

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV210013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 19. Januar 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

sowie

C._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner 2

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____,

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 3

vertreten durch Bezirksgericht Meilen,

betreffend **Vollstreckung / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 11. November 2021
(EZ210010-G)**

Erwägungen:

1.1. Der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner 1 (fortan Gesuchsgegner) und die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) sind die unverheirateten Eltern des am tt.mm.2014 geborenen Gesuchstellers und Beschwerdegegners 2 (fortan Gesuchsteller). Mit Eingabe vom 25. September 2015 erhob der Gesuchsteller, damals vertreten durch die Gesuchsgegnerin, beim Bezirksgericht Meilen eine Unterhaltsklage gegen den Gesuchsgegner. Der Prozess, welcher in der Folge auf die Regelung weiterer Kinderbelange ausgedehnt wurde, ist nach wie vor hängig (vgl. Urk. 3/2 S. 9 f.). Mit Urteil der hiesigen Kammer vom 7. Mai 2021 wurde der Gesuchsgegnerin (u.a.) ein Besuchsrecht für den Gesuchsteller an jedem Wochenende der geraden Wochen, von Freitag, ab Kindergarten- bzw. Schulschluss, bis Sonntag, 19.00 Uhr, eingeräumt (Urk. 3/2 S. 44 f. Dispositiv-Ziff. 1). Seit dem 4. Juli 2021 verweigert der Gesuchsgegner der Gesuchsgegnerin erneut (vgl. z.B. Urk. 3/2 S. 27) wegen Entführungsfahr das Besuchsrecht (Urk. 65 S. 5; Urk. 72 S. 5).

1.2. Mit Eingabe vom 16. September 2021 beantragte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz, es sei das vorerwähnte Besuchsrecht dahingehend zu vollstrecken, dass dem Gesuchsgegner zu befehlen sei, ihn (den Gesuchsteller) am 24. September 2021, 1. Oktober 2021 und 8. Oktober 2021 jeweils um 16.00 Uhr am Bahnhof D._____ der Gesuchsgegnerin zu übergeben (Urk. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 24. September 2021 ergänzte der Gesuchsteller sein Vollstreckungsbegehren um folgende Daten: 22. Oktober 2021, 29. Oktober 2021, 5. November 2021, 19. November 2021, 26. November 2021 und 3. Dezember 2021 (Urk. 12 S. 1 f.). Mit Entscheid vom 11. November 2021 wies die Vorinstanz (u.a.) das Vollstreckungsgesuch des Gesuchstellers ab (Urk. 62 S. 31 f. = Urk. 66 S. 31 f.).

2. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 19. November 2021 rechtzeitig (Art. 321 Abs. 2 ZPO und Urk. 63/3 S. 2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 65 S. 2 f.):

- "1. Ziff. 1 und 2 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2021 (EZ210010-G) seien aufzuheben.

2. Es sei dem Vater zu befehlen, den Sohn C._____, geb. tt.mm.2014, der Mutter gemäss Dispositiv-Ziffer 1.1.c aa) und bb) des Urteils des Obergerichts Zürich vom 7. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. LZ200031-O) am Freitag, 19. November 2021, um 16.00 Uhr am Bahnhof D._____ zu übergeben (Dauer des Besuchsrechts bis Sonntag 19.00 Uhr).
3. Es sei dem Vater zu befehlen, den Sohn C._____, geb. tt.mm.2014, der Mutter gemäss Dispositiv-Ziffer 1.1.c aa) und bb) des Urteils des Obergerichts Zürich vom 7. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. LZ200031-O) am Freitag, 26. November 2021, um 16.00 Uhr am Bahnhof D._____ zu übergeben (Dauer des Besuchsrechts bis Samstag, 10.00 Uhr).
4. Es sei dem Vater zu befehlen, den Sohn C._____, geb. tt.mm.2014, der Mutter gemäss Dispositiv-Ziffer 1.1.c aa) und bb) des Urteils des Obergerichts Zürich vom 7. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. LZ200031-O) am Freitag, 3. Dezember 2021, um 16.00 Uhr am Bahnhof D._____ zu übergeben (Dauer des Besuchsrechts bis Sonntag 19.00 Uhr).
5. Es sei dem Vater zu befehlen, anlässlich der Rückgaben von C._____ am Sonntag jeweils gemäss Dispositiv-Ziffer 1.1.c) dd) des Urteils des Obergerichts Zürich vom 7. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. LZ200031-O) den britischen Reisepass der Mutter an diese zu übergeben.
6. Eventualiter sei festzustellen, dass der Entscheid in Ziff. 1 und 2 des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2021 (EZ210010-G) rechtswidrig ist und die Besuchsrechte der Mutter gemäss Dispositiv-Ziffer 1.1.c aa) und bb) des Urteils des Obergerichts Zürich vom 7. Mai 2021 (Geschäfts-Nr. LZ200031-O) vollstreckbar sind.
7. Es sei dem Vater für den Fall der Nichtbefolgung der Befehle gemäss Ziff. 2 bis 4 eine Busse in der Höhe von CHF 5'000.00 gemäss Art. 292 StGB für jeden Tag der Nichterfüllung anzudrohen.
8. Es sei Ziff. 5 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2021 (EZ210010-G) aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr Rechtsanwältin MLaw X._____ per 21. September 2021 als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
9. Es sei Ziff. 9 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2021 (EZ210010-G) aufzuheben und die Kosten des Verfahrens seien vollumfänglich dem Kindsvater aufzuerlegen.
10. Es sei Ziff. 10 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11. November 2021 (EZ210010-G) aufzuheben und der Vater

zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren in der Höhe von CHF 4'000.00 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zulasten des Kindsvaters."

Des Weiteren beantragte die Gesuchsgegnerin, über ihre Rechtsmittelanträge Ziff. 1-5 sowie 7 sei superprovisorisch zu entscheiden, und es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege (einschliesslich unentgeltlicher Rechtsverbeiständung) für das Beschwerdeverfahren zu gewähren (Urk. 65 S. 4).

Mit Eingabe vom 22. November 2021 äusserte sich der Gesuchsteller von sich aus und tat kund, dass er die Beschwerde der Gesuchsgegnerin inklusive des Antrages auf Erlass superprovisorischer Massnahmen unterstütze (Urk. 70). Gemäss Präsidialverfügung vom 30. November 2021 wurden die superprovisorischen Anträge der Gesuchsgegnerin allesamt abgewiesen und es wurde dem Gesuchsgegner Frist anberaumt, um zu den Anträgen der Gesuchsgegnerin betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 19. November 2021 sowie zur Eingabe der Kindsvaterin vom 22. November 2021 Stellung zu nehmen (Urk. 71). Mit Zuschrift vom 20. Dezember 2021 liess sich der Gesuchsgegner rechtzeitig vernehmen, wobei er folgende Anträge stellte (Urk. 72 S. 2):

- "1. Auf die Beschwerde vom Die Anträge der Beschwerdeführerin seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % MWST zulasten der Beschwerdeführerin."
3. Weil sogleich der Endentscheid im Beschwerdeverfahren ergehen kann, ist das vorsorgliche Massnahmebegehren als gegenstandslos erledigt abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Nachdem das letzte beantragte zu vollstreckende Besuchsrecht vom 3. Dezember 2021 nunmehr verstrichen ist, wurde das Massnahmebegehren allerdings ohnehin auch in der Sache gegenstandslos (vgl. auch Urk. 71 S. 5, E. 4.2).

4.1. Die Vorinstanz wies die Gesuche des Gesuchstellers und der Gesuchsgegnerin um Vollstreckung des Besuchsrechts gemäss dem Urteil der Kammer vom 7. Mai 2021 (Urk. 3/2; Urk. 1, Urk. 12 und Urk. 20) ab. Sie hielt im Wesentlichen dafür, die von der Gesuchsgegnerin ausgehende, vom Obergericht als eher gering eingestufte Entführungsgefahr könne nicht relativiert werden, sondern habe sich mit Blick auf die seit dem Polizeirapport vom 22. Juli 2021 neu zu Tage getretenen Erkenntnisse (Visumsantrag der Gesuchsgegnerin für sich und den Gesuchsteller für E._____ [karibische Insel] Ende Oktober 2020, Anmeldung des Gesuchstellers an einer Privatschule in F._____ [Land in Amerika] Ende April 2020, Gründung einer Gesellschaft in G._____ [Ort in H._____], H._____ [USA] durch die Gesuchsgegnerin) zu Ungunsten der Gesuchsgegnerin verändert. Auch wenn einer möglichen Entführungsgefahr mit der bestehenden Regelung der Aushändigung des Passes bzw. mit der konkreten Bezeichnung des Passes begegnet werden könne, und dadurch die Risiken einer Flucht minimiert werden könnten, liessen sich diese in der aktuellen äusserst verzweifelten Situation der Gesuchsgegnerin, welche zu unüberlegten Massnahmen greifen könnte, ohne weitere Abklärungen seitens des Gerichts nicht mit der genügenden Sicherheit ausschliessen. Erfahrungsgemäss lasse sich eine beabsichtigte Flucht auch ohne entsprechende Papiere in die Tat umsetzen. Ausserdem sei es der Gesuchsgegnerin unbenommen, jederzeit einen neuen Pass zu beantragen. Ebenso klar scheine, dass die vom Gesuchsgegner vorgeschlagene Beibringung eines jeweiligen Nachweises der HMPO betreffend Gültigkeit des Passes innert weniger Tage bei der Übergabe kaum praktikabel sei. Offensichtlich sei, dass solche Schwierigkeiten bei der Durchführung des Besuchsrechts mittel- und längerfristig nicht durch Vollstreckungsmassnahmen gelöst werden könnten. Immerhin schienen sich die Parteien einig zu sein, dass der Kontakt des Gesuchstellers zur Gesuchsgegnerin wichtig sei und deshalb wiederhergestellt werden solle. Für eine allfällige Modifikation des Besuchs- und Ferienrechts der Gesuchsgegnerin seien indes vertiefte und detaillierte Abklärungen bezüglich der zukünftigen Ausübung des Besuchsrechts und des Wohls des Gesuchstellers erforderlich. Diese seien vorliegend dem Sachrichter im Hauptverfahren zu überlassen, so dass die Voll-

streckung des Besuchsrechts einstweilen zu verweigern sei (Urk. 66 S. 23 ff., 31 Dispositivziffern 1 und 2).

4.2. Die Gesuchsgegnerin dementiert eine erhöhte Fluchtgefahr. Sie habe das Visum in ihrer Verzweiflung im Internet mittels blossem Ausfüllen eines entsprechenden Formulars beantragt. Mangels Bezahlung der Gebühren habe sie das Visum in der Folge nicht erhalten. Es habe sich dabei ohnehin um ein Luftschloss gehandelt. Sie habe den Sohn zwischen Oktober 2020 und Juli 2021, als das Besuchsrecht noch stattgefunden habe, nach jedem Besuch dem Vater zurückgebracht und auch ihre Pässe jeweils abgegeben. Selbst danach hätte sie C. _____ einfach von der Schule abholen können, was sie nicht getan habe. Im Gegensatz zu E. _____ sei F. _____ im Übrigen ein Vertragsstaat des HKÜ. Es sei seit Oktober 2020 nichts vorgefallen, was für eine tatsächliche Entführungsgefahr spräche. Sie habe einen festen Wohnsitz in I. _____, arbeite neu mit einem 60 %-Pensum und bewerbe sich weiterhin auf Stellen. Ihre finanzielle Situation sei prekär und mache eine Flucht faktisch unmöglich. Flankierende Massnahmen, um die Risiken einer Flucht zu minimieren, bestünden bereits. Eine Flucht lasse sich ohnehin nie ausschliessen. Es erhellte in keiner Art und Weise, welche "weiteren Abklärungen" vorliegend vorzunehmen wären (Urk. 65 S. 6 ff.).

4.3. Gemäss dem (um weitere Besuchstermine) ergänzten erstinstanzlichen Vollstreckungsbegehren des anwaltlich vertretenen Gesuchstellers vom 16. bzw. 24. September 2021 (Urk. 1 i.V.m. Urk. 12) wurde die Vollstreckung konkreter Besuchswochenenden nur bis und mit 3. Dezember 2021 beantragt (Urk. 1 S. 2; Urk. 12 S. 1 f.). Dieser Termin ist mittlerweile verstrichen. Im Beschwerdeverfahren gilt ein umfassendes Novenverbot (Art. 326 ZPO), weshalb keine weitergehende Vollstreckung von Besuchswochenenden bzw. Ferienbesuchen beantragt bzw. angeordnet werden kann. Damit erweist sich das Beschwerdeverfahren hinsichtlich der vorinstanzlich verweigerten Vollstreckung des Besuchsrechts (Urk. 66 S. 31, Dispositivziffern 1 und 2) zufolge Wegfalls des Streitgegenstandes als gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort des Gesuchsgegners (der Gesuchsteller hat

sich von sich aus schon geäussert, vgl. Urk. 70) kann entsprechend verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO analog).

5. Gemäss Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Wird das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen und sieht das Gesetz nichts anderes vor, erfolgt die Kostenverteilung gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO nach richterlichem Ermessen. Dabei hat das Gericht 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 (Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], N 9 zu Art. 242). Unter den erwähnten Kriterien existiert jedoch keine Rangordnung. Ebenso wenig brauchen dieselben notwendigerweise stets kumulativ geprüft zu werden. Vielmehr ist die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu treffen (*OGer ZH LB120068 vom 8.05.2013, E. 6.2*; vgl. ferner Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], N 16 zu Art. 107). Der Kostenentscheid ergeht dann aufgrund einer summarischen Prüfung und Würdigung des aktenkundigen Sach- und Streitstandes zum Zeitpunkt des Erledigungsgrundes (BGer 5P.120/2003 vom 22. April 2003, E. 5.4).

Aufgrund der zeitlichen Befristung der beantragten Vollstreckung der Besuchsrechtstermine lediglich bis am 3. Dezember 2021 ist das Vollstreckungsbegehren nunmehr gegenstandslos geworden. Die Vorinstanz hat die erstinstanzlichen Kosten nicht nach Obsiegen und Unterliegen verlegt, sondern diese gemäss ständiger Rechtsprechung (ZR 84 Nr. 41) den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie hat damit beiden Parteien gute Gründe für ihre Anträge attestiert und ist dabei letztlich nach Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO vorgegangen. Es besteht für die Beschwerdeinstanz vorliegend kein Anlass, gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO eine andere "Verteilung nach Ermessen" vorzunehmen. Anders ist jedoch für das Beschwerdeverfahren zu verfahren. Als die Gesuchsgegnerin gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 11. November 2021 mit Eingabe vom 19. November 2021,

beim Obergericht eingegangen am 23. November 2021 (Urk. 65 S. 1), Beschwerde erhob, war die Gegenstandslosigkeit des Vollstreckungsbegehrens ohne weiteres absehbar, zumal ein Beschwerdeverfahren notorischerweise nicht innert zehn Tagen zu erledigen ist. Im Übrigen konnten auch superprovisorisch nicht weitergehende Besuchswochenenden angeordnet werden, als in der Hauptsache thematisiert waren. Es rechtfertigt sich daher, der Gesuchsgegnerin die Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Zu den Gerichtskosten gehören auch die Kosten für die Vertretung des Kindes (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Die Eingabe der Kindesvertreterin vom 22. November 2021 beschränkt sich auf eine knappe Seite (Urk. 70), womit sich eine pauschale Entschädigung von rund Fr. 250.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) als angemessen erweist (vgl. § 5 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Ausgangsgemäss schuldet die Gesuchsgegnerin dem anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner im Beschwerdeverfahren für die Stellungnahme zum Massnahmeantrag (Urk. 72) eine Parteientschädigung (eine Beschwerdeantwort musste nicht eingeholt werden). Diese ist auf Fr. 750.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) festzulegen (vgl. § 5 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

6.1. Die Vorinstanz wies das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom 23. September 2021 ab (Urk. 66 S. 31, Dispositivziffer 5). Dagegen wehrt sich die Gesuchsgegnerin beschwerdeweise (Urk. 65 S. 3). Dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner im Hauptprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2), weshalb keine Beschwerdeantwort (Art. 322 ZPO) einzuholen ist. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz wird sodann verzichtet (Art. 324 ZPO).

Die Vorinstanz verneinte die Bedürftigkeit der Gesuchsgegnerin. Sie erwog, die Gesuchsgegnerin mache geltend, sie sei seit Oktober 2020 arbeitslos und beim RAV angemeldet. Aufgrund zahlreicher Betreibungen und Pfändungen seien ihre Beträge aus der Arbeitslosenkasse gekürzt worden. Im Juni 2021 habe sie noch Fr. 4'555.–, im Juli 2021 Fr. 2'755.– und im August 2021 Fr. 2'905.– erhalten. Per 1. August 2021 hätten sich auf ihrem Konto noch Fr. 1'554.– befunden. Schliess-

lich sei am 6. August 2021 der Privatkonkurs über sie eröffnet worden. Zur Untermauerung ihrer Vorbringen lege die Gesuchsgegnerin zwei Abrechnungen der Arbeitslosenkasse vom Juni und Juli 2021 (Urk. 9/2), eine Überweisungsanzeige der Taggelder der Arbeitslosenkassen auf ihr Konto vom 27. August 2021 (Urk. 9/3), einen Auszug aus dem Betreibungsregister vom 23. Juli 2021 (Urk. 9/4), einen Kontoauszug der PostFinance per 1. August 2021 (Urk. 9/5) sowie die Steuererklärung des Jahres 2019 (Urk. 9/6) ein. Dabei handle es sich einerseits nicht um aktuelle Unterlagen, welche die Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs am 23. September 2021 belegten, und andererseits unterlasse es die Gesuchsgegnerin, ihren Bedarf und damit ihre Bedürftigkeit zu begründen und zu belegen. Selbst wenn sie ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen wäre, sei nicht ersichtlich, inwiefern sie aktuell mittellos sein sollte. Mit Eröffnung des Konkurses über die Gesuchsgegnerin sei davon auszugehen, dass die durch das Betreibungsamt gepfändete Quote der Gesuchsgegnerin wieder zur Verfügung stehe und sie nunmehr wieder mit den vollständig ausbezahlten Taggeldern der Arbeitslosenkasse in Höhe von Fr. 7'068.– monatlich zumindest in der Lage sein dürfte, die ihr aufzuerlegenden Prozess- sowie Anwaltskosten innert nützlicher Frist zu begleichen. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege sei daher mangels ausreichender Substantiierung abzuweisen (Urk. 66 S. 29 f.).

6.2. Die Gesuchsgegnerin kritisiert, sie sei seit Oktober 2020 arbeitslos. Zuvor habe sie zwar ein gutes Einkommen erzielt, habe jedoch aufgrund der hohen Anwaltskosten für die aufwendigen Gerichtsverfahren kein Vermögen aufbauen können, sondern sich massiv verschuldet. Bereits aus der Steuererklärung 2019 sei ersichtlich, dass sie schon damals zwei Kredite von der Cembra Money Bank habe aufnehmen müssen. Weil sie ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr habe nachkommen können, seien zahlreiche Beteiligungen gegen sie eingeleitet worden, wobei es in drei Beteiligungsverfahren zu einer Pfändung gekommen sei. Entsprechend seien ihre Beiträge aus der Arbeitslosenkasse gekürzt worden. Am 6. August 2021 sei schliesslich der Privatkonkurs über sie eröffnet worden. Per 1. August 2021 hätten sich auf ihrem Konto noch Fr. 1'554.– befunden. Die Vorinstanz habe das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung abgewiesen.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse seien nicht aktuell und die Bedürftigkeit nicht belegt. Das Gesuch sei am 23. September 2021 gestellt worden. Alle RAV-Bezüge für die letzten drei Monate vor Stellung des Gesuchs, namentlich Juni, Juli und August 2021 seien belegt worden. Der Kontoauszug sei etwas mehr als einen Monat alt, jedoch sei mit diesen Belegen und dem bekannten Einkommen klar, dass sich der Vermögensstand von Fr. 1'554.– per 1. August 2021 gar nicht erhöhen könne. Mit dem Privatkonkurs falle die Lohnpfändung nur temporär weg, bis von einem vermögensbildenden Einkommen auszugehen sei. Auch bis dahin sei jedoch klar, dass sie damit kein Geld für Anwaltskosten habe, sondern ihre durch den Betreuungsauszug und die Steuererklärungen belegten Schulden abbezahlen müsse. Die Schulden seien damit ausgewiesen und derart hoch, dass nach Deckung des Bedarfs offensichtlich nichts mehr übrig bleibe, um für Anwaltskosten aufzukommen (Urk. 65 S. 14 ff.).

6.3. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Dies führt insbesondere dazu, dass zum betreibungsrechtlichen Grundbedarf einerseits Bedarfspositionen wie zum Beispiel laufende Steuern oder Schuldverpflichtungen hinzuzuzählen sind und andererseits ein genereller Zuschlag auf den Grundbetrag sowie ein Notgroschen im Sinne eines Freibetrages gewährt werden, welche die Mittellosigkeit nicht ausschliessen (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 117 ff.).

Mit Blick auf die gestützt auf die Insolvenzerklärung der Gesuchsgegnerin (Art. 191 SchKG) über diese am 6. August 2021 erfolgte (Privat-)Konkurseröffnung (Urk. 3/12) ist deren Überschuldung offensichtlich. Weitere Belege sind nicht vonnöten. Angesichts der um die jeweils pfändbare Quote gekürzten Arbeitslosentaggelder für die Monate Juli 2021 (Fr. 2'755.– [Urk. 9/2]) und August 2021 (Fr. 2'905.– [Urk. 9/3]) lebte die Gesuchsgegnerin damals wohl auf dem Existenzminimum. Mit der Konkurseröffnung fielen die Einkommenspfändungen für die Dauer des Verfahrens allerdings dahin (Art. 206 SchKG), so dass die Gesuchsgegnerin ab September 2021 wieder die vollen Arbeitslosentaggelder von rund Fr. 6'500.– netto ausbezahlt erhält (Urk. 9/2 [Fr. 7'068.60 brutto - Fr. 558.25 Abzüge]).

Für die vor der Konkurseröffnung entstandenen Schulden (vgl. Urk. 9/4 [Betreibungsregisterauszug vom 23. Juli 2021]; Urk. 73/3 [Nachtrag zum Kollokationsplan betr. Anwaltsforderungen Schwärzler über insgesamt Fr. 173'234.35, allerdings ohnehin ein vom Gesuchsgegner erst im Beschwerdeverfahren eingereichtes und damit unzulässiges Novum gemäss Art. 326 ZPO, Urk. 72 S. 3]) kann die Gesuchsgegnerin erst dann wieder erfolgreich betrieben werden, wenn sie zu neuem Vermögen gekommen ist (vgl. Art. 265 Abs. 2 und Art. 265a SchKG). Erwerbseinkommen kann neues Vermögen darstellen, wenn es den Betrag übersteigt, der zur standesgemässen Lebensführung nötig ist, und Ersparnisse gebildet werden könnten. Es genügt deshalb nicht, wenn die Einkünfte bloss das Existenzminimum i.S.v. Art. 93 SchKG übersteigen, sondern der Schuldner muss in der Lage sein, ein standesgemässes Leben zu führen und zu sparen (OFK/SchKG-Kren Kostkiewicz, SchKG 265 N 5, S. 671). Wie bereits die Vorinstanz feststellte, hat die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin es unterlassen, ihren Bedarf substantiiert darzutun, womit sie ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht hinreichend nachkam. Bei der Berechnung des neuen hypothetischen Vermögens aus Erwerbs(ersatz)einkommen wird der Grundbetrag im Kanton Zürich praxisgemäss um zwei Drittel erhöht (vgl. auch BGE 129 III 385 E. 5.2 = Pra 93 [2004] Nr. 30 und BGE 135 III 424 E. 2 und 3 = Pra 99 [2010] Nr. 21): Der Grundbetrag der alleinstehenden Gesuchsgegnerin beträgt Fr. 1'200.– (Ziffer I der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf])

nach Art. 93 SchKG vom 1. Juli 2009); darauf wird ihr somit ein Zuschlag von Fr. 800.– gewährt. Der Gesuchsgegnerin ist es demnach ohne weiteres möglich und zumutbar (durch vorübergehende entsprechende Einschränkung in ihrer Lebenshaltung), die sie treffenden Kosten des erstinstanzlichen Vollstreckungsverfahrens (Fr. 2'852.– Anteil Gerichtskosten [vgl. Urk. 66 S. 31, Dispositivziffern 7 und 9] sowie maximal Fr. 2'500.– eigene Anwaltskosten [vgl. § 5 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1-3]) innert eines Jahres zu bezahlen, wobei ihr immer noch ein um 25 % (Fr. 300.–) erweiterter Grundbetrag im Rahmen des zivilprozessualen Notbedarfs verbleibt (vgl. *OGer ZH LY160046 vom 5.12.2017 S. 24*).

Somit ist die Beschwerde der Gesuchsgegnerin abzuweisen und die vorinstanzliche Verweigerung des Armenrechts zu bestätigen.

7. Die Gesuchsgegnerin liess auch für das Beschwerdeverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchen (Urk. 65 S. 4, 15 f.). Weil sich die Beschwerde mit Blick auf die zeitliche Befristung der zu vollstreckenden Besuchsrechte und den vorgerückten Zeitablauf indes von Anfang an nicht als aussichtsreich präsentierte, ist dieses Ersuchen zufolge Aussichtslosigkeit ohne weiteres abzuweisen. Ob die Gesuchstellerin mittellos ist, braucht daher nicht weiter geprüft zu werden.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird als gegenstandslos erledigt abgeschlossen.
2. Die Beschwerde hinsichtlich der Vollstreckung des Besuchsrechts wird als gegenstandslos erledigt abgeschlossen.
3. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

und erkannt:

1. Die Beschwerde betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 7 bis 10) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 800.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 250.– Kosten Kindesvertretung
Fr. 1'050.–
4. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
5. Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ wird für ihre Bemühungen als Kindesvertreterin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 250.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 750.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und den Gesuchsteller je unter Beilage der Doppel von Urk. 72 und der Kopien bzw. Doppel von Urk. 74, Urk. 73/1-6 und Urk. 76/1-6, sowie an den Gesuchsteller und den Gesuchsgegner je unter Beilage einer Kopie von Urk. 77, und an die Vorinstanz, 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) Art. 82 ff.

(Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 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, 19. Januar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
sd