

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV240009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterinnen lic. iur. B. Schärer und lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin MLaw E. Tvrtkovic

Urteil vom 4. November 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 10. Juli 2024 (EZ240003-F)**

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind die geschiedenen Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2012. Mit Urteil vom 23. September 2022 (Abänderung des Scheidungsurteils) legte das Bezirksgericht Horgen den persönlichen Verkehr zwischen dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) und C._____ fest. Relevant für das vorliegende Verfahren ist das dem Gesuchsteller eingeräumte Ferienbesuchsrecht, wonach er für berechtigt und verpflichtet erklärt wurde, C._____ während drei zusammenhängenden Wochen in den Sommerferien pro Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen (Urk. 16 S. 34).

1.2. Mit undatierter Eingabe (Datum Poststempel: 29. Juni 2024) stellte der Gesuchsteller beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) folgendes Vollstreckungsbegehren (Urk. 1):

"Antrag auf Übergabe von C._____ am 20.07.2024 an mich zum dreiwöchigen Ferienumgang, der mir gemäss des Urteiles des Gerichtes Horgen zusteht."

1.3. Die Vorinstanz trat mit Verfügung vom 10. Juli 2024 ohne Anhörung der Gegenseite auf das Vollstreckungsgesuch nicht ein, unter Kostenaufgabe an den Gesuchsteller (Urk. 2 = Urk. 14).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 24. Juli 2024 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 26. Juli 2024) fristgerecht Beschwerde (Urk. 13A). Die vom Gesuchsteller bei der Vorinstanz eingereichte inhaltlich identische Beschwerde wurde von dieser zuständigkeithalber an die hiesige Kammer weitergeleitet (Urk. 13B).

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-12). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 ZPO) kann verzichtet werden, da die Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin) beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens nicht beschwert ist. Ihr ist ein Doppel der Beschwerdeschrift mit dem vorliegenden Urteil zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Sein Zweck beschränkt sich darauf, den erstinstanzlichen Entscheid

auf bestimmte, in der Beschwerde zu beanstandende Mängel hin zu überprüfen. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Als Begründung reicht es aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei unrichtig sein soll. Sie muss sich mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen und die behaupteten Mängel wenigstens in groben Zügen aufzeigen. Sind auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (vgl. BGer 4A_117/2022 vom 8. April 2022 E. 2.1.1.). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.2 Der Gesuchsteller stellt in seiner Beschwerde keine formellen Anträge. Aus der Begründung ergibt sich jedoch, dass er mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 10. Juli 2024 nicht einverstanden ist. Er wendet sich darin gegen die "Zurückweisung" des Antrags auf Herausgabe seiner Tochter und die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Urk. 13A und Urk. 13B, S. 8). Diese beiden Punkte betreffen das Dispositiv des angefochtenen Entscheids und sind damit Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

Auf die darüber hinausgehenden Vorbringen und Anträge des Gesuchstellers ist hingegen nicht einzutreten. Dies betrifft insbesondere sämtliche Ausführungen zur behaupteten Vereitelung vergangener Ferienbesuchsrechte durch die Gesuchsgegnerin. Weder die beantragte Kompensation von Urlaubsfehlzeiten noch die angeblich verweigerte Anzeigeerstattung durch die Polizei am 14. Oktober 2023 (Urk. 13A und Urk. 13B, S. 1 und S. 8) waren Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens. Sie können daher im Beschwerdeverfahren nicht behandelt werden.

Die im Rahmen der Beschwerdeschrift eingereichten E-Mail-Verläufe (Urk. 13A und 13B, S. 2-7) stellen ebenso unzulässige und damit unbeachtliche Noven dar (vgl. vorstehend Erw. 2.1).

3. Das Vollstreckungsgesuch hinsichtlich der Übergabe von C. _____ am 20. Juli 2024 ist inzwischen infolge Zeitablaufs gegenstandslos geworden. Der Gesuchsteller hat damit kein Rechtsschutzinteresse mehr an der Guttheissung seines Vollstreckungsgesuchs. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4.1 Der Gesuchsteller hat jedoch nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse daran, dass ihm keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. BGer 4A_348/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 2.1 f.; BGer 4A_667/2015 vom 22. Januar 2016 E. 2.1). Wie dargelegt, geht aus der Beschwerdebegründung denn auch hervor, dass er die vorinstanzliche Kostenaufgabe anfechtet (vgl. Urk. 13A und Urk. 13B, S. 8). Soweit die Beschwerde die Abänderung des Kostenentscheides des Vollstreckungsverfahrens betrifft, ist darauf einzutreten.

4.2 Für die Beurteilung der Kostenverlegung ist nachfolgend zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Vollstreckungsgesuch eingetreten ist. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller habe zwar Ausführungen zu einem ihm offenbar zustehenden Ferienbesuchsrecht ab dem 20. Juli 2024 gemacht, es jedoch unterlassen, das fragliche Urteil beizulegen und die Vollstreckbarkeit des von ihm beanspruchten Besuchsrechts nachzuweisen. Aus Art. 338 Abs. 2 ZPO ergebe sich die gesetzliche Verpflichtung, dem Gericht die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit darzulegen und die erforderlichen Urkunden beizulegen. Ein Beizug des Vollstreckungstitels von Amtes wegen durch das Gericht sei nicht zulässig, auch wenn das Vollstreckungsgesuch beim gleichen Gericht eingereicht werde, welches bereits das zu vollstreckende Urteil erlassen habe. Auch sei es nicht Sache des Vollstreckungsrichters, den Gesuchsteller auf die mangelhafte Eingabe hinzuweisen oder ihm Frist zur Verbesserung anzusetzen, da die richterliche Fragepflicht grundsätzlich nicht dazu diene, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (unter Hinweis auf OGer ZH RV140003 vom 26. Februar 2014 E 3.4.1). Da sich das Vollstreckungsgesuch demnach von vornherein als mangelhaft erweise, sei darauf nicht einzutreten (Urk. 14 S. 3).

4.3 Der Gesuchsteller moniert, ihm sei nicht klar gewesen, dass er der Vorinstanz das Urteil, welches er im Übrigen bisher nicht im Original erhalten habe, hätte zuschicken müssen. Er habe vorweg keine richtige Beratung erhalten, weder von der KESB, der Beiständin noch von der Vorinstanz. Auch sei ihm nicht klar, weshalb die Vorinstanz bei der Beiständin diesbezüglich keine Nachfrage durchgeführt habe (Urk. 13A und 13B, S. 8).

4.4 Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung (Art. 56 ZPO). Der Zweckgedanke dieser Vorschrift besteht darin, dass eine Partei nicht wegen prozessualer Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. Die gerichtliche Fragepflicht dient nicht der Korrektur prozessualer Nachlässigkeiten und Versäumnisse. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt letztlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei ab. Die gerichtliche Fragepflicht greift vor allem bei nicht vertretenen Parteien ohne juristische Kenntnisse, während sie bei anwaltlich vertretenen Parteien nur eine sehr eingeschränkte Tragweite hat (BGer 5A_46/2018 vom 4. März 2019 E. 3.2.1.; BGer 4A_628/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 4.2.3. m.H.).

4.5 Vorliegend versäumte der Gesuchsteller, seinem Vollstreckungsgesuch den zu vollstreckenden Entscheid beizulegen und die Vollstreckbarkeit nachzuweisen. Zwar ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Beibringung der erforderlichen Unterlagen in der Verantwortung des Gesuchsteller liegt und nicht von Amtes wegen erfolgt. Ebenso zutreffend ist, dass die richterliche Fragepflicht grundsätzlich nicht dazu dient, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen. Allerdings kann der vorinstanzlichen Erwägung, wonach es nicht Sache des Vollstreckungsrichters sei, den Gesuchsteller auf die mangelhafte Eingabe hinzuweisen oder ihm Frist zur Verbesserung anzusetzen, im vorliegenden Fall nicht gefolgt werden. Im von der Vorinstanz zitierten Entscheid der hiesigen Kammer, auf den sie in ihrer Begründung verweist, war die Ausgangslage eine andere. So ging es dort um das Vollstre-

ckungsgesuch eines äusserst prozess erfahrenen Gesuchstellers, der im erstinstanzlichen Verfahren zwar nicht anwaltlich vertreten war, sich jedoch selbst als Jurist bezeichnete und von welchem – so die Kammer – verlangt werden dürfe, dass er um die Voraussetzungen wisse (oder hätte wissen können) und somit seinem Gesuch zumindest ein Exemplar des zu vollstreckenden Entscheids hätte beilegen müssen (OGer ZH RV140003 vom 26. Februar 2014 E 3.4.1). Vorliegend verhält es sich anders: Der nicht anwaltlich vertretene Gesuchsteller ist in Deutschland wohnhaft und von Beruf Zahnarzt (vgl. Urk. 16 S. 32). Anhaltspunkte dafür, dass er über juristische Kenntnisse verfügt und die relevanten Verfahrensvorschriften hätte kennen müssen, bestehen keine. Der Gesuchsteller kann daher nicht als "äusserst prozess erfahren" bezeichnet werden. Unter diesen Umständen wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, dem Gesuchsteller in Anwendung von Art. 56 ZPO Frist anzusetzen, um das Versäumte nachzuholen und die erforderlichen Unterlagen nachzureichen. Die Vorinstanz handelte damit überspitzt formalistisch und trat zu Unrecht auf das Vollstreckungsgesuch des Gesuchstellers nicht ein.

4.6 Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 350.– fest und auferlegte diese ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsteller (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO können Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegt werden. Bei Art. 107 Abs. 2 ZPO handelt es sich um eine Kann-Bestimmung, was dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum eröffnet (BGer 5A_482/2014 vom 14. Januar 2015 E. 6.). Vorliegend ist die Gegenstandslosigkeit des Vollstreckungsbegehrens betreffend die Übergabe von C._____ am 20. Juli 2024 letztlich auf einen Verfahrensfehler der Vorinstanz zurückzuführen. Ob das Vollstreckungsgesuch bei einer materiellen Prüfung tatsächlich auch gutzuheissen gewesen wäre, lässt sich nicht beurteilen, da die Gesuchsgegnerin sich vorinstanzlich nicht dazu äussern konnte/musste. Aus Billigkeitsüberlegungen erscheint es sachgerecht, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen. In diesbezüglicher Gutheissung der Beschwerde ist Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids vom 10. Juli 2024 aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass keine Gerichtskosten erhoben werden. Dispositiv-Ziffer 3 ist ersatzlos zu streichen.

5. Im Ergebnis ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Umständehalber rechtfertigt es sich, für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Gesuchsteller mangels Antrags, der Gesuchsgegnerin mangels Umtriebe im vorliegenden Verfahren.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Guttheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 10. Juli 2024 (Geschäfts-Nr. EZ240003-F/UB) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Es werden keine Kosten erhoben."

Dispositiv-Ziffer 3 wird ersatzlos aufgehoben.

2. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 13A, an den Gesuchsteller auf dem Rechtshilfeweg, 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, 4. November 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw E. Tvrtkovic

versandt am:

Im