

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV200009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss vom 10. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 5. März 2020
(EZ190007-H)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Kläger) ersuchte mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 bei der Vorinstanz um Vollstreckung der Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 7. Oktober 2019 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens. Dabei stellte er folgendes Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

"1. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung der geeigneten Vollstreckungsmittel nach Art. 343 ZPO, insbesondere einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.00 für jeden Tag der Nichterfüllung gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, zu befehlen, die gemeinsame Tochter C._____, geboren tt. mm. 2015, dem Gesuchsteller wie folgt zur Betreuung herauszugeben:

"2. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 1 des VSM-Entscheids des hiesigen Bezirksgerichts vom 19. Juni 2018 ist der Beklagte berechtigt und verpflichtet, die Tochter C._____, geb. tt. mm. 2015, wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

a) *ab sofort bis und mit April 2020 (Phase 1):
jeden Mittwoch, jeweils von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
jedes vierte Wochenende (beginnend ab 21./22. Dezember 2019), jeweils von Samstagmorgen 8.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr;"*

2. Die Gerichtskosten seien der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen.
3. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine angemessene Parteientschädigung (zuzügl. MwSt) zu bezahlen.
4. Es seien sodann die Akten der KESB Winterthur-Andelfingen betreffend C._____, geboren tt. mm. 2015, beizuziehen."

1.2 Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses und der Stellungnahme der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) vom 11. Februar 2020 (Urk. 10; Prot. VI S. 4 ff. und Urk. 16/1-2; Urk. 17; Urk. 20 sowie Urk. 22) sowie nach Zustellung der Letzteren an den Kläger (Urk. 22 S. 1) erliess die Vorinstanz am 5. März 2020 das angefochtene Urteil mit nachfolgendem Erkenntnis (Urk. 25 = Urk. 30):

1. Das Vollstreckungsgesuch des Klägers wird bezüglich des Mittwoch-Besuchsrechts abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 700.–.

3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, unter Verrechnung des von ihm geleisteten Kostenvorschusses.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 900.– (zzgl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
4. (Mitteilung).
5. (Rechtsmittel).

1.3 Zugleich trat die Vorinstanz mit Verfügung vom gleichen Datum auf das Vollstreckungsbegehren nicht ein, soweit die Besuchswochenenden betroffen waren (Urk. 25 S. 7 f.).

1.4 Gegen diese Entscheide erhob der Kläger mit Eingabe vom 23. März 2020 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 29 S. 2):

- "1. Dispositiv Ziffer 1. der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 05.03.2020 (Geschäfts-Nr. EZ190007-H) sei ersatzlos aufzuheben.
2. Dispositiv Ziffer 1. des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 05.03.2020 (Geschäfts-Nr. EZ190007-H) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
"Der Beklagten wird unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 für jeden Tag der Nichterfüllung gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, befohlen, die gemeinsame Tochter C._____, geboren tt. mm. 2015, dem Kläger wie folgt zu Betreuung herauszugeben:
Ab sofort bis und mit April 2020 (Phase 1):
jeden Mittwoch, jeweils von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
jedes vierte Wochenende (beginnend ab 21./22. Dezember 2019), jeweils von Samstagmorgen 8.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr;"
3. Dispositiv Ziffer 3 des Urteils sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
"Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt."
4. Dispositiv Ziffer 4 des Urteils sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
"Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 900 (zzgl. 7.7 % MwSt) zu bezahlen."
5. Die Gerichtskosten seien der Beklagten/Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, dem Kläger/Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zuzüglich 7.7 % MwSt zu bezahlen.
6. Vom Bezug eines Gerichtskostenvorschusses vom Kläger/Beschwerdeführer sei abzusehen."

1.5 Der Antrag des Klägers auf Erlass des Kostenvorschusses wurde mit Verfügung vom 3. April 2020 abgewiesen, woraufhin der mit selbiger Verfügung eingeforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde (Urk. 32 und Urk. 34). In der Folge ging die Beschwerdeantwort vom 14. Mai 2020 innert der mit Verfügung vom 28. April 2020 angesetzten Frist ein (Urk. 35 und Urk. 39). Die vorinstanzlichen Akten und Beizugsakten (Urk. 1-28) wurden beigezogen. Nachdem sich die Beklagte zur unaufgeforderten Eingabe des Klägers vom 11. Mai 2020 (Urk. 36) mit Eingabe vom 18. Mai 2020 äusserte (Urk. 41) und diese Stellungnahme zusammen mit der Beschwerdeantwort dem Kläger mit Verfügung vom 27. Mai 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, erweist sich das Verfahren nunmehr als spruchreif.

2. Rechtsschutzinteresse

Jede Beschwerde erfordert ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, weshalb auf sie nicht einzutreten ist, sofern der durch das Rechtsmittel angestrebte Nutzen bereits von vornherein nicht mehr erreicht werden kann (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Fällt das anfänglich vorhandene Rechtsschutzinteresse dagegen erst während laufendem Rechtsmittelverfahren dahin, ist das Verfahren gemäss Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben (Steiner, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2019, N 310 und N 320 mit weiteren Hinweisen). Die vom Kläger verlangte Vollstreckung seines Besuchsrechts bis und mit April 2020 ist naturgemäss zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mehr möglich. Es fehlt der Beschwerde folglich seit dem 1. Mai 2020 an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse. Es ist nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, in den Akten nach der ab 1. Mai 2020 geltenden Regelung zu suchen, über die Absicht des Klägers zu spekulieren und das (ausdrücklich auf Phase 1 beschränkte) Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2) bzw. die Beschwerdeanträge (Urk. 29 S. 2) samt Begründungen allenfalls entsprechend zu ergänzen. Das Beschwerdeverfahren ist folglich gegenstandslos geworden und demzufolge abzuschreiben.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, kann das Gericht bei der Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist in Betracht zu ziehen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben (Botschaft ZPO, S. 7297).

3.2 Vorliegend wurde die Gegenstandslosigkeit durch Zeitablauf verursacht, was grundsätzlich keiner Partei angelastet werden kann. Hinsichtlich des mutmasslichen Prozessausgangs gilt es zu beachten, dass der Kläger aufgrund des im Beschwerdeverfahren zur Anwendung gelangenden umfassenden Novenverbots vorliegend sowohl mit echten als auch mit unechten Noven ausgeschlossen ist (Art. 326 Abs. 1 ZPO). In Anbetracht dessen bleibt es bei der zutreffenden vorinstanzlichen Feststellung, wonach vom Kläger ein konkreter Verstoss gegen das gerichtlich angeordnete Besuchsrecht nicht behauptet wurde (Urk. 1; Urk. 30 S. 3 f.). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aufgrund der von der Beklagten aufgestellten und vom Kläger nicht weiter kommentierten Behauptungen zu den am 11. und 18. Dezember 2019 ausgefallenen Besuchen (Urk. 22 S. 3 f.) und gestützt auf die vom Kläger vorgelegten Emails vom 11. und 16. Dezember 2019 (Urk. 4/1-2) nicht darauf schloss, die Beklagte wersetze sich in grundsätzlicher Weise dem Besuchsrecht, sodass Vollstreckungsmassnahmen angezeigt wären (vgl. zu den Voraussetzungen der Vollstreckung eines Besuchsrechts BGer 5A_167/2017 vom 11. September 2017, E. 6.1).

3.2 Soweit der Kläger beschwerdeweise eine Verletzung der Untersuchungsmaxime geltend macht, verkennt er, dass dieser Grundsatz die Parteien nicht davon entbindet, das Tatsächliche des Streits vorzutragen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1 [= Pra 2003 Nr. 5]; Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 296 N 2). Dieser Mitwirkungspflicht ist nicht Genüge getan, indem pauschal behauptet wird, die Beklagte sei nach wie vor nicht bereit, die gerichtlich angeordnete Regelung voll-

ständig umzusetzen (Urk. 1 S. 3) bzw. die Beklagte verweigere konsequent einen adäquaten Kontakt zwischen der Tochter und dem Kläger (Urk. 1 S. 4). Zu Recht sah sich die Vorinstanz aufgrund dieser Behauptungen nicht zu weiteren Abklärungen veranlasst.

3.3 Die Beschwerde hätte nach dem Gesagten abgewiesen werden müssen, wäre sie nicht gegenstandslos geworden. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4) ist daher zu bestätigen. Weiter sind dem Kläger die in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzenden zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen. Zudem ist er zu verpflichten, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren (Beschwerdeantwort und Stellungnahme vom 18. Mai 2020) eine gestützt auf § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV festzusetzende Parteientschädigung von Fr. 800.– inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.

3.4 Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 39 S. 2) wird – soweit es um die Befreiung von den Gerichtskosten geht – aufgrund der vorstehend abgehandelten Kostenliquidation gegenstandslos und ist somit abzuschreiben.

3.5 Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird aufgrund der (subsidiären) Entschädigungspflicht des Kantons nicht gegenstandslos (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber der Vorschusspflicht der Ehegatten subsidiär (BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann somit die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Sofern kein Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags gestellt wird, ist im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zumindest darzulegen, weshalb auf die Beantragung verzichtet werden kann (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und 3.2.). Da die Beklagte weder die Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses beantragt noch einen entsprechenden Verzicht begründet hat, ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Beschwerdeverfahren ohne weiteres abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten) wird abgeschrieben.
3. Das Gesuch der Beklagten um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 nichtvermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Juli 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
am