

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ230014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 15. August 2023

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch lic. iur. Z. _____

betreffend **Abänderung Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**
Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 31. März 2023
(FK210024-L)

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 31. März 2023 ermächtigte die Vorinstanz im Rahmen eines Entscheids betreffend vorsorgliche Massnahmen (vgl. den diesbezüglichen Verweis auf Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO in Urk. 2 S. 7 Dispositivziffer 4) die Klägerin zusammen mit der Verfahrensbeteiligten vom 23. April 2023 bis 8. Mai 2023 nach Japan zu reisen. Weiter verfügte die Vorinstanz, dass die Verfügung vom 31. März 2023 die Einverständniserklärung des Beklagten für ein mit nur einem Elternteil (Klägerin) reisendes Kind ersetze (Urk. 2 S. 7 Dispositivziffer 1).

b) Innert Frist (Urk. 5/221/1) erhob Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ namens des Beklagten gegen die vorgenannte Verfügung Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.):

- " 1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 31. März 2023 sei aufzuheben.
2. Es sei der Klägerin für die Dauer des weiteren Verfahrens vor Bezirksgericht Zürich und Obergericht des Kantons Zürich unter Strafdrohung nach Art. 292 StGB zu verbieten, mit der Tochter C. _____, geb. tt. mm. 2018, aus der Schweiz auszureisen.
3. Es sei festzuhalten, dass eine Ausreise zudem als widerrechtliches Verbringen im Sinne des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung betrachtet werden könne.
4. Die Kantonspolizei Zürich sei zu ermächtigen, die zur Anordnung gemäss Ziffer 2 der Anträge erforderlichen Eintragungen im RIPOL und SIS oder SIS II selbständig vorzunehmen.
5. Es sei der vorliegenden Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Prozessverbeiständung unter Einsatz des unterzeichnenden Rechtsanwalts als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu gewähren.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Mit Verfügung vom 13. April 2023 wurde der Berufung des Beklagten in Bezug auf Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt. Weiter wurde entschieden, dass die der Klägerin vorinstanzlich eingeräumte Ermächtigung, mit der Verfahrensbeteiligten vom 23. April 2023 bis 8. Mai 2023 nach Japan zu reisen, einstweilen keine Wirkung entfalte. Schliesslich wurde der Klägerin einstweilen untersagt, die angefochtene Verfü-

gung für eine allfällige Ausreise zusammen mit der Verfahrensbeteiligten aus der Schweiz zu verwenden (Urk. 6 S. 6 Dispositivziffer 1). Der Klägerin und der Verfahrensbeteiligten wurden sodann Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung schriftlich Stellung zu nehmen und um die Berufung schriftlich zu beantworten (Urk. 6 S. 6 Dispositivziffern 2 und 3).

Innert Frist nahm Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ für die Klägerin mit Eingabe vom 18. April 2023 zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung (Urk. 7). Sie stellte dabei die folgenden Anträge (Urk. 7 S. 2):

- " 1. Es sei in Bezug auf Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 31. März 2023 die Vollstreckbarkeit zu gewähren und das Verbot gemäss Dispositivziffer 1. Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich I. Zivilkammer vom 13. April 2023 aufzuheben;
2. Es sei die Berufung des Berufungsklägers und Beklagten abzuweisen;
3. Es sei der Berufungsbeklagten und Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuern zu Lasten des Berufungsgegner."

Von Seiten der Verfahrensbeteiligten ging keine Stellungnahme ein (vgl. Urk. 13).

Mit Verfügung vom 20. April 2023 wurde der Berufung des Beklagten in Bezug auf Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung gewährt. Sodann wurde verfügt, dass die mit der Verfügung der Vorinstanz ersetzte Einverständniserklärung des Beklagten für die Reise vom 23. April 2023 bis 8. Mai 2023 nach Japan einstweilen keine Wirkung entfalte. Schliesslich wurde der Klägerin einstweilen untersagt, die angefochtene Verfügung für eine allfällige Ausreise zusammen mit der Verfahrensbeteiligten aus der Schweiz zu verwenden (Urk. 10 S. 5 Dispositivziffer 1). Mit derselben Verfügung wurde der Verfahrensbeteiligten die ihr in Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 13. April 2023 angesetzte Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgenommen (Urk. 10 S. 6 Dispositivziffer 2).

In der Folge ging hierorts innert Frist namens der Klägerin die Berufungsantwort von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ vom 24. April 2023 mit folgenden Anträgen ein (Urk. 11 S. 2):

- " 1. Es sei die Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 31. März 2023 (FK210024-L) abzuweisen.
2. Eventualiter sei infolge mangelndem Rechtsschutzinteresse auf die Berufung nicht einzutreten;
3. Es sei der Berufungsbeklagten und Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuern zu Lasten des Berufungsklägers."

Von Seiten der Verfahrensbeteiligten ging keine Berufungsantwort ein (vgl. Urk. 13).

Mit E-Mail vom 28. April 2023 teilte Wm D. _____ der Kantonspolizei Zürich (Flughafenpolizei-Sicherheitsabteilung, Station Flughafen) der beschliessenden Kammer mit, dass die Klägerin zusammen mit der Verfahrensbeteiligten am 23. April 2023 mit dem Flug LX160 von Zürich nach Tokio geflogen sei. Die Rückkehr solle am 8. Mai 2023 erfolgen. Als Sofortmassnahme seien die Verfahrensbeteiligte und die Klägerin im RIPOL (Schweiz) und SIS (Schengenraum) eingeschrieben worden (Urk. 12).

Mit Verfügung vom 3. Mai 2023 wurden dem Beklagten und der Verfahrensbeteiligten die Doppel der Berufungsantwortsschrift der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Zudem wurden den Parteien und der Verfahrensbeteiligten Kopien der E-Mail der Kantonspolizei Zürich vom 28. April 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 14 S. 2 Dispositivziffer 1).

Mit E-Mail vom 9. Mai 2023 wurde die beschliessende Kammer von Wm D. _____ darüber in Kenntnis gesetzt, dass die Klägerin zusammen mit der Verfahrensbeteiligten gleichentags mit dem Flug LX161 von Tokio nach Zürich zurückgekehrt sei. Die Ausschreibungen seien revoziert worden und aus polizeilicher Sicht seien zur Zeit keine weiteren Massnahmen zu prüfen (Urk. 16).

Mit Verfügung vom 10. Mai 2023 wurden den Parteien und der Verfahrensbeteiligten Kopien der E-Mail von Wm D. _____ vom 9. Mai 2023 sowie einer Aktennotiz (Urk. 15) zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 17).

Mit Eingabe vom 23. Mai 2023 (gleichentags der Post übergeben und am 24. Mai 2023 hierorts eingetroffen) führte der Beklagte aus, aufgrund des Zeitablaufs erübrigten sich seine Anträge in den Ziffern 2 bis 4 der Berufung (Urk. 18).

c) Auf die im Berufungsverfahren gemachten Ausführungen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. Aufgrund des Zeitablaufs ist die klägerische Berufung in Bezug auf den Berufungsantrag 1 zwischenzeitlich gegenstandslos geworden. Sodann hat der Beklagte mit Eingabe vom 23. Mai 2023 die Berufungsanträge 2 bis 4 sinngemäss zurückgezogen (Urk. 18). Demnach ist das vorliegende Berufungsverfahren abzuschreiben.

3. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) – unabhängig vom Ausgang – dem Beklagten und der Klägerin je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, sofern sie unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (vgl. dazu z.B. *OGer ZH LZ200002-O vom 30.12.2020, E. IV.1.3* sowie *OGer ZH LC200021-O vom 05.05.2022, E. 12.2 m.w.H.*). Der Beklagte brachte sowohl erstinstanzlich wie auch im Berufungsverfahren unter anderem vor, die beantragte Aufenthaltsdauer sei dem Wohl der Verfahrensbeteiligten nicht förderlich. Die Verfahrensbeteiligte werde am ersten Tag nach den Schulferien ankommen und am nächsten Tag in den Kindergarten müssen. Das verursache unnötigen Stress, insbesondere wenn man die Zeitverschiebung zwischen Japan und der Schweiz berücksichtige (Urk. 5/218 S. 5 f. Ziff. II.3 lit. b und S. 11 Ziff. II.5; Urk. 1 S. 10 Rz. 5 und S. 11 Rz. 7). Die Klägerin wollte der Verfahrensbeteiligten mit ihrer Japanreise hingegen die Möglichkeit bieten, ihren schwer erkrankten und nicht reisefähigen (Urk. 7 S. 5 Rz. 16 f. und S. 6 Rz. 21; Urk. 9/2-3) Grossvater persönlich zu

sehen (Urk. 5/199 S. 3 Rz. 4). Beide Parteien hatten daher unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls gute Gründe für ihre Anträge im vorliegenden Berufungsverfahren, weshalb dem Beklagten und der Klägerin die Kosten je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind (Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Verfahrensbeteiligten für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

4. a) Sowohl der Beklagte als auch die Klägerin ersuchen für das vorliegende Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 3 Antrag 6 und S. 11 f. Rz. 8; Urk. 7 S. 2 Antrag 3 und S. 10 f. Ziff. 6; Urk. 11 S. 7 Rz. 27).

b) Gemäss 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). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, sind ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen, und zwar im Zeitpunkt der Gesuchstellung (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5 m.w.H.). Dabei gilt als mittellos bzw. bedürftig, wer trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie auch den Prozess zu finanzieren (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 4 m.w.H.).

c) Aufgrund der im Berufungsverfahren durch die Parteien eingereichten Urkunden ist erstellt, dass sie im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens prozessrechtlich als mittellos anzusehen sind.

Der Beklagte belegt ein aktuelles monatliches Einkommen von einerseits € 2'000.– (Urk. 4/5) und andererseits ein weiteres Einkommen von durchschnittlich Fr. 1'171.75 pro Monat (Quellensteuer berücksichtigt; Urk. 4/6, Urk. 1 S. 11

Rz. 8), was ein Nettoeinkommen von ungefähr Fr. 3'100.– pro Monat ergibt. Er bezahlt sodann für seine Wohnung monatlich Fr. 1'650.– (Urk. 4/7), für seine Krankenkasse Fr. 345.10 pro Monat (Urk. 4/8) sowie für die AHV-Beiträge auf seinem spanischen Erwerbseinkommen monatlich Fr. 252.30 (Urk. 4/9). Zusammen mit dem ihm anzurechnenden Grundbetrag übersteigen nur schon diese Kosten sein Einkommen. Über Ersparnes verfügt der Beklagte sodann nicht im nennenswerten Umfang (Urk. 4/10), weshalb er im vorliegenden Berufungsverfahren als mittellos zu bezeichnen ist.

Die Klägerin erzielt derzeit ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'913.60 zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 200.– (Urk. 9/12). Im 2022 wurde ihr sodann zusätzlich ein Bonus von gesamthaft Fr. 5'200.– ausbezahlt (Urk. 9/13). Da sich die anwaltlich vertretene Klägerin hierzu im Berufungsverfahren nicht äusserte, ist davon auszugehen, dass dieser Bonus auch dieses Jahr anfallen wird, was pro Monat ein zusätzliches Einkommen von brutto Fr. 433.30 ergibt. Zudem erhält sie vom Beklagten einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 200.– (Urk. 7 S. 10 Rz. 46; Urk. 5/114 S. 12 Dispositivziffer 1.5). Für ihre Wohnung bezahlt sie Fr. 1'501.– pro Monat (Urk. 9/17). Die Krankenkassenprämie für sie und die Verfahrensbeteiligte beträgt monatlich total Fr. 491.– (Urk. 9/18). Die Horkosten sind monatlich im Durchschnitt mit Fr. 123.15 belegt (Urk. 9/19). Bereits diese Kosten können unter Berücksichtigung der Grundbeträge für die Klägerin und die Verfahrensbeteiligte mit den Einkünften der Klägerin und der Verfahrensbeteiligten nicht gedeckt werden. Zusätzliche Auslagen wie beispielsweise die Mobilitätskosten übersteigen das monatliche Einkommen der Klägerin in zusätzlichem Umfang. Wie schon der Beklagte verfügt auch die Klägerin über kein nennenswertes Vermögen (Urk. 9/15), weshalb auch sie im vorliegenden Berufungsverfahren als mittellos anzusehen ist.

d) Die Prozesstandpunkte der beiden Parteien können im vorliegenden Verfahren nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Wie bereits in den Verfügungen vom 13. und 20. April 2023 ausgeführt, wäre die Berufung des Beklagten betreffend Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit gutzuheissen gewesen, da die Vorinstanz die Einverständnis-

erklärung nicht anstelle des Beklagten hätte erteilen können/dürfen (Urk. 6 S. 5 f. E. 3.c; Urk. 10 S. 3 f. E. 2.b). Dagegen ist davon auszugehen, dass die Berufungsanträge 2 bis 4 des Beklagten im Sinne des klägerischen Antrags (Urk. 11 S. 2 Antrag 1 und S. 6 Rz. 22 f.) abzuweisen gewesen wären, da sich aus Art. 301a Abs. 1 ZGB kein Recht ergibt, mitzuentcheiden, wo der andere Elternteil die Ferien mit dem Kind verbringt oder welche Ausflüge er mit ihm in jenen Zeiten unternimmt, in denen er das Kind betreut, was grundsätzlich auch bezüglich Auslandferien und Ausflügen ins Ausland gilt (Urk. 10 S. 4 f. E. 2.c m.w.H.).

e) Die Parteien sind ferner rechtsunkundig und für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Ihre Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Berufungsverfahren sind demzufolge zu bewilligen. Es ist demnach dem Beklagten in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Klägerin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass sie gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO zur Nachzahlung der Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 ZPO) verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren LZ230014-O die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren LZ230014-O die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin und dem Beklagten je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen je gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, an die Klägerin und die Verfahrensbeteiligte je unter Beilage eines Doppels der Urk. 18, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten verbleiben im Berufungsverfahren LZ220010-O.

7. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 15. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
jo