durch "Klageänderung" geheilt werden. Eine Konversion sei nicht möglich, dieses Institut existiere nicht in der ZPO. Ebenso wenig könne ein Gesuch, auf das nie hätte eingetreten werden dürfen, nachträglich als Vollstreckungsbegehren behandelt und unter dem Titel "klares Recht" entschieden werden. Weiter stütze sich der vorinstanzliche Entscheid auf Vorkommnisse, welche bereits im Urteil des Obergerichts vom 18. Juli 2014 abgeurteilt worden seien. Es liege eine *"res iudicata"* vor. Der Vorinstanz stehe keine Kompetenz zu, dieselben Vorfälle anders zu werten als das übergeordnete Gericht (*act. 51 S. 3 ff.*).

2.2.2. Die Klägerin hält dagegen, der Beklagte begründe nicht substantiiert, weshalb das Gericht nicht auf das Gesuch hätte eintreten dürfen und weshalb eine Klageänderung nicht erlaubt sein solle. Art. 293 ZPO sehe ausdrücklich die Möglichkeit von Klageänderungen vor. Ebenso könne das Gericht gemäss Art. 127 ZPO in eigener Kompetenz zusammenhängende Verfahren an ein anderes Gericht überweisen, was unterstreiche, dass es auch eine Konversion vornehmen könne. Die Voraussetzungen einer Konversion seien vorliegend erfüllt. Es liege

sodann keine "res iudicata" vor. Das Obergericht sei bei seiner Entscheidung vom 18. Juli 2014 nicht im selben Umfang und über den selben Zeitraum dokumentiert gewesen, wie das Vollstreckungsgericht. Der beurteilte Sachverhalt sei somit nicht derselbe. Das Vollstreckungsgericht sei zudem in der Würdigung des Sachverhaltes frei und nicht an die Beurteilung des Obergerichts in einem anderen Verfahren gebunden. Die materielle Rechtskraft des Urteils des Obergerichts hätte lediglich ein erneutes Erkenntnisverfahren ausgeschlossen, nicht jedoch ein Vollstreckungsverfahren (act. 58 S. 8 f.).

2.2.3. Der "Rechtsschutz in klaren Fällen" ist gemäss Art. 257 Abs. 2 ZPO bei Angelegenheiten, welche dem Offizialgrundsatz unterliegen, unzulässig. Streitigkeiten über die Herausgabe von Kindern können nicht im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen geltend gemacht werden (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, 2. Aufl. 2013, Art. 257 N. 14). Die Vorinstanz durfte auf das Begehren der Klägerin, soweit es auf "Rechtsschutz in klaren Fällen" abzielte, somit nicht eintreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Dies erwog auch die Vorinstanz in zutreffender Weise (act. 50 S. 5).

2.2.4. Die Vorinstanz erwog darüber hinaus, dass die Klägerin einen Entscheid vollstrecken lassen wolle, wofür ihr nicht der Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO), sondern das Vollstreckungsverfahren (Art. 335 ff. ZPO) zur Verfügung stehe. In der Folge prüfte sie, ob die Klage als Vollstreckungsbegehren entgegengenommen werden könne, was sie bejahte. Im Sinne einer Konversion behandelte die Vorinstanz das klägerische Begehren als Vollstreckungsbegehren (act. 50 S. 6 f.). Dabei versäumte sie jedoch, im Rubrum den "Betreff" anzupassen.

2.2.5. Es wird die Frage aufgeworfen, ob die Konversion eines Gesuchs, mit dem unzutreffenderweise um Rechtsschutz in klaren Fällen ersucht wird, in ein Gesuch um Vollstreckung eines Entscheids zulässig sei.

Die Klägerin war bzw. ist anwaltlich vertreten, weshalb an sie grundsätzlich höhere Anforderungen zu stellen sind als an eine nicht anwaltlich vertretene Partei. Aus der ersten Eingabe der Klägerin vom 9. Juni 2014 ging deutlich hervor, was

sie beabsichtigte, nämlich die Vollstreckung des Besuchsrechts. Dementsprechend lautete auch ihr Rechtsbegehren auf Verpflichtung zur Herausgabe des Kindes D.\_\_\_\_\_ unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB, wobei es sich um eine Vollstreckungsmassnahme gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO handelt. Wie erwähnt stellte die Klägerin dieses Rechtsbegehren mit dem Hinweis, dass das Besuchsrecht gemäss Entscheid der Vorinstanz vom 5. März 2014 nach Ablehnung der Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch das Obergericht sofort vollstreckbar sei (vgl. vorstehende Ziff. 1.3. und act. 1 Rz. 7 und 20 ff.). Mit Verfügung vom 8. Juli 2014 setzte die Vorinstanz dem Beklagten Frist an, um zur Frage der Konversion Stellung zu nehmen und um sich zu den Tatsachenbehauptungen der Klägerin zu äussern (act. 18). Damit wurde dem Beklagten die Gelegenheit geboten, sich im Falle des Eintretens auf das Gesuch auch inhaltlich äussern zu können. Ob in der genannten Konstellation ein Anspruch auf Konversion besteht, kann offen bleiben. Jedenfalls ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das klägerische Gesuch letztlich als Vollstreckungsgesuch entgegennahm.

2.2.6. Das obergerichtliche Urteil vom 18. Juli 2014 ersetzte hinsichtlich des Besuchsrechts das bezirksgerichtliche Urteil und war mit seiner Ausfällung vollstreckbar. Vorsorgliche Massnahmen fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG, sondern unter die allgemeine Regelung von Art. 103 Abs. 1 und 3 BGG, wonach der Beschwerde in Zivilsachen keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. BGer 5A\_754/2013, Urteil vom 4. Februar 2014, Erw. 2.3). Bis heute ist der II. Zivilkammer kein Entscheid des Bundesgerichts über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zugegangen.

Das Urteil des Obergerichts vom 18. Juli 2014 wurde am 21. Juli 2014 versandt und den Parteien am 22. bzw. 24. Juli 2014 zugestellt (act. 55). Erstmals vom obergerichtlichen Urteil betroffen war damit das Besuchsrecht der Klägerin vom Samstag, dem 2. August 2014.

2.2.7. Das (ursprüngliche) Vollstreckungsgesuch wurde mit der Fällung des Urteils des Obergerichts vom 18. Juli 2014 gegenstandslos. Die Vorinstanz hätte das (Vollstreckungs-) Verfahren daher als gegenstandslos abschreiben können. Dies tat sie jedoch nicht. Dafür setzte sie den Parteien Frist an, um vor dem Hin-

tergrund des Entscheids des Obergerichts Stellung zu nehmen (act. 30). Dieses Vorgehen ist ungewöhnlich, führte jedoch nicht zu einem Nachteil des Beklagten: Es ist anzunehmen, dass die Klägerin bei einem Abschreibungsentscheid der Vorinstanz auch von sich aus ein neues Vollstreckungsgesuch gestellt hätte, nachdem es im Vorfeld des ersten vom obergerichtlichen Urteil betroffenen Besuchstages am 2. August 2014 ihrer Darstellung zufolge erneut Schwierigkeiten gab. Die Klageänderung der Klägerin war zudem im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig. Ausserdem berücksichtigte die Vorinstanz bei der Kosten- und Entschädigungsfolge, dass die Klägerin das Begehren im falschen Verfahren eingereicht hatte (act. 45 S. 12 f.). Das prozessuale Vorgehen der Vorinstanz ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

2.3. Der Beklagte macht weiter geltend, es liege eine abgeurteilte Sache vor (act. 51 S. 6 f.). Wie ausgeführt, hat das Obergericht in seinem Urteil vom 18. Juli 2014 über die Frage der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen entschieden und in Übereinstimmung mit dem Bezirksgericht Andelfingen den Antrag der Klägerin, die Übergabe des Kindes für die Besuchstermine mit einer Strafandrohung zu verbinden, abgewiesen.

2.3.1. Eine Partei, deren Vollstreckungsgesuch abgewiesen wurde, kann zwar erneut ein Vollstreckungsgesuch stellen, dies allerdings nur, wenn sie mit dem neuen Vollstreckungsgesuch Tatsachen und Beweismittel vorbringt, die sie im ersten Vollstreckungsverfahren nicht anrief (BSK ZPO-Droese, Art. 339 N 28 m.w.H.). Dies gilt auch, wenn die Abweisung eines Gesuchs um Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen im Erkenntnisverfahren erfolgte. Bei Beurteilung eines Antrags auf direkte Vollstreckung ist das Sach- bzw. Massnahmegericht mit dem Vollstreckungsgericht identisch (BSK ZPO-Droese, Art. 337 N 2 m.w.H.).

2.3.2. Die Klägerin macht geltend, das Obergericht sei bei der Beurteilung des Antrags auf Vollstreckungsmassnahmen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht im selben Umfang und über den selben Zeitraum dokumentiert gewesen, wie das Vollstreckungsgericht (act. 58 S. 9). Als neu erweisen sich zumindest die Geschehnisse rund um den Besuchstermin vom 2. August 2014. Der

Einwand der *res iudicata* ist jedenfalls insoweit nicht stichhaltig und eine Neubeurteilung damit grundsätzlich zulässig.

2.3.3. Inwiefern die Klägerin auch hinsichtlich des Zeitraums vor Erlass des obergerichtlichen Urteils vor Vorinstanz wesentliche neue Tatsachen und Beweismittel anrief, die sie nicht bereits im obergerichtlichen Verfahren vorgebracht hatte, legt sie jedoch nicht dar. Das Obergericht erwog in seinem Urteil vom 18. Juli 2014, die Klägerin habe zu Recht darauf hingewiesen, dass die Ausübung des Besuchsrechts zuletzt trotz bestehender Beistandschaft nicht möglich gewesen sei. Dennoch sei nicht bereits zum aktuellen Zeitpunkt davon auszugehen, das Besuchsrecht könne auch unter Mitwirkung des neu eingesetzten Beistandes nicht zuverlässig wahrgenommen werden. Die Aussprechung einer Strafandrohung scheine der Schaffung einer vernünftigen Basis für die Umsetzung des Besuchsrechts und entsprechender Absprachen der Parteien zudem eher hinderlich. Jedes Strafverfahren würde zweifellos zu einer weiteren Verschlechterung der Beziehung der Eltern führen, was wiederum das Wohl des Kindes tangiere. Mit der Vorinstanz sei im aktuellen Zeitpunkt davon abzusehen, die Übergabe des Kindes für die Besuchstermine mit einer Strafandrohung zu verbinden. Die Berufung der Klägerin sei in diesem Punkt abzuweisen (act. 29 S. 25 f.). Fest stand auch im obergerichtlichen Verfahren, dass die Ausübung des Besuchsrechts seit rund eineinhalb Jahren nicht möglich war (act. 29 S. 24). Selbst wenn die Klägerin im Vollstreckungsverfahren zum Teil weitere Belege für das Nichtfunktionieren des Besuchsrechts anführte, so schuf dies grundsätzlich keine andere Ausgangslage, als sie bereits im obergerichtlichen Verfahren bekannt war. Der abweisende Entscheid des Obergerichts beruhte sodann im Wesentlichen darauf, dass die Ausübung des Besuchsrechts unter Mitwirkung des neu eingesetzten Beistandes nicht von vornherein erfolglos schien. Für eine Neubeurteilung des Funktionierens des Besuchsrechts wäre deshalb grundsätzlich nur die Situation nach dem Urteil des Obergerichts zu betrachten gewesen. Konkret waren somit die Vorkommnisse im Vorfeld des und am 2. August 2014 zu würdigen, wobei bei deren Bewertung jedoch auch die Vorgeschichte eine Rolle spielt, weshalb insofern auch die früheren Geschehnisse in eine Gesamtbeurteilung einbezogen werden können.

### 3. Würdigung

3.1. Beide Parteien nahmen vor Vorinstanz auf den Besuchstag vom 2. August 2014 wie folgt Bezug (vgl. act. 34 und act. 42/1):

3.1.1. Die Klägerin äusserte sich lediglich im Vorfeld des 2. August 2014 zum ersten Besuchstag und reichte zwei Schreiben der Rechtsvertreterin des Beklagten ein: Im ersten Schreiben vom 24. Juli 2014 teilte die Rechtsvertreterin des Beklagten dem Rechtsvertreter der Klägerin mit, der Beklagte bringe D. \_\_\_\_\_ am Samstag, 2. August 2014, um 10.00 Uhr an den ...weg ... in E. \_\_\_\_\_ und hole sie am Sonntag, 3. August 2014, um 18.00 Uhr, am ...weg ... in E. \_\_\_\_\_ wieder ab (act. 35/35). Mit einem gleichentags datierten Schreiben und nach Entgegennahme des obergerichtlichen Urteils vom 18. Juli 2014 widerrief die Rechtsvertreterin das Besuchsangebot für den 2. August 2014, welches sie mit dem ersten Schreiben vor Erhalt des obergerichtlichen Urteils bereits verschickt hatte (act. 35/36). Die Klägerin führte dazu aus, es bleibe unklar, weshalb das Besuchsrecht für das erste Wochenende im August nicht einfach aufgrund des obergerichtlichen Urteils angepasst worden sei. Stattdessen sei der Besuch ohne sachbezogene Begründung wieder abgesagt worden. Vor diesem Hintergrund sei offenkundig, dass der Beklagte das Besuchsrecht verweigere und auch das Nachholen des Besuchsrechts unrechtmässig sabotiere (act. 34 Rz. 4 ff.).

3.1.2. Der Beklagte äusserte sich zum 2. August 2014 wie folgt: Er habe der Klägerin mehrmals mitgeteilt, er würde D. \_\_\_\_\_ um 09.00 Uhr am ...weg ... in E. \_\_\_\_\_ vorbeibringen und um 18.00 Uhr dort auch wieder abholen. Er sei um 08.45 Uhr von C. \_\_\_\_\_ Richtung E. \_\_\_\_\_ abgefahren. Ausserhalb von C. \_\_\_\_\_ sei ihm die Klägerin entgegengekommen, weshalb der Beklagte gewendet habe und an die ...strasse ... zurückgefahren sei, wo sich die Klägerin trotz Hausverbot bereits befunden habe. Der Beklagte habe die Polizei alarmiert, welche sich jedoch geweigert habe zu kommen. Der Beklagte habe der Klägerin mitgeteilt, er würde jetzt nach E. \_\_\_\_\_ fahren, um ihr D. \_\_\_\_\_ dort zu übergeben. Am ...weg in E. \_\_\_\_\_ sei die Klägerin aber nicht erschienen, weshalb er ihr per SMS geschrieben habe, er warte noch genau 5 Minuten. Trotz wiederholten SMS habe er keine Antwort erhalten. Wenig später sei F. \_\_\_\_\_ mit einer ihm unbekanntem erwach-

senen männlichen Person zum Parkplatz gefahren und habe ihn am Wegfahren gehindert. F. \_\_\_\_\_ habe ihn aufgefordert, D. \_\_\_\_\_ zu übergeben und einen fremden Lenker angehalten, um den Beklagten am Wegfahren zu hindern. Der fremde Lenker sei nach einem Hinweis des Beklagten auf den Tatbestand der Nötigung schliesslich weitergefahren. So habe auch der Beklagte den Parkplatz verlassen können. Anschliessend sei er zur Tankstelle ... gefahren. Um 09.53 Uhr habe die Klägerin angerufen, welche das Telefon einem inzwischen aufgebotenen Kantonspolizisten namens G. \_\_\_\_\_ übergeben habe. Nach dem Gespräch habe sich die Klägerin zum ...weg ... begeben und den Beklagten angerufen, woraufhin dieser auch dort erschienen sei. Es sei zur Übergabe von D. \_\_\_\_\_ gekommen. Um 18.00 Uhr habe der Beklagte D. \_\_\_\_\_ wieder abgeholt. Der Beklagte habe sich bemüht, den Besuch einzuhalten, obwohl der Besuchsbeistand noch nicht geamtet habe und trotz den Nötigungen durch F. \_\_\_\_\_. Nach einem Gespräch mit dem Besuchsbeistand H. \_\_\_\_\_ am 14. August 2014 habe ihm dieser bestätigt, dass er richtig gehandelt habe, indem er D. \_\_\_\_\_ nicht an F. \_\_\_\_\_ übergeben habe (act. 42/1).

3.1.3. Im Beschwerdeverfahren bringt der Beklagte vor, die Vorinstanz stelle das rechtliche Interesse der Klägerin in den Vordergrund, es gehe jedoch einzig um das Interesse von D. \_\_\_\_\_. Die Klägerin habe wiederholt versucht, das Kind zu entführen und dabei stets F. \_\_\_\_\_ beigezogen. Weder kenne dieser das Kind D. \_\_\_\_\_ noch kenne D. \_\_\_\_\_ ihn. Kein Elternteil müsse sein Kind möglichen Übergriffen aussetzen (act. 51 S. 7 ff.).

3.1.4. Die Klägerin hält dem zu Recht entgegen, es sei bereits in den früheren Verfahren festgestellt worden, dass keine konkrete Gefährdung des Kindeswohls bestehe (act. 58 S. 10; vgl. act. 3/2 S. 24; act. 29 S. 23 und S. 25). An dieser Beurteilung vermögen auch die neuen Vorwürfe des Beklagten nichts zu ändern. Wie bereits im obergerichtlichen Urteil vom 18. Juli 2014 erwähnt, hat D. \_\_\_\_\_ Anspruch auf persönlichen Verkehr mit ihrer Mutter (vgl. act. 29 S. 17).

3.1.5. Aus den Ausführungen beider Parteien ergeht, dass das Besuchsrecht am 2. August 2014 zwar stattfinden konnte, es bei der Übergabe jedoch zu Problemen kam, deretwegen die Übergabe rund eine Stunde zu spät erfolgte. Wenn die

Rechtsvertreterin des Beklagten das ursprüngliche Besuchsangebot widerrief, ohne die Modalitäten der Übergabe von D. \_\_\_\_\_ gemäss dem obergerichtlichen Urteil neu zu vorschlagen, war dies angesichts des ohnehin angespannten Verhältnisses zwischen den Parteien nicht optimal. Wie die nachfolgenden Ereignisse zeigen, gingen jedoch beide Seiten davon aus, dass das Besuchsrecht nach der neuen obergerichtlichen Regelung umgesetzt werden solle, wobei es in Bezug auf den Übergabeort aber offenbar zu Missverständnissen kam. Ob und wie sich die Parteien hierüber einigten, bleibt unklar, zumal sich die Klägerin dazu nicht äusserte. Selbst wenn sich die Parteien auf eine Übergabe in E. \_\_\_\_\_ geeinigt haben sollten, ist zwar nicht einzusehen, weshalb der Beklagte D. \_\_\_\_\_ nicht in C. \_\_\_\_\_ übergab, nachdem die Klägerin ja bereits vor Ort war und sich der Beklagte so die Fahrt nach E. \_\_\_\_\_ hätte ersparen können. Zu beachten ist aber, dass der Beklagte am 2. August 2014 im Begriff war, nach E. \_\_\_\_\_ zu fahren, um D. \_\_\_\_\_ zur vorgesehenen Zeit zur Klägerin zu bringen und das Besuchsrecht schliesslich – wenn auch mit rund einstündiger Verzögerung – wahrgenommen werden konnte. Dass es im Vorfeld und bei der Übergabe zu Problemen kam, ist zwar unglücklich. Der Umstand, dass das Besuchsrecht nach dem langen Kontaktabbruch nun wieder stattfinden konnte, ist jedoch positiv zu vermerken und lässt die Bereitschaft des Beklagten erkennen, das Besuchsrecht gemäss Urteil des Obergerichts auch inskünftig umzusetzen.

Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass der Besuchstermin vom 2. August 2014 nur gut eine Woche nach Erhalt des obergerichtlichen Urteils stattfand und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen erst am 11. Juli 2014 den neuen Beistand, H. \_\_\_\_\_, ernannt hatte (act. 43). Der Besuchsbeistand war damit zwar bereits im Amt, hatte aber im Hinblick auf den Besuchstermin vom 2. August 2014 offenbar noch nicht die Möglichkeit, seine Aufgaben wahrzunehmen. Mittlerweile konnte der Beistand seine Tätigkeit aufnehmen. Dies wird auch durch die Ausführungen der Klägerin bestätigt, wonach der Beistand eine Elternvereinbarung zur Regelung der Einzelheiten des Besuchsrechts erarbeitet habe (act. 58 S. 10; act. 59/1). Es darf erwartet werden, dass mit Unterstützung des Beistands nunmehr verlässliche Absprachen getroffen werden können, die von den Parteien eingehalten werden. Die Klägerin führt denn

auch aus, das Besuchsrecht habe seit Erlass des Urteils vom 21. August 2014 funktioniert (act. 58 S. 10). Dass dies nur der erlassenen Strafandrohung zu verdanken ist, überzeugt nicht, zumal der Beklagte wie erwähnt auch am 2. August 2014 grundsätzlich die Bereitschaft zeigte, das Besuchsrecht umzusetzen.

In Würdigung der erwähnten Umstände ist zur Zeit davon auszugehen, dass das Besuchsrecht inskünftig wahrgenommen werden kann, ohne dass die Durchsetzung mittels Strafandrohung notwendig wäre. Der Beklagte ist indes darauf hinzuweisen, dass eine Durchsetzung des Besuchsrechts mittels Strafandrohung je nach Umsetzung des Besuchsrechts zukünftig in Erwägung gezogen werden könnte.

3.2. Die Beschwerde ist folglich in diesem Punkt gutzuheissen, und Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils sind aufzuheben. Da die Sache spruchreif ist, ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Demnach ist das Begehren der Klägerin, der Beklagte sei in Vollstreckung von Dispositiv-Ziffer 1.a) des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juli 2014 unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB anzuweisen, die Tochter D. \_\_\_\_\_ zur Ausübung des Besuchsrechts herauszugeben, abzuweisen.

3.3. In Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Urteils wies die Vorinstanz die übrigen klägerischen Anträge ab und in Dispositiv-Ziffer 4 bewilligte sie den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (act. 50 S. 14). Der Beklagte verlangt mit seiner Beschwerde zwar, das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben (act. 51 S. 2), durch Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils ist er indessen nicht beschwert, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen der Vorinstanz

4.1. Die Vorinstanz auferlegte den Parteien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens je zur Hälfte, Parteientschädigungen sprach sie keine zu. Sie berücksichtigte dabei den Umstand, dass die Klägerin das Begehren im falschen Verfahren eingeleitet hatte, weshalb darauf nicht hätte eingetreten werden können. Anstelle

einer Neueinreichung sei das Begehren jedoch konvertiert worden, wobei der Beklagte weitgehend obsiegt habe. Da dieser mit seinem Verhalten das Verfahren verursacht habe, rechtfertigte es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (act. 50 S. 12 f.).

4.2. Da vorliegend ein neuer Entscheid gefällt wird, sind auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu regeln (Art. 105 ZPO). Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichts sind die Kosten bezüglich Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Mit Blick auf den lange andauernden Kontaktabbruch und die anhaltenden Schwierigkeiten bei der Wahrnehmung der persönlichen Kontakte zu D. \_\_\_\_\_ war vertretbar, dass die Klägerin am 9. Juni 2014 um Vollstreckung des mit Verfügung vom 5. März 2014 festgelegten Besuchsrecht ersuchte. Nachdem im Vorfeld des Besuchstermins vom 2. August 2014 erneut Probleme auftraten, war ebenso legitim, dass sie nach Erlass des obergerichtlichen Urteils an ihrem Begehren festhielt. Der Klägerin kann zudem nicht abgesprochen werden, unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gehandelt zu haben. Es sind deshalb keine Gründe ersichtlich, von der genannten obergerichtlichen Praxis abzuweichen. Demnach sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Im Ergebnis ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 5 - 7) somit zu bestätigen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens

5.1. Beide Parteien beantragen die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, erscheinen beide Parteien als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Ihre Rechtsbegehren erscheinen sodann nicht als aussichtslos und die Bestellung eines Rechtsbeistandes zur

Wahrung ihrer Rechte notwendig (Art. 117 lit. b ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Es ist daher beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person ihres jeweiligen Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

5.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

5.3. In Anwendung der vorerwähnten Rechtsprechung und da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine der Parteien nicht im Kindesinteresse gehandelt hat, sind auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag der Klägerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung mit Bezug auf die im angefochtenen Entscheid ausgesprochene Strafandrohung umgehend wieder zu entziehen, wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Dem Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ für das Beschwerdeverfahren eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ für das Beschwerdeverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 21. August 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
  
"1. Das Begehren der Klägerin, der Beklagte sei in Vollstreckung von Dispositiv-Ziffer 1.a) des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juli 2014 unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB anzuweisen, die Tochter D.\_\_\_\_\_ zur Ausübung des Besuchsrechts herauszugeben, wird abgewiesen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
3. Die Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren (Dispositiv-Ziffern 5 - 7) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von act. 58 und act. 59/1-16,
- im Auszug an die KESB Winterthur/Andelfingen (Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils),
- das Bezirksgericht Andelfingen und
- die Obergerichtskasse,

je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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.

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. S. Kröger

versandt am:  
15. Oktober 2014