

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE170010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

## Beschluss vom 20. April 2017

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 13. Februar 2017 (EE160029-H)**

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 13. Februar 2017:**

(Urk. 2 S. 3)

1. Auf die Begehren um Zuteilung der Obhut, Regelung der Betreuung und Erlass etwaiger Kindesschutzmassnahmen wird nicht eingetreten.
2. Die Prozesskosten werden im Endentscheid geregelt.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Berufung)

**Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 13. Februar 2017 sei aufzuheben, und die Sache sei an das Bezirksgericht zurückzuweisen, mit der Anweisung, auf die Anträge bezüglich Zuteilung der Obhut, Regelung der Betreuung und Erlass etwaiger Kindesschutzmassnahmen einzutreten.
2. Falls dieser Antrag abgewiesen wird, sei die Nichteintretensverfügung der KESB Pfäffikon vom 16. Februar 2017 aufzuheben und die KESB anzuweisen, die Obhut und Betreuung zu regeln sowie etwaige Kindesschutzmassnahmen anzuordnen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Beklagten.
4. Dem Kläger sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das vorliegende Verfahren zu gewähren."

**Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. Oktober 2013 verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Kinder, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm 2014, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm 2015 (Urk. 6/8). Am 28. Juli 2016 wandte sich der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) an die KESB des Bezirks Pfäffikon mit der Bitte um

Unterstützung bei der Bewältigung des Konflikts mit der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte; Urk. 6/54/1/2).

2. Am 3. August 2016 machte der Kläger bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 6/1). Am 8. August 2016 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung am 8. November 2016 vorgeladen (Urk. 6/5). Zuzufolge ärztlich attestierter Verhandlungsunfähigkeit des Klägers wurde die Verhandlung auf den 21. Februar 2017 verschoben (Urk. 6/42-43). Mit Eingabe vom 1. Dezember 2016 beantragte die Beklagte, es seien superprovisorische Massnahmen (Obhutszuteilung an die Beklagte, Zuweisung der ehelichen Wohnung an den Kläger, Verpflichtung des Klägers zur Herausgabe von diversen Gegenständen) zu erlassen (Urk. 6/47 S. 2 f.). Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 6. Dezember 2016 abgewiesen (Urk. 6/50). Mit Entscheid vom 10. Februar 2017 leitete die KESB des Bezirks Pfäffikon eine Eingabe des Klägers vom 9. Februar 2017 an die Vorinstanz weiter (Urk. 6/63). Am 13. Februar 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2).

3. Dagegen erhob der Kläger am 23. Februar 2017 innert Frist Berufung, wobei er obgenannte Anträge stellte (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 15. März 2017 wurde der Kläger aufgefordert, Belege zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen einzureichen, und der Beklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 10). Die Beklagte verzichtete ausdrücklich auf eine Stellungnahme (Urk. 11). Ihre Eingabe vom 22. März 2017 wurde dem Kläger mit Verfügung vom 23. März 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 13). Am 27. März 2017 reichte der Kläger die einverlangten Belege betreffend seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nach (Urk. 14 und 15/1-2). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

## II.

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über

unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

### III.

1. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, bereits vor der Rechtshängigkeit des Eheschutzverfahrens sei von der Kindesschutzbehörde ein Kindesschutzverfahren eingeleitet worden. In der Folge sei primär die Kindesschutzbehörde für sämtliche Kindesschutzmassnahmen (mit Ausnahme der Unterhaltsregelung) zuständig gewesen und nach wie vor zuständig, weshalb auf die Begehren betreffend Obhut zuteilung, Regelung der Betreuung und Erlass etwaiger Kindesschutzmassnahmen nicht einzutreten sei (Urk. 2 S. 2 f.).

2. Der Kläger rügt, entgegen der Annahme der Vorinstanz sei die Obhut bis anhin nicht geregelt worden. Die Beklagte habe aber mittels Strafverfahrens und Gewaltschutzmassnahmen veranlasst, dass ihm faktisch die Obhut entzogen worden sei. Die Tätigkeit der KESB habe sich auf eine vorläufige Regelung des Kontakts zwischen ihm und den Kindern beschränkt. Weitere Kindesschutzmassnahmen seien nicht zur Debatte gestanden. Die Vorinstanz sei daher sowohl für die Regelung der Obhut als auch für die Anordnung allenfalls noch notwendig werdender Kindesschutzmassnahmen zuständig. Weiter sei zu berücksichtigen, dass sich die Verhältnisse seit der Einleitung des Kindesschutzverfahrens, als die Parteien noch zusammengelebt hätten, deutlich verändert hätten, was zum Wohl der Kinder ganz andere Massnahmen erfordere. Für die Anordnung von Kindes-

schutzmassnahmen, welche durch die Veränderung der Verhältnisse notwendig würden, sei ohnehin die Vorinstanz zuständig. Schliesslich sei die KESB nach Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB nur "befugt", ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen, was impliziere, dass sie dazu nicht verpflichtet sei. Die KESB nehme denn auch nicht die Kompetenz für sich in Anspruch, weitere Kindesschutzmassnahmen anzuordnen (Urk. 1 S. 7 ff.).

3.1. Nach Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB dauert die sachliche Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde fort, wenn sie – wie vorliegend – schon vor dem gerichtlichen Verfahren ein Kindesschutzverfahren eingeleitet hat. Die Weiterführung eines solchen Verfahrens durch die Kindesschutzbehörde rechtfertigt sich allerdings nur, solange nicht ohnehin eine Neuurteilung wegen veränderter Verhältnisse zu erfolgen hat (Art. 315a Abs. 2 ZGB; vgl. CHK-Biderbost, ZGB 315-315b N 7). Bei unveränderten Verhältnissen darf hingegen im eherechtlichen Verfahren nur über diejenigen Elternrechte entschieden werden, welche den Eltern im Entscheidzeitpunkt zustehen (Stettler, Das Kindesrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band III/2, Basel 1992, S. 278 und S. 521; vgl. auch BGE 125 III 401 E. 2b; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 315-315b N 8).

3.2. Vorliegend wurde dem Kläger im Rahmen von Gewaltschutzmassnahmen von der Kantonspolizei Zürich am 9. August 2016 unter anderem ein Kontaktverbot zu den beiden Kindern auferlegt (Urk. 6/54/1/20 S. 28) und ihm dadurch die Obhut über die Kinder faktisch entzogen. Mit Verfügung vom 12. September 2016 verlängerte das Zwangsmassnahmengericht am Bezirksgericht Pfäffikon die Schutzmassnahmen bis zum 23. November 2016 und hob das Kontaktverbot zu den Kindern auf den Zeitpunkt hin auf, in welchem die KESB oder das Eheschutzgericht das Besuchsrecht des Klägers geregelt habe (Urk. 6/28). Die Kindesschutzbehörde beschränkte sich in der Folge auf eine vorläufige Kontaktregelung (inklusive Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft) zwischen den Kindern und dem Kläger bis "zum Vorliegen eines Entscheides des Bezirksgerichtes über die Kinderbelange im Eheschutzverfahren" und ersuchte die Parteien, ihre Anträge beim Bezirksgericht Pfäffikon einzureichen (Urk. 6/53 S. 4 f.; vgl. auch Urk. 6/33 S. 3 f. und Urk. 6/44). Anlass für andere Kindesschutzmassnahmen be-

stand offenbar nicht. Jedenfalls traf die Kindesschutzbehörde keine entsprechenden Anordnungen. Insbesondere nahm sie weder eine (implizite) Obhutszuteilung vor (wovon aber die Vorinstanz auszugehen scheint [vgl. Urk. 2 S. 2]) noch traf sie entsprechende Abklärungen, da sie von Beginn weg das Eheschutzgericht als hierfür zuständig erachtete. Damit stellt sich vorliegend nicht die Frage, ob die Kindesschutzbehörde das bestehende Kindesschutzverfahren betreffend persönlichen Verkehr *weiterzuführen* hat, sondern vielmehr, ob sie dieses hinsichtlich der infolge des Getrenntlebens der Parteien vorzunehmenden Obhutsregelung zu *erweitern* hat. Das liesse sich nur rechtfertigen, wenn sie rascher und/oder sachgerechter als das Eheschutzgericht entscheiden könnte (vgl. SJZ 89 [1993] S. 159). Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern dies vorliegend der Fall sein sollte. Bei dieser Sachlage ist das Eheschutzgericht und damit die Vorinstanz zuständig für die infolge des fortdauernden Getrenntlebens der Parteien notwendige Regelung der Kinderbelange. Die Vorinstanz wird daher auch über die Regelung des persönlichen Verkehrs (Art. 275 Abs. 2 ZGB) und die unter Berücksichtigung der konkreten Regelung der Kinderbelange zu treffenden oder abzuändernden Kindesschutzmassnahmen zu befinden haben (Art. 315a Abs. 1 und Abs. 2 ZGB). Somit ist die Berufung gutzuheissen, die Verfügung der Vorinstanz vom 13. Februar 2017 aufzuheben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### IV.

1. Die Beklagte beantragt, im Fall einer Gutheissung der Berufung seien die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen. Sie sei mittellos und werde vom Sozialamt unterstützt. Ausserdem könne ihr der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bezirksgericht Pfäffikon und der KESB Pfäffikon nicht zur Last gelegt werden (Urk. 11 S. 1).
2. Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Vorliegend haben die Parteien den negativen Kompetenzkonflikt zwischen dem

Bezirksgericht Pfäffikon und der KESB Pfäffikon nicht zu verantworten, zumal die Beklagte wie der Kläger bei der Vorinstanz ein Begehren um Zuteilung der Obhut, Regelung des Besuchsrechts und Erlass von Kindeschutzmassnahmen gestellt hatte (Urk. 6/20 S. 2 f.; Urk. 6/47 S. 2 f.). Weiter verzichtete die Beklagte im Berufungsverfahren auf eine Stellungnahme und identifizierte sich somit nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid. Es rechtfertigt sich deshalb, gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten. Aus den gleichen Gründen ist die Beklagte nicht zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Kläger zu verpflichten. Für die Übernahme der Parteientschädigung durch den Kanton besteht keine Grundlage, denn Art. 107 Abs. 2 ZPO umfasst lediglich Gerichtskosten (BGE 140 III 385 E. 4.1). Es ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

3.1. Der Kläger ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung (Urk. 1 S. 10). 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).

3.2. Der Kläger bringt zur Begründung seines Armenrechtsgesuchs vor, er werde weiterhin vom Sozialamt unterstützt (Urk. 1 S. 10). Eine entsprechende, aktuelle Bestätigung des Sozialsekretariats der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ liegt vor (Urk. 15/1). Gemäss Steuererklärung 2016 verfügt der Kläger nicht über massgebliches Vermögen (Urk. 15/2). Somit ist er mittellos. Sein Prozessstandpunkt kann sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Ihm ist daher die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Mit der Regelung von persönlichem Verkehr waren gewichtige Interessen des Klägers betroffen. Er ist rechtsunkundig und die Gegenpartei war anwaltlich vertreten. Aus diesen Gründen war er auf anwaltliche Vertretung angewiesen. Deshalb ist ihm im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Ihm steht gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO eine angemessene Entschädigung zu. Diese ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 Abs. 1 und § 13 AnwGebV auf Fr. 1'500.– (inkl. MWSt.) festzusetzen. Schliesslich ist der Kläger auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Pfäffikon vom 13. Februar 2017 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Berufungsverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers wird für das Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1'500.– ausgerichtet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.  
  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 20. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:  
cm