

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV130011-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

## Beschluss vom 5. Februar 2014

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

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

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 13. Dezember 2013 (EZ130011-F)**

**Erwägungen:**

1.1. Mit Urteil vom 13. Dezember 2013 (Urk. 18) befahl die Vorinstanz der Beklagten und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte), dem Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) das Wochenendbesuchsrecht mit seinen beiden Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2013, 18.30 Uhr, bis 22. Dezember 2013, 18.30 Uhr, zu gewähren; dies unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe i.S.v. Art. 292 StGB.

1.2. Hiergegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 14. Dezember 2013 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 17 S. 2):

- " 1. Die Vollstreckung des vorinstanzlichen Entscheids sei für die Dauer des Verfahrens ohne Anhörung der Gegenpartei aufzuschieben.
2. Das Urteil des Einzelgerichts Horgen im summarischen Verfahren vom 13. Dezember 2013 sei aufzuheben und es sei das Vollstreckungsgesuch des Beschwerdegegners abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.3. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2013 (Urk. 22) wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zum Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen.

1.4. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2013 kam der Kläger dieser Aufforderung nach und stellte folgenden Antrag (Urk. 23 S. 2):

" Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten der Beschwerdeführerin."

1.5. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 (Urk. 26) wurde das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

1.6. Hierauf wandte sich die Beklagte mit Eingabe vom 23. Dezember 2013 (Urk. 27) unaufgefordert erneut an die Beschwerdeinstanz und machte - ausdrücklich in Ergänzung zu ihrer Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2013 (Urk. 17) - geltend, trotz der Tatsache, dass das strittige Besuchswochenende unterdessen vorbei sei, ein schutzwürdiges Interesse an einem Entscheid über die aufgeworfenen Rechtsfragen zu haben.

1.7. Mit Verfügung vom 8. Januar 2014 (Urk. 28) wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zur Eingabe der Beklagten vom 23. Dezember 2013 (Urk. 27) Stellung zu nehmen. Zudem wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage der Kosten- und Entschädigungsfolgen einer allfälligen Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens zu äussern. Dieser Aufforderung kamen die Parteien mit Eingaben vom 14. Januar 2014 (Urk. 29) bzw. vom 22. Januar 2014 (Urk. 30) rechtzeitig nach. Am 23. Januar 2014 wurden die Stellungnahmen der jeweiligen Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Prot. S. 6).

2.1. Das umstrittene Wochenende vom 20. Dezember 2013 bis zum 22. Dezember 2013 ist unterdessen vorbei, weshalb sich vorliegend die Frage stellt, ob das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden ist.

2.2. Die Beklagte macht geltend, nach wie vor ein schützenswertes Interesse an einem Entscheid über die aufgeworfenen Rechtsfragen zu haben. Zum einen - so die Beklagte - könnten sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit wieder stellen, zum anderen werde es kaum je möglich sein, vor dem Ablauf des betreffenden Wochenendes einen Entscheid des Obergerichts zu erwirken (Urk. 27). Das Verfahren sei aus ihrer Sicht nicht gegenstandslos (Urk. 29).

2.3. In seiner Stellungnahme vom 22. Januar 2014 macht der Kläger geltend, das Verfahren sei gegenstandslos geworden. Die Beklagte habe zum vorliegenden Beschwerdeverfahren Anlass gegeben, es geradezu provoziert, indem sie dem Kläger sein reguläres Besuchsrechtswochenende wohlwissend mit einer Begründung habe verweigern wollen, welche bereits vorgängig gerichtlich geklärt und abschlägig beurteilt worden sei. Der Sachverhalt sei klar und im Wesentlichen unbestritten. Die Beklagte sei für die zeitliche Dringlichkeit und somit dafür,

dass das Verfahren gegenstandslos geworden sei, selber verantwortlich (Urk. 30 S. 2 ff.).

2.4 Die Beschwer ist Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels; sie ist das für das Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu beachtende Pendant zum Rechtsschutzinteresse im erstinstanzlichen Verfahren, welche eine Prozessvoraussetzung darstellt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Erfordernis der Beschwer hat die Wirkung, dass nur derjenige zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt ist, welcher ein (von der Rechtsordnung geschütztes, d.h. ein schutzwürdiges) Interesse (tatsächlicher oder rechtlicher Natur) an der Abänderung eines erstinstanzlichen Entscheides besitzt. Dieses Interesse muss zudem aktueller Natur und im Zeitpunkt des Entscheides der Rechtsmittelinstanz noch gegeben sein, da sich das Gericht nur zu konkreten Fragen zu äussern hat (Reetz in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Vorbem. zu den Art. 308-318 N 30). Fällt der Streitgegenstand im Laufe des Verfahrens weg, so ist das Verfahren grundsätzlich als gegenstandslos abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

Es gibt indes Fälle, in welchen sich der Streitgegenstand trotz des Erledigungserignisses nicht bzw. nicht endgültig erledigt hat. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn zwar kein aktuelles und praktisches Fortführungsinteresse besteht, jedoch ein sog. virtuelles Interesse gegeben ist, nämlich dann, wenn sich die gerügte Rechtsverletzung jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 242 N 3).

2.5. Das Vorliegen eines virtuellen Interesses der Beklagten ist vorliegend zu verneinen. Dies zum Einen deshalb, weil es den Parteien möglich war, vor Beginn des fraglichen Wochenendes einen vollstreckbaren *gerichtlichen* Entscheid - denjenigen der Vorinstanz - zu erwirken. Zum Anderen stellt sich vorliegend keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Parteien scheinen sich bezüglich des Umgangsrechts des Klägers mit den beiden gemeinsamen Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ des Öfteren nicht einigen zu können, weshalb es schon zu zahlreichen Befehls- bzw. Vollstreckungsverfahren gekommen ist (Urk. 23 S. 3, Urk. 25/2+3). Indes handelt es sich nicht um eine einzelne (grundlegende) Streit-

frage, sondern es scheinen vielmehr verschiedenste Punkte des Scheidungsurteils vom 29. Mai 2012 zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien zu führen. Es stellt sich vorliegend aber immerhin die Frage, ob die Beklagte bei Erhebung der Beschwerde überhaupt über ein aktuelles Interesse verfügt hat, hat sie die angeblich geplanten Ferien mit den Kindern ja - wie bereits in der Verfügung vom 19. Dezember 2013 (Urk. 26 S. 3 f.) ausgeführt - weder glaubhaft gemacht noch belegt.

2.6. Vorliegend fehlt es somit an einem schutzwürdigen Interesse der Beklagten, weshalb das Beschwerdeverfahren in Anwendung von Art. 242 ZPO zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

3.1. Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen (nach Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei hat das Gericht bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind ohne Verursachung weiterer Umtriebe im Einzelnen zu prüfen. Dabei muss es bei einer knappen Prüfung aufgrund der Aktenlage sein Bewenden haben; es soll nicht auf dem Weg über den Kostenentscheid ein quasi materielles Urteil gefällt werden. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessuale Kriterien zurückzugreifen. In erster Linie wird jene Partei entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde.

3.2. Die Beklagte hält in ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2014 daran fest, dass das Beschwerdeverfahren nicht gegenstandslos geworden sei. Weiter führt sie aus, dass "die Kosten und Entschädigung im Falle der Gegenstandslosigkeit gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO nach Ermessen" zu verteilen seien (Urk. 29).

3.3. Nach dem Dafürhalten des Klägers ist die Beklagte für die zeitliche Dringlichkeit und somit dafür, dass das Verfahren gegenstandslos wurde, selbst verantwortlich (Urk. 30 S. 3). Schliesslich habe sie auf seine Aufforderung vom 8. November 2013, das Wochenendbesuchsrecht zu bestätigen, erst mit Schreiben vom 27. November 2013 geantwortet (Urk. 23 S. 6).

3.4. Vorliegend hat die Beklagte die Gegenstandslosigkeit zu vertreten. Die anwaltlich vertretene Beklagte muss sich bereits im Zeitpunkt der Erhebung der Beschwerde bewusst gewesen sein, dass es aus Zeitgründen nicht möglich sein wird, rechtzeitig einen Endentscheid der Beschwerdeinstanz zu erhalten. Damit war auch klar, dass faktisch mit dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung über das strittige Wochenendbesuchsrecht entschieden würde. Die Beklagte erhob dennoch Beschwerde und beantragte die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, ohne diesem prozessualen Gesuch eine ausreichende Begründung und Substantiierung folgen zu lassen. Damit musste sie bereits bei Beschwerdeerhebung um die Aussichtslosigkeit dieses Rechtsmittels wissen.

3.5. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung der §§ 5, 8, 10 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 800.– festzulegen und gestützt auf die vorstehenden Erwägungen der Beklagten aufzuerlegen. Zudem ist die Beklagte antragsgemäss (Urk. 23 S. 2; Urk. 30 S. 4) zu verpflichten, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf die §§ 5 Abs. 1, 9 und 13 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (Anw-GebV) auf Fr. 800.– zuzüglich 8% MWSt. festzusetzen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren wird abgeschlossen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 864.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 im Sinne von Art. 90 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, 5. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Subotic

versandt am: js