

§ 222 Ziff. 2 ZPO, klares Recht. Zuführung eines Kindes. Wenn nach dem materiellen Recht die Vormundschaftsbehörde Kindesschutzmassnahmen anordnen müsste, kann der Zivilrichter einen entsprechenden Einwand nicht prüfen. Präzisierung von ZR 88/1989 Nr. 54.

Sachverhalt:

Die Parteien sind die unverheirateten Eltern des Kindes Tara, geboren 2001. Tara befindet sich gemäss einer Vereinbarung der Eltern unter der Obhut der Mutter; die elterliche Sorge üben die Eltern gemeinsam aus. Nach einem Besuchstag brachte der Vater Tara ihrer Mutter nicht mehr zurück. Im (Befehls-) Verfahren auf Rückgabe des Kindes wendet der Vater ein, ein Verbleib von Tara bei ihrer Mutter gefährde das Kindeswohl.

Aus den Erwägungen:

(II.) 1. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen des Befehlsverfahrens nach § 222 Ziff. 2 ZPO kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 161 GVG). Ergänzend ist anzufügen, dass die Liquidität in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht als eine besondere Prozessvoraussetzung des Befehlsverfahrens von Amtes wegen zu prüfen ist. Einreden und Einwendungen des Beklagten können das Begehren illiquid machen. Dabei kann vom Beklagten nicht verlangt werden, seine Vorbringen glaubhaft zu machen. Seine Einwendungen sind [allerdings] dann unbeachtlich, wenn sie sich als offensichtlich haltlos erweisen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich, 1997, § 226 N 3, 4a). Bei der Herausgabe eines Kindes besteht eine Besonderheit: Für den Einwand, die Herausgabe bedrohe das Wohl des Kindes, ist gemäss Art. 307 und 310 ZGB sachlich ausschliesslich die Vormundschaftsbehörde zuständig. Daraus folgt, dass der Richter, namentlich auch der Befehlsrichter, von vornherein nicht befugt ist, Erwägungen über das Kindeswohl in den Entscheid einfliessen zu lassen, durch welche es zur Vorwegnahme einer der Vormundschaftsbehörde vorbehaltenen Änderung der rechtlichen Obhuts- bzw. Sorgeverhältnisse kommt. Anders als beim Vollzug gerichtlicher Entscheidungen über die Elternrechte kommt hier dem erkennenden Richter nach

der klaren gesetzlichen Kompetenzausscheidung keinerlei Ermessensspielraum zu (Kassationsgerichts des Kantons Zürich in: ZR 89/1989 Nr. 54).

2. (...)

3.a) Die Vorinstanz gab dem klägerischen Begehren trotz der Einwendungen des Beklagten statt. Sie ging mithin von liquiden Verhältnissen aus. Dabei erwog sie, der Beklagte habe keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor-gebracht, dass die Klägerin nicht weiter geeignet sei, die uneingeschränkte Obhut über Tara auszuüben und auch seine übrigen Vorbringen würden keine Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin aufkommen lassen. Sie hält ihm mit anderen Worten vor, er habe die behauptete Gefährdung des Kindeswohls nicht hinreichend dartun können. Damit aber schiebt sie ihm die Beweislast für das Vorhandensein anspruchshemmender Tatsachen zu, was im Befehlsverfahren unzulässig ist. Die Vorinstanz führte in Übereinstimmung mit der Klägerin aus, eine Beeinflussung von Tara durch den Beklagten sei nicht auszuschliessen und es sei möglich, dass Tara aufgrund eines Loyalitätskonfliktes Aussagen tätige, um einem Elternteil zu gefallen. Damit bringt sie immerhin zum Ausdruck, dass sie die Vorbringen der Klägerin als derart überzeugend erachtete, dass dadurch die Einwendungen des Beklagten entkräftet würden. Diese Schlussfolgerung hält der Beklagte in seiner Rekurschrift wiederum für "überhaupt nicht nachvollziehbar und falsch". Wie es sich damit verhält, kann allerdings aus den nachstehenden Gründen offen bleiben.

b) Nach der (...) Elternvereinbarung übt heute die Klägerin die Obhut über Tara aus. Dies bedeutet, dass die Klägerin über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen hat. Das ist unbestritten, weshalb der Beklagte das gemeinsame Kind der Klägerin zu übergeben hat. So weit ist die Sache liquid. Nach der zitierten Rechtsprechung des Kassationsgerichtes kann der Beklagte dagegen nicht Gründe des Kindeswohls ins Feld führen. Für eine Kindesschutzmassnahme sind einzig die Verwaltungsbehörden sachlich zuständig, welche insbesondere auch vorsorgliche Massnahmen anordnen können (§ 6 VRG). Im vorliegenden Fall ist denn auch bereits ein entsprechendes Verfahren beim Bezirksrat Meilen hängig.

Vorsorgliche Massnahmen sind soweit bekannt nicht erlassen worden. Auch zu ihrer Durchsetzung wären aber einzig die Verwaltungsbehörden zuständig.

c) Der Beklagte wendet in der Rekursbegründung ein, er könne das Kind nicht herausgeben, weil die Klägerin am 9. Juli 2004 nach Schweden in die Ferien verreist sei. Das bedeutet indes keine dauernde Unmöglichkeit, umso weniger als noch nicht feststeht, wann der heute auszusprechende Befehl in Rechtskraft erwachsen wird.

d) Gegen die angedrohte Astreinte von Fr. 1'000.-- pro Tag wendet der Beklagte ein, sein Einkommen habe sich vermindert und sein Vermögen sei nicht liquid. Er bestreitet allerdings nicht, dass er im Grossen und Ganzen in günstigen finanziellen Verhältnissen lebt. Nähere Abklärungen hierzu sind entbehrlich, da der angedrohte Tagessatz das Maximum einer allenfalls auszusprechenden Busse darstellt und in einem Strafverfahren die Verhältnisse des Beklagten ebenso wie das Verschulden im Einzelnen zu würdigen wären (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 306 N 4). Eine weitergehende Androhung auch von Ungehorsamsstrafe im Sinne von Art. 292 StGB ist nicht angezeigt.

(...)

Demnach beschliesst das Gericht:

1. Der Rekurs wird abgewiesen. Demgemäss wird dem Beklagten befohlen, die gemeinsame Tochter Tara der Klägerin innert 24 Stunden ab Rechtskraft dieses Beschlusses herauszugeben.

Kommt der Beklagte diesem Befehl nicht nach, so wird er bestraft mit Ordnungsbusse von höchstens Fr. 1'000.-- für jeden Tag der Nichtbefolgung.

(...)

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 2. August 2004
NL040101

Das Kassationsgericht hat eine gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde abgewiesen, unter anderem mit folgenden Erwägungen:

"2.3 Zu prüfen ist somit lediglich, ob das Obergericht hätte darauf Rücksicht nehmen müssen, dass der Beschwerdeführer ein entsprechendes Verfahren zur Obhutsumteilung vor den zuständigen Verwaltungsbehörden eingeleitet hat. (...)

2.4 ZR 88 Nr. 54 hält dazu wörtlich fest:

Fragen kann man sich in diesem Zusammenhang allenfalls, ob er [der Richter] verpflichtet ist, ein hängiges Herausgabeverfahren zu sistieren im Hinblick auf den Ausgang eines bereits bei der Vormundschaftsbehörde eingeleiteten Verfahrens auf Änderung der Obhutsverhältnisse (...), denn in diesem Fall ist immerhin das vorgesehene Verfahren zur Aufhebung der Grundlage des Herausgabeanspruches bereits im Gang, was insoweit die Voraussetzung klarer rechtlicher Verhältnisse prekär erscheinen lassen mag.

Das hiesige Gericht ging (...) somit nicht davon aus, dass in der vom Beschwerdeführer geschilderten Konstellation nicht von klaren Verhältnissen ausgegangen werden dürfe. Vielmehr stellte es für diesen Fall eine Frage resp. eine Möglichkeit in den Raum, ohne sie zu beantworten. In den weiteren Erwägungen wurde lediglich zum Fall Stellung bezogen, in dem die Vormundschaftsbehörde zu Gunsten einer Obhutsumteilung bereits entschieden hatte. Die Ansicht des Beschwerdeführers findet in ZR 88 Nr. 54 somit keine Stütze. Sie erweist sich auch als unzutreffend. Dass das vorgesehene Verfahren zur Aufhebung der Grundlage des Herausgabeanspruches bereits im Gang ist, bedeutet an sich noch nicht in jedem Fall, dass keine klaren rechtlichen Verhältnisse mehr bestehen, und/oder dass die kompetente Behörde im Sinne des Beschwerdeführers entscheiden wird. Ohne dass weitere, gewichtige Faktoren hinzutreten, besteht folglich kein Anlass, an der nach wie vor bestehenden, klaren Rechtslage zu zweifeln. Anders entscheiden würde im Übrigen bedeuten, dass in Fällen der Kindesentführung ein Befehlsverfahren allein dadurch verhindert werden könnte, dass die Person, die ein Kind entführt hat, nur ein Gesuch um Umteilung der Obhut bei der Vormundschaftsbehörde stellen müsste. Beliebig abwegige bzw. aussichtslose Vorbringen

vor den Verwaltungsbehörden würden dann genügen, um die Durchsetzung des Anspruchs der obhutsberechtigten Person im Befehlsverfahren zu unterlaufen. In diesem Lichte betrachtet würde es einer Rechtsverweigerung gegenüber der Beschwerdegegnerin gleichkommen, wenn die Vorinstanz auf ihre Klage nicht eingetreten wäre, obgleich ihr Anspruch nach wie vor klarerweise und unbestrittenmassen Bestand hatte. Die Beschwerde ist somit diesbezüglich unbegründet.

Auch eine Pflicht zur Sistierung des Verfahrens kann nicht in Betracht fallen. Vorliegend ist nicht klar, wie lange der Fall eingestellt bleiben müsste, da die zuständige Behörde zum Zeitpunkt des obergerichtlichen Entscheides offenbar noch nicht entschieden hatte. Dieser Umstand fällt für das Befehlsverfahren einerseits wie auch für das Herausgabeverfahren anderseits besonders ins Gewicht. Das Befehlsverfahren soll einem Rechtssuchenden in einfachen Fällen möglichst schnell zu seinem Recht verhelfen. Im Verfahren betreffend Herausgabe eines Kindes soll der Entführer überdies nicht die Gelegenheit haben, Fakten zu eigenen Gunsten zu schaffen, die schwer wieder rückgängig zu machen sind. Auf Grund dieser Umstände verbietet sich eine Sistierung, weshalb die Vorinstanz auch diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt hat."

Kassationsgericht
Beschluss vom 13. Oktober 2004
Kass.-Nr. AA040130