

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV230014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss und Urteil vom 3. Januar 2024

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichts Audienz am
Bezirksgericht Zürich vom 13. Juli 2023 (EZ230020-L)**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich (8. Abteilung, Einzelgericht) vom 7. Dezember 2022 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Zugleich wurden die Nebenfolgen der Scheidung geregelt (Urk. 3/2). Unter anderem wurde der Gesuchsgegnerin (Beschwerdegegnerin) die alleinige Obhut über das Kind C._____, geboren am tt. mm. 2011, zugeteilt und dem Gesuchsteller (Beschwerdeführer) in Genehmigung der unter Mitwirkung des Gerichts geschlossenen Vereinbarung vom 16. September 2022 ein ausgedehntes Besuchsrecht eingeräumt (Urk. 3/2 S. 9 Disp.-Ziff. 3 und 4). Dieses sah unter anderem folgende Regelung vor (Disp.-Ziff. 4/2.3):

"Besuchsregelung:

Die Parteien vereinbaren, dass der Kläger [= Gesuchsteller] berechtigt und verpflichtet ist, das Kind C._____ auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:

- [...]
- an jedem Mittwochnachmittag nach Schulschluss bzw. aktuell nach dem Gitarrenunterricht mit Übernachtung bis Donnerstagmorgen Schulbeginn bzw. 09.00 Uhr an schulfreien Tagen, wenn die Betreuung in der Nähe des Wohnorts der Beklagten [= Gesuchsgegnerin] (D._____) stattfindet, und unter Respektierung der bereits bestehenden Hobbies des Kindes C._____ (derzeit Spanischunterricht in E._____) und dessen gewünschter Freizeitgestaltung."

1.2. Mit Eingabe vom 21. April 2023 (Urk. 1) gelangte der Gesuchsteller mit einem Vollstreckungsbegehren an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (Vorinstanz). Damit stellte er verschiedene Anträge im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht, insbesondere (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei der Beklagten zu befehlen, dem Kläger das Kind C._____, geb. tt. mm. 2011, wie folgt zur Betreuung herauszugeben:

- a) Jeden Mittwoch nach dem Gitarrenunterricht (12.50 Uhr) im Oberstufenschulhaus, F._____-weg ..., D._____, bis am Donnerstag Beginn Schule oder 09.00 Uhr, wenn keine Schule ist.

Alternativ wenn kein Gitarrenunterricht ist: nach Schulschluss (11.50 Uhr) im Schulhaus G._____, H._____-strasse ..., D._____, bis am Donnerstag Beginn Schule oder 09.00 Uhr, wenn keine Schule ist.

Es sei der Beklagten zu verbieten, sich am Mittwoch zwischen 11.30 und 13.00 Uhr im Umkreis von 200 m des Oberstufenschulhauses, F._____-weg ..., D._____, bzw. des Schulhauses G._____, H._____-strasse ..., D._____ aufzuhalten.

- b) [...]

- c) [...]
- d) [...]
- 2. Es sei der Beklagten bei einem Verstoss gegen diesen Befehl die Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse anzudrohen."

Nachdem die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 5. Mai 2023 (Postaufgabe 7. Mai 2023) zu diesem Gesuch Stellung genommen hatte (Urk. 7) und beide Parteien ihr unbedingtes Replikrecht ausgeübt hatten (vgl. Urk. 14, Urk. 17 und Urk. 25), erging am 13. Juli 2023 der audienzrichterliche Erledigungsentscheid (Urk. 27 = Urk. 30). Damit trat die Vorinstanz in der Sache selbst auf Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. a Abs. 3 und Ziffer 1 lit. b, lit. c und lit. d des Vollstreckungsgesuchs nicht ein (Disp.-Ziff. 2–3). Im Übrigen – d.h. bezüglich Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. a Abs. 1 und 2 sowie Ziffer 2 – wies sie das Vollstreckungsgesuch ab (Disp.-Ziff. 4). Die Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– wurde dem Gesuchsteller auferlegt, zufolge der ihm teilweise (im Umfang der Hälfte) bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich unentgeltlicher Rechtsvertretung (Disp.-Ziff. 1) jedoch im Umfang von Fr. 1'000.– einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Disp.-Ziff. 5).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 21. Juli 2023 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 29 S. 2):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 13. Juli 2023 sei aufzuheben und es sei wie folgt neu zu entscheiden:
Es sei der Beschwerdegegnerin zu befehlen, dem Beschwerdeführer das Kind C._____, geb. tt. mm. 2011, wie folgt zur Betreuung herauszugeben:
 - a) Jeden Mittwoch nach dem Gitarrenunterricht (12.50 Uhr) im Oberstufenschulhaus, F._____-weg ..., D._____, bis Donnerstag Beginn Schule oder 09.00 Uhr, wenn keine Schule ist.
 - b) Alternativ, wenn kein Gitarrenunterricht ist, nach Schulschluss (11.50 Uhr[]) im Schulhaus G._____, H._____-strasse ..., D._____, bis am Donnerstag Beginn Schule oder 09.00 Uhr, wenn keine Schule ist.Es sei der Beschwerdegegnerin bei einem Verstoss gegen diesen Befehl die Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse anzudrohen.
- 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Beklagten. Es seien auch die vorinstanzlichen Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und sie zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu bezahlen.
- 3. Dem Beschwerdeführer sei für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–28). Die fristwährend erstattete Beschwerdeantwort mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids datiert vom 8. September 2023 (Urk. 35; vgl. auch Urk. 34). Sie wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 18. September 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 38), worauf dieser am 28. September 2023 eine spontane Replik einreichte (Urk. 39). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben erfolgten nicht.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 309 lit. a ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht bei der zuständigen kantonalen Beschwerdeinstanz (§ 48 GOG) erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 339 Abs. 2 ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 28a), und der vor Vorinstanz unterlegene Gesuchsteller ist ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Insofern sind die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. 2.3) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.2. Der Gesuchsteller beantragt (formell) die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 29 S. 2 Antrag 1). In der Beschwerdebegründung kritisiert er indessen nur die verweigerte Vollstreckung des Mittwochs-Besuchsrechts (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. a Abs. 1 und 2 des Vollstreckungsgesuchs). Zu den Erwägungen, mit denen die Vorinstanz auf seine Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. a Abs. 3 und lit. b–c nicht eintrat (Urk. 30 S. 3 ff. E. 2), verliert er kein Wort. Auch stellt er dazu keine konkreten Abänderungsanträge. Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen. Diesbezüglich hat es mit dem vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid sein Bewenden (vgl. nachstehend, E. 2.3). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet somit ausschliesslich die angebehrte Vollstreckung des Mittwochs-Besuchsrechts (Rechtsbegehren Ziff. 1 lit. a Abs. 1–2 sowie Ziff. 2 des Vollstreckungsgesuchs).

2.3. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung oder Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, in dem die Parteien nochmals (wie vor Erstinstanz) ihren Standpunkt vertreten, Tatsachen behaupten, bestreiten und zum Beweis verstellen können. Es knüpft vielmehr an den Prozessstoff und den Entscheid der Vorinstanz an (vgl. BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179 f.). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO; vgl. zu letzterem auch hinten, E. 2.5). Dabei hat die beschwerdeführende Partei hinreichend zu begründen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass sie die beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen genau bezeichnet, sich inhaltlich gezielt mit diesen auseinandersetzt und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen konkreten Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll. Dieser Anforderung genügt nicht, wer lediglich auf seine vor Vorinstanz vorgetragenen Vorbringen verweist oder frühere Rechtsschriften zum integrierenden Bestandteil der Rechtsmittelschrift erklärt (so aber Urk. 35 S. 2), solche bloss wiederholt, lediglich die eigene Sachdarstellung vorträgt oder den bereits vor Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkt bekräftigt und demjenigen der Vorinstanz gegenüberstellt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert, ohne darauf einzugehen, was von der Vorinstanz erwogen wurde. Die Kritik hat mithin an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz anzusetzen (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2 [je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375]). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, muss sich der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift mit sämtlichen den Entscheid selbstständig tragenden Begründungen auseinandersetzen und alle Begründungen argumentativ entkräften. Dasselbe gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung (BGer 4A_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2 m.w.Hinw.; CR CPC-Jeandin,

Art. 321 N 4 in Verbindung mit Art. 311 N 3d). Diese formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde gelten sinngemäss auch für die Beschwerdeantwort (vgl. BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2 m.w.Hinw. [betr. Berufungsantwort]). Die Beschwerdegründe sind innert der Beschwerde- bzw. Beschwerdeantwortfrist vollständig vorzutragen und nachzuweisen; eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist ist unzulässig (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw. [betr. Berufung]; OGer ZH RT180217 vom 11.12.2020, E. 2.5).

Was in der Beschwerde oder in der Beschwerdeantwort nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 57 N 6; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179 f.). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.).

2.4. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel zum Nachweis der Beschwerdegründe sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 326 N 2 [je m.w.Hinw.]). Das entspricht der Natur der Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel. Sie dient grundsätzlich nur der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen und der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7370 und S. 7379). Entsprechend fällt die Beschwerdeinstanz ihre Entscheidung auf dem Tatsachenfundament der ersten Instanz (Reut, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung,

2017, Rz 366; Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 326 N 3; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, 2. A. 2014, Art. 326 N 1).

Der Novenausschluss gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen (Botschaft ZPO, a.a.O., S. 7379 [zu Art. 324 E-ZPO]). Deshalb sind Noven (entgegen den Ausführungen in BGer 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020, E. 3.3.5) in gleicher Weise sowohl im Herrschaftsbereich der eingeschränkten wie auch der – auf das vorliegende Vollstreckungsverfahren anwendbaren (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO und BGer 5A_167/2017 vom 11. September 2017, E. 7.1) – uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unzulässig. Davon geht auch die nahezu einhellige Lehre aus, die im Kontext von Art. 326 ZPO nicht zwischen den beiden Arten der Untersuchungsmaxime differenziert (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; KUKO ZPO-Brunner/Vischer, Art. 326 N 3; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 326 N 3; Gasser/Rickli, a.a.O., Art. 326 N 2; BK ZPO II-Sterchi, Art. 326 N 4; BK ZPO I-Hurni, Art. 55 N 79; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 326 N 4; BSK ZPO-Spühler, Art. 326 N 2; BSK ZPO-Mazan/Steck, Art. 296 N 42a; Spühler [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2023, Art. 326 N 1; Gehri, OFK-ZPO, ZPO 326 N 1; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. A. 2019, § 26 N 45; Reut, a.a.O., Rz 366 m.w.Hinw. in Anm. 1056 [die Zulassung von Noven auch im Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime ausdrücklich ablehnend]; Steiner, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2019, Rz 541 f.; Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz 909 [und Rz 928]). Die Vorschrift von Art. 296 ZPO fällt somit nicht unter die in Art. 326 Abs. 2 ZPO vorbehaltenen "besonderen Bestimmungen" des Gesetzes (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 5; CR CPC-Jeandin, Art. 326 N 5; Bohnet/Droese, Präjudizienbuch ZPO, 2. A. 2023, Art. 326 N 5; a.M. immerhin PC CPC-Bastons Bulletti, Art. 326 N 12).

Daran wird sich auch nach Inkraftsetzung der revidierten ZPO am 1. Januar 2025 nichts ändern. Gegenteil liefert die ZPO-Revision gerade die Bestätigung, dass der umfassende Novenausschluss im Beschwerdeverfahren (einschliesslich

jener Fälle, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu *erforschen* hat) gewollt ist. So beseitigt der künftige Art. 317 Abs. 1^{bis} ZPO mit Bezug auf das *Berufungsverfahren* endgültig die vormals bestehenden Unsicherheiten, indem er die bundesgerichtliche Praxis, wonach Noven im Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime in Analogie zu Art. 229 Abs. 3 ZPO ungeachtet der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO bis zur Urteilsberatung zulässig sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1 S. 352), ins Gesetz überführt (vgl. Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung] vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2772 f. und S. 2793; Honegger-Müntener/Rufibach/Schumann, Die Revision der ZPO, AJP 10/2023, S. 1206; Staehelin/von Mutzenbecher, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 2023, S. 831; Hurni/Hofmann, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, AnwRev 2023, S. 212). Im Unterschied dazu fehlt in den Bestimmungen der ZPO zur *Beschwerde* eine entsprechende Vorschrift auch nach der Revision, obwohl die Problematik des zweitinstanzlichen Novenrechts bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime Thema und Gegenstand der legislatorischen Anpassung war. Hätte der Gesetzgeber in diesen Fällen die Zulassung von Noven auch im Beschwerdeverfahren gewollt, hätte er nicht nur Art. 317 ZPO, sondern zweifellos auch Art. 326 ZPO geändert und letztgenannte Vorschrift ebenfalls mit einem entsprechenden Zusatz versehen. Das hat er jedoch unterlassen. Daraus muss e contrario auf ein qualifiziertes Schweigen und mithin darauf geschlossen werden, dass im Beschwerdeverfahren Noven auch bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (nach wie vor) unzulässig sind. Damit ist der singular geäußerten gegenteiligen Auffassung des Bundesgerichts (BGer 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020, E. 3.3.5 m.w.Hinw. [die sich indessen allesamt auf das Berufungsverfahren beziehen]) sowie den damit übereinstimmenden vereinzelt Meinungen im Schrifttum (CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 296 N 7 und ZPO 326 N 2; BK ZPO II-Spycher, Art. 296 N 12; PC CPC-Bastons Bulletti, Art. 326 N 12; PC CPC-Dietschy-Martenet, Art. 296 N 10) aber der Boden entzogen und diesen nicht zu folgen. Dies umso mehr, als aufgrund der widersprüchlichen Erwägungen zur Natur des im bundesgerichtlichen Verfahren 5A_290/2020 angefochtenen kantonalen Rechtsmittelent-

scheids (Berufungs- oder Beschwerdeentscheid; vgl. a.a.O., E. B und E. 3.3.5) letztlich unklar bleibt, ob sich die dort höchstrichterlich bejahte Zulässigkeit von Noven bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime tatsächlich auf die Beschwerde und nicht vielmehr auf die Berufung bezieht. Für letzteres spricht auch der Umstand, dass der Entscheid BGer 5A_290/2020 in einem späteren Urteil des Bundesgerichts als Referenz für die Anwendbarkeit von Art. 296 ZPO im *Berufungsverfahren* angeführt wurde (vgl. BGer 5A_895/2022 vom 17. Juli 2023, E. 9.3).

Vom Novenverbot ausgenommen sind (neben dem Vorbehalt besonderer gesetzlicher Bestimmungen; Art. 326 Abs. 2 ZPO) in Analogie zu Art. 99 Abs. 1 BGG lediglich (unechte) Noven, die vorzubringen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gibt (BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGE 145 III 422 E. 5.2 S. 427 f.; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1), was in der Beschwerde darzulegen ist (vgl. statt vieler BGE 133 III 393 E. 3 S. 395; BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 22 f.; BGer 5A_539/2011 vom 19. Dezember 2011, E. 1.2 [je zu Art. 99 Abs. 1 BGG]). Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Beschwerdeverfahren bloss erneuert oder Beilagen abermals eingereicht, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

2.5. Gemäss Art. 320 lit. b ZPO führt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts nur dann zur Gutheissung der Beschwerde, wenn sie *offensichtlich* unrichtig ist. Anders als im Berufungsverfahren (vgl. Art. 310 lit. b ZPO) kann die Beschwerdeinstanz den dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegten Sachverhalt (einschliesslich des Prozesssachverhalts; vgl. dazu BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.) nur mit beschränkter Kognition überprüfen. Sie hat lediglich zu prüfen, ob die Beweismittel und prozessualen Vorbringen von der Erstinstanz offensichtlich unrichtig, also qualifiziert falsch gewürdigt wurden (StaeHELIN/StaeHELIN/Grolimund, a.a.O., § 26 Rz 36; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5; BGE 138 III 232 E. 4.1.2 S. 234); eine "bloss falsche" Würdigung genügt für den Beschwerdegund von Art. 320 lit. b ZPO nicht.

Eine "offensichtlich unrichtige" Sachverhaltsfeststellung liegt vor, wenn die Beweiswürdigung im Ergebnis willkürlich erscheint (vgl. BGE 138 III 232 E. 4.1.2 S. 234; BGer 4D_59/2019 vom 11. November 2019, E. 2.3; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 320 N 14 f.; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 320 N 8 m.w.Hinw.; statt vieler auch BGE 135 III 127 E. 1.5 S. 130 [zu Art. 97 Abs. 1 BGG]). Die gesetzlich garantierte freie Beweiswürdigung der ersten Instanz (Art. 157 ZPO) soll damit nur so weit eingeschränkt werden, dass klare "Betriebsunfälle" korrigiert werden können (BK ZPO II-Hurni, Art. 320 N 5). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt Willkür nicht schon dann vor, wenn sich Zweifel anmelden, eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre. Vielmehr erweist sich die Sachverhaltsfeststellung erst dann als willkürlich, wenn sie "eindeutig und augenfällig unzutreffend" (BGE 132 I 42 E. 3.1 S. 44) resp. offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, auf einem offenkundigen Versehen beruht oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lässt (BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398 m.w.Hinw.; vgl. auch BK ZPO II-Hurni, Art. 320 N 6 f.; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 320 N 8 ff.). Allein der Umstand, dass die vom erstinstanzlichen Gericht gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266). Entsprechend ist zur rechtsgenügenden Begründung des Beschwerdegrunds von Art. 320 lit. b ZPO darzulegen, weshalb die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung nicht nur unrichtig, sondern offensichtlich unrichtig, d.h. geradezu unhaltbar sein soll (vgl. vorne, E. 2.3; ferner auch BGer 5A_746/2012 vom 15. Oktober 2012, E. 2.1; BGer 4D_59/2019 vom 11. November 2019, E. 2.2 [zu Art. 97 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 2 BGG]). Die blosse Behauptung, eine Annahme sei offensichtlich unrichtig oder willkürlich, genügt hierfür nicht.

Jedenfalls erforderlich ist sodann, dass die betreffende Tatsache auch entscheidenderheblich ist (Stahelin/Stahelin/Grolimund, a.a.O., § 26 Rz 35). Hatte sie keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang, kann selbst eine klar unrichtige Sachverhaltsfeststellung ohne Folgen bleiben (BK ZPO II-Sterchi, Art. 320 N 9; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5).

2.6. Vor diesem prozessualen Hintergrund sind neben der (ohnehin zu pauschal gehaltenen) allgemeinen Beweisofferte (Urk. 35 S. 2) insbesondere auch die "[z]um besseren Verständnis der vorliegenden Auseinandersetzung" vorgetragene ergänzenden Ausführungen der Gesuchsgegnerin zum Sachverhalt (Urk. 35 S. 3 ff.) sowie die neu eingereichten Beilagen (Urk. 37/1–12) und Beweisofferten (z.B. Urk. 35 S. 4 und S. 5) von vornherein unbeachtlich. Dasselbe gilt für die appellatorischen Einwände des Gesuchstellers, wonach die vorinstanzliche Entscheidungsbegründung "in einem Widerspruch zu unserem reformierten Familienrecht" stehe und "die Leitlinien des Bundesgerichts" sowie der internationalen Konferenz für Eltern-Kindentfremdung missachte (Urk. 29 Rz 27 ff.). Ebenso für die ohne näheren Bezug zu konkret bezeichneten Erwägungen der Vorinstanz gemachten Ausführungen zu den Betreuungsverhältnissen bis zum 6. Lebensjahr des Sohnes, zur behaupteten Sabotierung des Besuchsrechts durch die Gesuchsgegnerin, zur aktuellen Wohnsituation des Kindes, zu den Hintergründen der Etablierung der Mittwochs-Betreuung und zur permanenten Präsenz der Gesuchsgegnerin ("Helikopter-Mutter") sowie die hierfür anbotenen Beweise (Urk. 29 Rz 29 ff. und Urk. 32/2-3). Und schliesslich auch für die erst nach Ablauf der Beschwerdefrist vorgetragene, mit neuen Belegen untermauerte Behauptungen und Bestreitungen in der Replikeingabe vom 28. September 2023 (Urk. 39 und Urk. 41/1–4). Nachdem der Gesuchsteller nicht darlegt, dass und wo (Aktenstelle) er diese bereits vor Vorinstanz eingebracht hat, sind sie als unzulässige Noven zu betrachten.

Ganz generell wird im Folgenden auf Ausführungen, die den formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde oder Beschwerdeantwort (insbesondere mangels hinreichender Bezugnahme auf konkret bezeichnete Aktenstellen) nicht genügen, nicht weiter eingegangen.

3. Materielle Beurteilung

3.1. Die Vorinstanz führte im vorliegend relevanten Kontext im Wesentlichen aus, dass die zwischen den Parteien vereinbarte und vom Scheidungsgericht genehmigte Mittwochs-Betreuung bis im Februar 2023 stattgefunden habe. Der Gesuchsteller habe den Sohn entweder nach Schulschluss um 11.50 Uhr im

Schulhaus G._____ oder nach der Gitarrenstunde um 12.50 Uhr abgeholt, sich mit ihm nach Zürich begeben und dort mit ihm übernachtet. Am 15. Februar 2023 habe der Sohn an einer Geburtstagseinladung bei einem Schulkollegen zu Hause teilnehmen wollen. Entsprechend habe er den Gesuchsteller mittels einer Sprachnachricht gebeten, nicht nach D._____ zu kommen. Dieser sei dennoch erschienen, um das Besuchsrecht auszuüben. Die Gesuchsgegnerin sei mit dem Sohn weggerannt. Seither habe eine Mittwochs-Betreuung nicht mehr stattgefunden. Die Gesuchsgegnerin sei nach der Gitarrenstunde jeweils erschienen und habe den Sohn mitgenommen, meistens bevor der Gesuchsteller dorthin gekommen sei (Urk. 30 S. 5 f. E. 3.1).

Nach der Wiedergabe der Parteistandpunkte (Urk. 30 S. 6 ff. E. 3.2) erörterte die Vorinstanz die rechtlichen Grundlagen der Vollstreckung, insbesondere von Besuchsrechten (Urk. 30 S. 9 ff. E. 3.3). Sie erwog, dass bei der Durchsetzung von Besuchsrechten dem Vollstreckungsgericht ein erhebliches Ermessen zukomme. Dieses könne nach Massgabe der Kriterien gemäss Art. 274 Abs. 2 ZGB mit Rücksicht auf das Kindeswohl so weit gehen, dass ein gerichtlich festgesetztes Besuchsrecht an die besonderen Umstände der Situation im Zeitpunkt der Vollstreckung angepasst und so von der Sache her materiell in die Rechtslage eingegriffen werde oder dass die Vollstreckung der Besuchsrechtsordnung vorübergehend (ganz oder teilweise) verweigert werde, weil eine ernstliche Gefährdung des Kindeswohls zu befürchten sei. Die Ermessensausübung dürfe aber nicht dazu führen, dass ein rechtskräftiger Entscheid im Vollstreckungsverfahren inhaltlich abgeändert werde. Wolle die unterlegene Partei geltend machen, der zu vollstreckende Entscheid müsse aufgrund veränderter Umstände geändert werden, so habe sie bei der hierfür zuständigen Behörde die Abänderung der Obhutsregelung zu erwirken (Urk. 30 S. 9 f. E. 3.3.2).

Bei der Regelung des persönlichen Verkehrs – so die Vorinstanz weiter – komme dem Alter des betroffenen Kindes eine besondere Bedeutung zu. Es werde davon ausgegangen, dass Kinder ab dem Jugendalter in der Lage seien, sich hinsichtlich des persönlichen Verkehrs zu ihren Eltern eine eigene Meinung zu bilden, welche grundsätzlich zu respektieren sei. Lehne ein urteilsfähiges Kind

den Umgang zu einem Elternteil kategorisch ab, so sei auf die Festlegung eines Besuchsrechts zu verzichten. Gleiches gelte für das Vollstreckungsverfahren. Auf eine direkte Realvollstreckung des Besuchsrechts werde bei urteilsfähigen Kindern nach heutiger Auffassung verzichtet, da ein solches Vorgehen weder mit dem Zweck des persönlichen Verkehrs noch mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes vereinbar sei. Eine indirekte Zwangsvollstreckung, insbesondere durch Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB, komme bei der Vollstreckung von Besuchsrechten dann in Frage, wenn der betreuende Elternteil sich der Ausübung des Besuchsrechts in grundsätzlicher Weise widersetze. Nicht angebracht sei die indirekte Zwangsvollstreckung gegen den betreuenden Elternteil hingegen, wenn nicht dieser, sondern das urteilsfähige Kind selbst den Kontakt zum nicht betreuenden Elternteil konsequent ablehne. Dadurch würde der betreuende Elternteil stark unter Druck gesetzt, obwohl die Einhaltung des Besuchsrechts mehrheitlich von der Einstellung des urteilsfähigen Kindes abhinge. Die Vollstreckung des Besuchsrechts gegen den ausdrücklichen Willen des urteilsfähigen Kindes sei deshalb auch in diesem Fall ausgeschlossen, unabhängig davon, ob die Ursache für die ablehnende Haltung des Kindes in einer früheren Einflussnahme durch die Mutter begründet sei (Urk. 30 S. 10 f. E. 3.3.3).

In Beurteilung des Vollstreckungsgesuchs hielt die Vorinstanz alsdann fest, dass der Gesuchsteller nicht in Abrede gestellt habe, dass der Sohn bereits im Rahmen des Scheidungsverfahrens gegenüber dem Scheidungsgericht mitgeteilt habe, er möchte am Mittwochnachmittag nicht zum Vater gehen, der Donnerstag jeder zweiten Woche wäre ihm lieber. Vor diesem Hintergrund erstaune es nicht, dass die Parteien für die Mittwochs-Betreuung keine bedingungslose Regelung getroffen, sondern mit Rücksicht auf die Wünsche des Sohnes einen Vorbehalt angebracht hätten. Da der Gesuchsteller als Sozialhilfeempfänger wohl keinen Wohnortswechsel habe vornehmen können, sei entgegen den Vorbringen der Gesuchsgegnerin wohl schon damals davon ausgegangen worden, die Übernachtung in Zürich sei noch in der Umgebung von D. _____. Ausdrücklich habe er jedoch zugestimmt, die gewünschte Freizeitgestaltung des Sohnes zu respektieren. Was damit genau gemeint sei, lasse sich nicht klären. Namentlich könne die Vereinbarung nicht so ausgelegt werden, wie es der Gesuchsteller tue, wenn er aus-

führe, er müsse mit dem Sohn selber abmachen, wie er dessen gewünschte Freizeitaktivität respektiere. Solches ergebe sich aus dem Text eben gerade nicht. Vielmehr scheine nicht der Wille des Gesuchstellers, sondern jener von C. _____ im Vordergrund zu stehen. Dies mit der Folge, dass eine Betreuung sich nach dessen Wunsch zu richten habe. Angesichts der Formulierung des Textes stehe jedenfalls fest, dass das Besuchsrecht nicht bedingungslos vereinbart sei. Im Ergebnis sei es nicht vollstreckbar (Urk. 30 S. 11 f. E. 3.4.2).

Im Sinne einer selbstständigen Alternativbegründung wies die Vorinstanz darauf hin, dass auf die Vollstreckung auch zu verzichten sei, weil der urteilsfähige Sohn die Durchführung der Mittwochs-Betreuung seit Februar 2023 kategorisch ablehne. Dass die Ablehnung sich nicht auf jegliches Besuchsrecht beziehe, zeige auf, dass C. _____ über eine differenzierte und reife Willensbildung verfüge. Die Parteien stimmten überein, dass er von sich aus den Wunsch habe, den übrigen regelmässigen Kontakt mit dem Vater an den Besuchswochenenden wahrzunehmen. Wie er bereits gegenüber dem Scheidungsgericht geäussert habe, wolle er auch die Ferien mit dem Vater verbringen. Dasselbe gelte für die Feiertage. Es könne daher dem Gesuchsteller nicht beigespflichtet werden, wenn dieser mit einer ungehinderten Entfremdung argumentiere. Angesichts des regelmässigen guten Kontakts – der Gesuchsteller habe nichts Gegenteiliges vorgebracht – sei von einer intakten Vater-Sohn-Beziehung auszugehen. Seitens des Gesuchstellers sei nicht bestritten worden, dass der Sohn sich gegenüber der Beiständin und mittels direkt an ihn gerichteten Sprachnachrichten dahingehend geäussert habe, dass er die Mittwochs-Betreuung ablehne. Sei dies nun wegen Geburtstagsfeiern, Freizeit mit Kollegen oder aus schulischen Gründen: Der Wille von C. _____ sei zu respektieren und der noch ausgedehntere Kontakt zum Gesuchsteller könne ihm nicht aufgezwungen werden. Es erscheine denn auch durchaus einer normalen Entwicklung zu entsprechen, wenn die Freizeitaktivitäten mit Kollegen für C. _____ mit zunehmendem Alter einen grösseren Stellenwert hätten als eine zusätzliche Mittwochs-Betreuung mit Übernachtung beim Vater. In diesem Zusammenhang vermöge es nicht zu überzeugen, wenn der Gesuchsteller erkläre, er hätte dem Sohn die Teilnahme an jener Geburtstagsfeier ermöglicht. Er habe die Schilderung der Gesuchsgegnerin nicht bestritten, wonach er schon vor Beginn des Gi-

tarrenunterrichts dagestanden sei und dem Sohn erklärt habe, er müsse nach Zürich kommen. Hätte er auf den ihm mittels Sprachnachricht zur Kenntnis gebrachten Wunsch des Sohnes Rücksicht genommen, wäre es naheliegend gewesen, diesen erst nach der Feier in D._____ für die Übernachtung abzuholen. Ein Grund für ein Erscheinen bei der Gitarrenstunde habe nicht bestanden. Dies umso weniger, als angesichts des Alters des Sohnes eine Begleitung zur Geburtstagsparty nicht erforderlich gewesen sei (Urk. 30 S. 12 f. E. 3.4.3). Aus diesen Gründen sei das Gesuch um Vollstreckung des Mittwochs-Besuchsrechts abzuweisen. Dies führe auch zur Abweisung einer Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB (Urk. 30 S. 13 E. 3.4.4).

3.2. Der Gesuchsteller erhebt hiergegen verschiedene Sachverhaltsrügen im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO (Urk. 29 Rz 5 ff.).

3.2.1. Zunächst macht er geltend, die vorinstanzliche Feststellung, er habe nicht bestritten, dass der Sohn bereits im Scheidungsverfahren mitgeteilt habe, am Mittwochnachmittag nicht zum Vater gehen zu wollen, sei offensichtlich unrichtig. Er (der Gesuchsteller) habe "dazu" in der Replik (Urk. 14 Rz 9) ausgeführt, dass C._____ mehrfach den Wunsch geäussert habe, von beiden Eltern gleich viel betreut zu werden. Damit habe er die Behauptung der Gesuchsgegnerin bestritten (Urk. 29 Rz 5).

Das trifft nicht zu. Eine Bestreitung hat substantiiert zu erfolgen, d.h. es ist detailliert geltend zu machen, was bestritten ist (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 222 N 20 m.w.Hinw.). Die Behauptung, C._____ habe mehrfach den Wunsch geäussert, von beiden Eltern gleich viel betreut zu werden, nimmt inhaltlich nicht konkret Bezug auf diejenige der Gesuchsgegnerin (Urk. 7 S. 1 m.Hinw. auf Urk. 8/1) und betrifft auch nicht denselben Sachverhalt. Sie stellt deshalb keine prozesskonforme Bestreitung der Behauptung dar, dass der Sohn bereits im Scheidungsverfahren mitgeteilt habe, am Mittwochnachmittag nicht zum Vater gehen zu wollen. Die beiden Vorbringen beschlagen vielmehr zwei verschiedene Tatsachen. Mit seinem Vorbringen betreffend den Wunsch des Sohnes nach je hälftiger Betreuung bestritt der Gesuchsteller somit nicht "im Einzelnen" (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO) die Sachdarstellung der Gesuchsgegnerin (betreffend die Äusserung

C._____s im Scheidungsverfahren), sondern stellte eine eigenständige Behauptung auf. Damit vermag er keine unrichtige und erst recht keine *offensichtlich* unrichtige Feststellung des Prozesssachverhalts durch die Vorinstanz darzutun. Die Rüge ist unbegründet.

3.2.2. Als offensichtlich unrichtig beanstandet der Gesuchsteller sodann die vorinstanzliche Feststellung, dass der Sohn die Mittwochs-Betreuung kategorisch ablehne. In den eingereichten Sprachnachrichten sage C._____ lediglich, er wolle an den bestimmten Nachmittagen nicht kommen. Er sage aber nirgends, dass er überhaupt nicht mehr kommen wolle. Die Vorinstanz gebe den Sprachnachrichten eine Bedeutung, die nicht "aus dem Text" hervorgehe. Die vorinstanzliche Feststellung sei deshalb offensichtlich unrichtig, weil sie einen Sinn in die Sprachnachrichten hineininterpretiere, der nicht aus dem Wortlaut hervorgehe und der mangels Kontextes auch nicht daraus erschlossen werden könne. Es handle sich allein um die Vorstellung der Vorinstanz. Von einem gefestigten, auf differenzierter und reifer Willensbildung beruhenden Willen und einer definitiven und dauerhaften Ablehnung seitens des Sohnes könne nicht ausgegangen werden, zumal die Gesuchsgegnerin dem Sohn gar nicht die notwendigen Informationen gebe, um einen solchen Entscheid fällen zu können (Urk. 29 Rz 6–8).

Abgesehen davon, dass der Gesuchsteller (auch) in diesem Zusammenhang kaum konkrete Aktenstellen bezeichnet, auf die er seine Rüge gründet, scheint er zu übersehen, dass die Vorinstanz die beanstandete Feststellung nicht allein auf die eingereichten Sprachnachrichten (gemeint wohl: Urk. 8/3), sondern auch auf die beiden Schreiben C._____s an das Scheidungsgericht (Urk. 8/1) und an die Beiständin (Urk. 8/2) stützte (vgl. Urk. 30 S. 11 f. E. 3.4.2–3). Aus diesen Schreiben, insbesondere aus dem zweitgenannten vom 14. März 2023, in welchem C._____ auch die Gründe für seine Ablehnung angab, geht jedoch klar hervor, dass der Sohn *generell* am Mittwoch nicht mehr zu seinem Vater gehen möchte. Das zwischen den Parteien vereinbarte und gerichtlich genehmigte Mittwochs-Besuchsrecht hatte er im Übrigen schon anlässlich der Kinderanhörung im Scheidungsverfahren kritisiert (vgl. Urk. 10 S. 2 Ziff. 2.2). Es gibt (entgegen Urk. 29 Rz 8 a.E.) demnach nicht "nichts [...], was dafür spricht", und nur Indizien,

die dagegen sprechen. Unter Mitberücksichtigung dieser Schreiben erscheint die beanstandete vorinstanzliche Feststellung zumindest nicht offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Gesuchsgegnerin nach eigenen Angaben den Sohn zwar nie gehindert hat, zum Vater zu gehen, ihn aber auch nicht motiviert oder gar zwingt, wenn er nicht hingehen will (vgl. Urk. 7 S. 3 und S. 5). Die Rüge ist somit nicht stichhaltig.

Dass die Vorinstanz den Sohn zu dessen Weigerung hätte anhören müssen (vgl. ZK ZPO-Staehelin, Art. 343 N 31; Huber, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, 2016, Rz 116), macht der Gesuchsteller nicht geltend. Er zeigt auch nicht auf, dass und wo er vor Vorinstanz einen entsprechenden Beweisantrag gestellt hat (vgl. BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 3).

3.2.3. Nach Ansicht des Gesuchstellers ist auch die vorinstanzliche Feststellung offensichtlich falsch, wonach er die Schilderung der Gesuchsgegnerin nicht bestritten habe, dass er schon zu Beginn der Gitarrenstunde dagestanden sei und dem Sohn erklärt habe, er müsse nach Zürich kommen. Diese Behauptung stamme aus einer Beilage zum Vollstreckungsgesuch (Urk. 3/5) und nicht aus einer Rechtsschrift der Gesuchsgegnerin, weshalb sie unbeachtlich sei. In der Gesuchsantwort habe die Gesuchsgegnerin zu diesem Sachverhalt ausgeführt, der Gesuchsteller sei in die Schule gekommen und habe sie und den Sohn drangsaliert. Diese Behauptung habe er in der Replik aber bestritten. Gegen die Darstellung der Gesuchsgegnerin sprächen zudem auch weitere Umstände (Urk. 29 Rz 9–13).

Zwar war der Gesuchsteller nicht gehalten, eine bestimmte, in einer Gesuchsbeilage enthaltene Sachverhaltsschilderung der Gesuchsgegnerin explizit zu bestreiten. Dennoch ist diese Schilderung nicht einfach unbeachtlich. Vielmehr durfte sie im Rahmen der vorliegend geltenden uneingeschränkten Untersuchungsmaxime durchaus berücksichtigt werden. Zu Recht macht der Gesuchsteller aber geltend, die prozesskonform vorgetragene Behauptung der Gesuchsgegnerin, wonach er zur Schule gekommen sei und C._____ und seine Mutter drangsaliert habe, in seiner Replik ausdrücklich bestritten zu haben (Urk. 14 Rz 4). In

seiner Gesuchsbegründung hatte er allerdings ausgeführt, es sei vorgesehen, dass er das Kind nach der Gitarrenstunde abhole (Urk. 1 Rz 11), und es habe keinen Grund gegeben, dass er es an diesem Nachmittag nicht hätte betreuen sollen (Urk. 1 Rz 19). Das kann nur so verstanden werden, dass er auch am Nachmittag der Geburtstagsparty nach dem Gitarrenunterricht von C._____ zur Schule kam. Angesichts seiner insoweit widersprüchlichen Vorbringen erscheint es nicht unhaltbar, wenn die Vorinstanz im Ergebnis annahm, er sei trotz des ihm mittels Sprachnachricht zur Kenntnis gebrachten Wunsches von C._____, an jenem Nachmittag nicht mit dem Sohn nach Zürich zu gehen, *nach* der Gitarrenstunde bei der Schule erschienen. Ob oder wie stark er die Gesuchsgegnerin und C._____ dabei drangsaliert habe, ist letztlich nicht massgebend. Entscheidend ist vielmehr, dass er damit den Wunsch des Sohnes, nicht zu kommen, missachtete.

Überdies zeigt der Gesuchsteller nicht rechtsgenügend auf, inwiefern die als falsch gerügte Tatsache nicht nur im Verbund mit den anderen, nach dem Gesagten nicht zu beanstandenden Tatsachen (vgl. Urk. 29 Rz 14), sondern auch für sich allein entscheidenderheblich war, d.h. einen Einfluss auf den Verfahrensausgang hatte (vgl. vorne, E. 2.5). Zentral für den Entscheid der Vorinstanz war deren Auffassung, dass mit Bezug auf das Mittwochs-Besuchsrecht der Wille von C._____ zu respektieren sei und diesem der noch ausgedehntere Kontakt zum Gesuchsteller nicht aufgezwungen werden könne (Urk. 30 S. 12 E. 3.4.3). Das ergebe sich schon aus der Formulierung im Scheidungsurteil, die nicht so ausgelegt werden könne, dass *er* (der Gesuchsteller) mit dem Sohn abmachen müsse, wie *er* dessen gewünschte Freizeitaktivitäten respektiere, sondern dass sich die Mittwochs-Betreuung nach den Wünschen C._____s zu richten habe (Urk. 30 S. 11 f. E. 3.4.2; vgl. dazu auch hinten, E. 3.3.3). Dass C._____ mittels Sprachnachricht gegenüber dem Gesuchsteller den Wunsch geäussert hatte, an jenem Mittwochnachmittag nicht nach Zürich zu kommen, blieb (soweit ersichtlich) aber unbestritten. Dass und inwiefern unter diesen Umständen die gerügte Annahme, der Gesuchsteller sei an besagtem Nachmittag trotz dieses Wunsches bei der Schule erschienen und habe dem Sohn erklärt, er müsse nach Zürich kommen, den vorinstanzlichen Entscheid in erheblicher Weise beeinflusste, ist weder ersichtlich noch dargetan. Auch diesbezüglich dringt die Beschwerde nicht durch.

3.3. Weiter wirft der Gesuchsteller der Vorinstanz vor, das Recht unrichtig angewandt zu haben (Art. 320 lit. a ZPO; Urk. 29 Rz 15 ff.).

3.3.1. Konkret wendet er sich gegen die vorinstanzliche Argumentation, wonach die "Anmerkung", dass er die gewünschte Freizeitgestaltung des Sohnes respektieren müsse, eine Bedingung und das (Mittwochs-)Besuchsrecht, weil bedingt, nicht vollstreckbar sei. Es sei falsch, diese "Bemerkung" als Bedingung zu qualifizieren. Die Klausel (gemeint: die Formulierung "unter Respektierung [...] dessen gewünschter Freizeitgestaltung" in Disp.-Ziff. 4/2.3 des Scheidungsurteils [Urk. 3/2]) sei lediglich eine Frage der Gestaltung der Betreuung. Damit sei sie nicht geeignet, als Grundlage für die Verweigerung der Vollstreckung zu dienen (Urk. 29 Rz 15–17).

Die Vorinstanz stellte fest, dass die Parteien für die Mittwochs-Betreuung "keine bedingungslose Regelung getroffen", sondern mit Rücksicht auf die bereits im Rahmen des Scheidungsverfahrens geäußerten Bedenken und Wünsche C.____s "einen Vorbehalt angebracht" hätten (Urk. 30 S. 11 f. E. 3.4.2). Mit dem Wort "Vorbehalt" brachte sie zum Ausdruck, dass die Ausübung des Mittwochs-Besuchsrechts mit bestimmten Einschränkungen verbunden ist, namentlich mit der Respektierung der von C.____ geäußerten Wünsche bezüglich dessen Freizeitgestaltung. Eine eigentliche Bedingung im Rechtssinne (Art. 151 ff. OR) meinte sie damit aber nicht. Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers qualifizierte sie die fragliche Klausel mithin nicht als bedingtes, sondern als der jeweils spontanen Anpassung unterworfenen Besuchsrecht. Daran ändert auch die Wendung "nicht bedingungslos" (Urk. 30 S. 12 E. 3.4.2 a.E.) nichts, welche nicht im Sinne von "frei von jeder Bedingung im Rechtssinne", sondern umgangssprachlich, etwa im Sinne von "nicht starr" oder "nicht absolut" zu verstehen ist. Insoweit zielen die Ausführungen des Gesuchstellers an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. So oder anders – und das ist entscheidend – vermag der Gesuchsteller mit seinen Vorbringen zur Qualifikation der Klausel als Bedingung das (im Übrigen zutreffende) *entscheidrelevante* Argument der Vorinstanz nicht zu entkräften, dass letztlich *unklar bleibe*, was mit der Formulierung "unter Respektierung [...] dessen gewünschter Freizeitgestaltung" *genau gemeint* sei, weshalb das Mitt-

wochs-Besuchsrecht im Ergebnis nicht vollstreckbar sei. Damit hat die vorinstanzliche Hauptbegründung und mit ihr auch der Entscheid, die Vollstreckung des Mittwochs-Besuchsrechts zu verweigern, aber Bestand (vgl. vorne, E. 2.3).

3.3.2. Bei dieser Würdigung zielen auch die Einwände, die der Gesuchsteller für den Eventualfall der Bejahung einer Bedingung (im Rechtssinn) vorträgt (Urk. 29 Rz 18 f.), ins Leere. Liegt keine Bedingung vor und erkannte die Vorinstanz auch nicht auf eine solche, sondern begründete sie die mangelnde Vollstreckbarkeit mit der ihrem Sinn nach unklaren Formulierung des Vorbehalts, erübrigt sich die damit zur Prüfung gestellte Frage, ob der Gesuchsteller die Bedingung erfüllt habe oder nicht. Darauf braucht nicht weiter eingegangen zu werden.

3.3.3. Weiter beanstandet der Gesuchsteller die vorinstanzliche Alternativbegründung, wonach gemäss der gerichtlich genehmigten Scheidungsvereinbarung der Wille des Kindes im Vordergrund stehe und das Kind das Mittwochs-Besuchsrecht nach differenzierter und reifer Willenbildung ablehne, was zu respektieren sei (Urk. 29 Rz 20 ff.). Dabei wiederholt er im Wesentlichen seinen – vorstehend (E. 3.2.2) bereits verworfenen – Einwand, dass es sich nicht um einen "reifen Kindeswillen", sondern um eine Äusserung infolge ungenügender Information durch die Gesuchsgegnerin handle und die vorinstanzliche Erwägung 3.4.3 (Urk. 30 S. 12 f.) "[g]enerell [...] auf einem offensichtlich falschen Sachverhalt" basiere (Urk. 29 Rz 24). Es bleibe dabei, dass der Unwille der Gesuchsgegnerin der Grund sei, weshalb die Mittwochs-Betreuung nicht stattfinde. Auch habe das Kind nirgends gesagt, es wolle eine Freizeitaktivität durchführen, welche er nicht unterstütze, oder er halte die Umschreibung der Mittwochs-Betreuung nicht ein.

Letzteres hielt die Vorinstanz dem Gesuchsteller auch nicht vor. Vielmehr erörterte sie, dass und weshalb sich die Ausübung des Mittwochs-Besuchsrechts nicht nach *seinem*, sondern nach dem Willen des urteilsfähigen Sohnes zu richten habe und davon auszugehen sei, dass der Sohn dasselbe nach reifer Willensbildung ablehne, weshalb es ihm nicht aufgezwungen werden könne (Urk. 30 S. 11 f. E. 3.4.2-3). Mit dieser Begründung und den hierfür angeführten Argumenten setzt sich der Gesuchsteller in der Beschwerde nicht hinreichend konkret auseinander. Stattdessen legt er ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit der vorin-

stanzlichen Begründung und ohne rechtsgenügende Bezeichnung von konkreten Stellen im angefochtenen Entscheid oder anderer Aktenstellen bloss seine eigene Ansicht dar, warum der Wille von C._____ für die Ausübung des Mittwochs-Besuchsrechts unbeachtlich sei. Damit übt er bloss appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, auf welche nicht näher einzugehen ist (vgl. vorne, E. 2.3).

Im Übrigen geht die (Rechts-)Auffassung, das Kind könne die Betreuung durch den Gesuchsteller nicht ablehnen (Urk. 29 Rz 21), fehl. So entschied das Bundesgericht, dass urteilsfähigen Kindern im Alter von 12 bis 18 Jahren, die aufgrund ihrer Erfahrungen den persönlichen Verkehr mit ihrem Vater ablehnen, gegen ihren Willen kein Besuchsrecht aufgezwungen werden kann (BGE 126 III 219 E. 2.b S. 221 f.; vgl. auch BGer 5A_926/2014 vom 28. August 2015, E. 4). Diese Ansicht wird auch in der Lehre geteilt (vgl. z.B. KUKO ZPO-Kofmel Ehrenzeller, Art. 343/Art. 343 E N 5a m.w.Hinw.). Das muss erst recht gelten, wenn das Kind (wie hier) nicht das Besuchsrecht als solches, sondern nur einen als Belastung empfundenen Teil der Besuchszeit ablehnt, die Besuche im übrigen Umfang (Wochenend-, Feiertags- und Ferienbesuchsrecht) aber gerne wahrnimmt. Zwar bestreitet der Gesuchsteller, dass der im Zeitpunkt der Fällung des vorinstanzlichen Entscheids 12 1/2-jährige C._____ bezüglich des Mittwochs-Besuchsrechts urteilsfähig sei. Das zur Begründung angeführte Argument, der Sohn sei seit längerem mit einer massiven Eltern-Kind-Entfremdung konfrontiert, ist allerdings unbehelflich (vgl. sogleich, E. 3.3.4). Damit bleibt es bei der vorinstanzlichen Ansicht, C._____ habe die nötige Reife, um hinsichtlich dieses Besuchsrechts selber einen vernünftigen Entscheid fällen zu können.

3.3.4. Soweit der Gesuchsteller schliesslich wiederholt, dass und inwiefern die Gesuchsgegnerin mit ihrer Weigerung bezüglich des Mittwochs-Besuchsrechts den Entfremdungsprozess des Sohnes fortzusetzen versuche (Urk. 29 Rz 25 ff. [sowie Rz 32 und Rz 34]), setzt er sich nicht mit den Erwägungen auseinander, mit denen die Vorinstanz den Vorwurf der Entfremdung unter Hinweis auf die intakte Vater-Sohn-Beziehung entkräftete (Urk. 30 S. 12 E. 3.4.3). Und das Argument, dass niemandem in den Sinn käme, aufgrund der Wünsche C._____s die Betreuung durch die Gesuchsgegnerin einzuschränken (vgl. Urk. 29

Rz 17 und Rz 26), verfängt schon deshalb nicht, weil der Gesuchsgegnerin im Scheidungsurteil die alleinige Obhut über das Kind zugeteilt wurde (Urk. 3/2 Disp.-Ziff. 3). Im Unterschied zum genehmigten Mittwochs-Besuchsrecht des Gesuchstellers besteht für die Ausübung der Obhut aber kein Vorbehalt bezüglich der Wünsche C.____s. Die Modalitäten der Obhutsausübung bilden auch nicht Gegenstand des vorliegenden Vollstreckungsverfahrens.

3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller mit seinen (teilweise appellatorischen und mitunter unzulässigen neuen) Vorbringen weder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts noch eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz nachweist. Damit bleibt es mit Bezug auf die Vollstreckung des Mittwochs-Besuchsrechts beim vorinstanzlichen Entscheid. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

4. Unentgeltliche Rechtspflege

4.1. Der Gesuchsteller beantragt auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Urk. 29 S. 2 Antrag 3).

4.1.1. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt unter anderem Mittellosigkeit bzw. prozessuale Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei voraus (Art. 117 lit. a ZPO, Art. 29 Abs. 3 BV) . Gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO hat diese ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen. Sie hat vollständig und schlüssig Auskunft über ihre gesamte finanzielle Situation, d.h. über ihr Einkommen und Vermögen sowie sämtliche finanziellen Verpflichtungen zu geben. Ihre Angaben müssen dem Gericht die Beurteilung ermöglichen, ob ihr die erforderlichen Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Verfahrenskosten aufzubringen (Art. 117 lit. a ZPO; vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 f.; BGer 5A_1045/2021 vom 18. August 2022, E. 3.1). Verletzt die gesuchstellende Partei diese umfassende Mitwirkungsobliegenheit, kann das Gesuch – bei anwaltlicher Vertretung ohne Nachfristansetzung – mangels hinreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden

(statt vieler BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.2; BGer 5A_1045/2021 vom 18. August 2022, E. 3.1; BGer 5A_287/2023 vom 5. Juli 2023, E. 3.2).

4.1.2. Der anwaltlich vertretene Gesuchsteller bringt zur Begründung seiner Mittellosigkeit lediglich vor, seit dem 1. Januar 2018 von der Sozialhilfe unterstützt zu werden. Daran habe sich seit dem 19. April 2023 nichts geändert. Seine Bedürftigkeit sei somit offensichtlich. Als Beleg für seine finanzielle Situation verweist er (einzig) auf die bereits vor Vorinstanz eingereichte Unterstützungsbestätigung der Stadt Zürich vom 19. April 2023 (Urk. 29 Rz 4 m.Hinw. auf Urk. 3/3). Nähere Angaben zu seinem Einkommen, allfälligem Vermögen und seinen Verpflichtungen macht er nicht.

4.1.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eine Bestätigung über den Bezug von Sozialhilfe für sich allein nicht ohne Weiteres als genügender Nachweis der prozessualen Bedürftigkeit. Ob eine solche den Anforderungen an diesen Nachweis im Einzelfall genügt, hängt vielmehr von einer Prüfung der konkreten Umstände und der eingereichten Unterlagen ab (BGE 149 III 67 E. 11.4.1 S. 68 f. m.w.Hinw.; BGer 4A_461/2022 vom 15. Dezember 2022, E. 4.4; BGer 5A_287/2023 vom 5. Juli 2023, E. 6). Weitere Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen unterliess der Gesuchsteller indessen, und er reichte auch keine zusätzlichen Unterlagen ein. Aus dem der Unterstützungsbestätigung beiliegenden "Budget Februar 2023" geht sodann nur hervor, dass ihm (sozialhilferechtlich) für den Lebensunterhalt Fr. 1'006.–, für die Miete inkl. Nebenkosten Fr. 1'600.– und für die "Mehrkosten Aufenthalt Sohn 2" Fr. 80.– angerechnet wurden. Diese zu rudimentären Angaben vermögen kein verlässliches Bild über die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers zu vermitteln. Nähere Ausführungen hätten sich für diesen umso mehr aufgedrängt, nachdem die Gesuchsgegnerin in der Beschwerdeantwort die Vermutung geäussert und konkret begründet hatte, dass und weshalb davon auszugehen sei, er verfüge über zusätzliche Einkünfte (Urk. 35 S. 16 f.). Dazu verlor er in seiner spontanen Replik vom 28. September 2023 (Urk. 39) aber kein Wort. Unter diesen Umständen ist sein Gesuch mangels Nachweises der prozessualen Bedürftigkeit abzuweisen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sowohl das Scheidungsgericht als auch die Vorinstanz dem Gesuchsteller Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV attestiert und die unentgeltliche Rechtspflege (zumindest teilweise) bewilligt haben (vgl. Urk. 3/2 S. 16 f. Disp.-Ziff. 9 und 11; Urk. 30 S. 13 f. E. 4.3 und S. 14 Disp.-Ziff. 1). Diese Entscheide sind für die Beschwerdeinstanz schon deshalb nicht präjudizierend, weil die unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen ist (Art. 119 Abs. 5 ZPO; vgl. BGE 149 III 67 E. 11.4.2 S. 69; BGer 5A_287/2023 vom 5. Juli 2023, E. 6 m.w.Hinw.). Dazu gehört auch, die prozessuale Bedürftigkeit (erneut) schlüssig darzutun und glaubhaft zu machen, soweit sich diese nicht ohnehin schon aus den bisherigen Akten ergibt, was vorliegend – wie dargelegt – gerade nicht zutrifft.

Fehlt es demnach bereits am Nachweis der Mittellosigkeit, erübrigt es sich, die Erfolgsaussichten der Beschwerde (Art. 117 lit. b ZPO) näher zu prüfen.

4.2. Auch die Gesuchsgegnerin stellt den Antrag, ihr die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu bewilligen (Urk. 35 S. 2 Antrag 3). Da ihr im Beschwerdeverfahren keine Kosten auferlegt werden (vgl. nachstehend, E. 5.1) und sie sich nicht anwaltlich vertreten liess, erweist sich das Gesuch als gegenstandslos und ist abzuschreiben (vgl. Art. 242 ZPO).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und gemäss dem allgemeinen Grundsatz dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für eine abweichende Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 (insbes. lit. c oder f) ZPO sind keine Gründe ersichtlich oder dargetan, zumal den Gesichtspunkten des Obsiegens und Unterliegens im Stadium des Rechtsmittelverfahrens ein grösseres Gewicht zukommt als noch im erstinstanzlichen Verfahren (Urwylter/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 3; vgl. auch ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 12).

5.2. Die vor Zweitinstanz obsiegende Gesuchsgegnerin ist (wie schon im erstinstanzlichen Verfahren) nicht anwaltlich vertreten. Die von ihr beantragte Zuspprechung einer Parteientschädigung (vgl. Urk. 35 S. 2 Antrag 4 ["und Entschädigungsfolgen"]) kommt somit lediglich gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. a und c ZPO und nur ausnahmsweise in Frage. Die Gesuchsgegnerin legt nicht näher dar, welche notwendigen Auslagen ihr im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren entstanden sind und inwiefern ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegen sollte (vgl. BGer 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2; BGer 4A_233/2017 vom 28. September 2017, E. 4.1; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 105 N 2 und Art. 95 N 21; ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 30 und N 40). Letzteres ist im Lichte der diesbezüglichen Rechtsprechung auch nicht ohne Weiteres ersichtlich (vgl. dazu etwa BGer 5A_132/2020 vom 28. April 2020, E. 4.2.1 m.w.Hinw.). Allein der Hinweis, dass sie zum Abfassen der Beschwerdeantwort rechtskundige Hilfe habe beanspruchen müssen (Urk. 35 S. 18), begründet keinen Entschädigungsanspruch im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO (BGer 4A_233/2017 vom 28. September 2017, E. 4.5; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 95 N 17). Der Gesuchsgegnerin ist deshalb keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Der Gesuchsteller als unterliegende Partei hat ohnehin keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

5.3. Die Nebenfolgenregelung des erstinstanzlichen Verfahrens wird nicht konkret und selbstständig bemängelt, sondern nur als Folge des (erfolglos) beantragten Prozessausgangs mitangefochten (vgl. Urk. 29 S. 2 Antrag 2). Sie ist im Beschwerdeverfahren deshalb nicht zu überprüfen (vgl. vorne, E. 2.3).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von Urk. 39, 40 und 41/1–4, sowie an die Vorinstanz, 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, 3. Januar 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
ya