

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ110047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 8. November 2011

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X_____

gegen

B._____,
Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Besuchsrecht / Beistandschaft**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates C._____ vom 12. Oktober 2011 i.S. D._____, geb. tt.mm.2000, und E._____, geb. tt.mm.2005; VO.2011.162 (Vormundschaftsbehörde C._____)

Erwägungen:

1.1 B._____ und A._____ sind die Eltern von D._____, geboren am tt.mm.2000, und von E._____, geboren am tt.mm.2005. Sie lebten zusammen an der ...strasse in C._____. Der Vater ist ...; sein Tag beginnt sehr früh, dafür ist er auch vom frühen Nachmittag an arbeitsfrei. Die Mutter führte ein Nagelstudio; seit der Trennung geht sie diesem Erwerb in der eigenen Wohnung nach.

Ende November 2009 kam es zu einer Auseinandersetzung unter den Eltern, deretwegen die Polizei ausrückte. Die Situation beruhigte sich, und es wurden keine Strafanträge gestellt. Immerhin sah sich die Vormundschaftsbehörde C._____ veranlasst, die Eltern zu ermahnen (VB-act. 3). Anfangs Dezember 2009 verliess der Vater die Familienwohnung und zog zu seinen Eltern ins Nachbarhaus; in jenem Haus bezog er später eine eigene Wohnung.

Auf Ersuchen der Mutter merkte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Eheschutz) vor, dass der Vater die Familienwohnung bereits verlassen hatte. Sie genehmigte eine Vereinbarung der Eltern, welche beide anwaltlich vertreten waren, zu den Kinderbelangen: die Sorge blieb beiden Eltern, die Obhut wurde der Mutter anvertraut und der Vater verpflichtete sich zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen. Die Einzelrichterin genehmigte endlich die vereinbarten Kontakte des Vaters zu den Töchtern: diese sollten mit Ausnahme zweier Tage pro Monat von Montag bis Freitag von zwei bis halb sieben Uhr mit dem Vater verbringen, zudem jedes zweite Wochenende, die üblichen Tage an den hohen Feiertagen und um den Jahreswechsel, und jährlich fünf Wochen während der Schulferien (VB-act. 4).

1.2 Am 12. Juli 2010 rapportierte die Kantonspolizei der Vormundschaftsbehörde über eine Anzeige der Mutter wegen Tätlichkeiten des Vaters ihr gegenüber, welche dieser bestritt (VB-act. 6). Die Vormundschaftsbehörde ermahnte die Eltern erneut und gab zu bedenken, dass auch im Rahmen des offenbar in F._____ [Land] anhängig gemachten Scheidungsprozesses der Schutz der Kinder zu regeln sein werde (VB-act. 9).

Am 1. September 2010 ersuchte die Vormundschaftsbehörde die Jugend- und Familienberatung um einen Abklärungsbericht (VB-act. 11). Am 15. Dezember 2010 liess die Mutter bei der Vormundschaftsbehörde formell den Antrag stellen, es sei die Kontaktregelung aus dem Eheschutzverfahren zu ändern: die Kinder sollten insbesondere nur noch jedes zweite Wochenende und jährlich zwei Wochen Ferien mit dem Vater verbringen (VB-act. 15). Im März 2011 zog die Mutter mit den beiden Töchtern nach G._____.

Der Bericht der Jugend- und Familienberatung wurde am 20. April 2011 erstattet. Er empfiehlt eine Reduktion der Kontakte auf jedes zweite Wochenende und jeden zweiten Mittwochnachmittag, ferner die Errichtung einer Beistandschaft insbesondere zum Regeln der Ferien der Kinder mit dem Vater (VB-act. 19). Die Mutter war damit einverstanden (VB-act. 22), während der Vater die bisherige Regelung beibehalten wollte, die aus seiner Sicht nicht zu Schwierigkeiten geführt hatte (VB-act. 24).

Am 28. Juni 2011 beschloss die Vormundschaftsbehörde (C._____) eine neue Kontaktregelung nach der Empfehlung der Jugend- und Familienberatung: jedes zweite Wochenende, jeweils von Freitag abends sechs bis Sonntag abends sechs Uhr, und jeden zweiten Mittwoch von zwei bis halb sieben Uhr. Ferner errichtete sie eine Beistandschaft zur Unterstützung der Eltern, zum Begleiten und gegebenenfalls Anpassen des Besuchsrechts, ferner zum Besprechen und Vereinbaren von Ferien der Kinder mit dem Vater; die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde G._____ (dem neuen Wohnort der Mutter) wurde um Ernennung des Beistandes gebeten (BR-act. 2).

1.3 Mit Eingabe vom 20. Juli 2011 liess der Vater Beschwerde führen, mit dem Antrag, es sei der Beschluss vom 28. Juni 2011 aufzuheben (BR-act. 1). Die Mutter liess am 19. August 2011 zur Beschwerde Stellung nehmen. Sie schloss auf Abweisung und stellte den prozessualen Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (BR-act. 4); die Vormundschaftsbehörde liess sich ebenfalls vernehmen und beantragte Abweisung der Beschwerde (BR-act. 7).

Am 13. September 2011 liess der Schreiber des Bezirksrates den Anwalt des Vaters wissen, "wir geben Ihnen Gelegenheit", innert zehn Tagen zum Antrag betreffend aufschiebender Wirkung Stellung zu nehmen. Nach Ablauf der Frist werde der Bezirksrat vorab über die (bestrittene) Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde entscheiden, bejahendenfalls dann über die Frage der aufschiebenden Wirkung, und zudem einen zweiten Schriftenwechsel zur Sache und weitere Abklärungen einleiten (BR-act. 10). Eine Antwort liegt nicht bei den Akten.

Am 12. Oktober 2011 entschied der Bezirksrat teilweise über die hängige Beschwerde. Er bejahte die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde C. _____ und bestätigte im Wesentlichen die getroffenen Anordnungen über die Beistandschaft. Er hob die Bestimmung auf, wonach der Beistand das Besuchsrecht erforderlichenfalls abändern solle und ersetzte sie durch den Auftrag, allenfalls der zuständigen Behörde Antrag auf Abänderung zu stellen. (Die Frage, ob sich die Überlegung zu den möglichen Inhalten einer Beistandschaft nicht auch bei der Ferienregelung aufgedrängt hätte, welche die Vormundschaftsbehörde vollständig in die Hand des Beistandes legte, ist heute nicht Thema). Über die Kontakte zwischen Vater und Töchtern an Wochentagen und Wochenenden entschied der Bezirksrat noch nicht endgültig. Hingegen entzog er der Beschwerde des Vaters insoweit die aufschiebende Wirkung, als sie sich gegen die Anordnung richtet, dass die Töchter (nur noch) jedes zweite Wochenende von Freitag- bis Sonntagabend und jeden zweiten Mittwoch beim Vater verbringen sollen. Als Rechtsmittel nannte der Bezirksrat die Berufung und ordnete an, dass dem Lauf der Berufungsfrist und einer allfälligen Berufung die aufschiebende Wirkung entzogen werde (act. 3).

2.1 Der Vater führt Berufung mit dem Antrag, der Beschwerde der Mutter die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen, sodass die Kinder wieder jeden Nachmittag und jedes zweite Wochenende bei und mit dem Vater verbringen (act. 2).

Die Akten von Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat wurden beigezogen.

3.1 Dem Rechtsmittel des Vaters gegen die von der Vormundschaftsbehörde getroffene neue Ordnung der Kontakte hatte von Gesetzes wegen auf-

schiebende Wirkung (§ 25 Abs. 1 VRG), sodass vorerst die "alte" Regelung aus dem Eheschutzverfahren weiter galt. Mit dem heute angefochtenen Entscheid setzte der Bezirksrat den Beschluss der Vormundschaftsbehörde durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung sofort in Kraft. Das konnte er formell auf § 25 Abs. 2 VRG stützen. Das Einreichen der Berufung änderte daran für den Moment nichts, da der Bezirksrat dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzog (§ 189 Abs. 1 GOG, Beschluss Ziff. 6). Das Obergericht hatte keinen Anlass, dazu eine gegenteilige Anordnung zu treffen, was auch ohne Parteiantrag möglich gewesen wäre (§ 189 Abs. 2 GOG, Art. 296 Abs. 3 ZPO).

Zur Zeit gilt also, dass die Kinder jedes zweite Wochenende bei und mit dem Vater verbringen. Das galt schon nach der Verfügung im Eheschutz. Diesbezüglich änderte also nichts, ausser der neuen ausdrücklichen Anordnung, dass das Wochenende am Freitag um 18 Uhr beginnt. Wie die Parteien "Wochenende" nach der eheschutzrichterlichen Verfügung verstanden, ist nicht bekannt. Jedenfalls ging das nicht weniger weit als die neue Zeitspanne von Freitag 18 Uhr bis Sonntag 18 Uhr. Da der Vater ausdrücklich *mehr* Zeit mit den Kindern verbringen will als nach der neuen Regelung, ist er was die Wochenenden angeht, nicht beschwert und hat er kein rechtliches Interesse an der Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung. Diesbezüglich ist auf seine Berufung nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

3.2 Der Bezirksrat erwog unter anderem, dass einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen werden könne, wenn andernfalls ein schwerer Nachteil drohe, wichtige Polizeigüter bedroht seien und dringende Abhilfe geboten sei (act. 3). Dem hält der Vater entgegen, dass seine Beziehung zu den Kindern gut und innig sei und sich die Kinder bei ihm wohl fühlten, gegenteils sogar geweint hätten als sie erfuhren, dass sie nun nicht mehr jeden Tag bei ihm sein sollten. Den Wohnortswechsel habe die Mutter selber gewählt. Die Kinder hätten zwar Kontakte auch in G._____, vor allem aber immer noch in C._____, und auch zu den Grosseltern sei das Verhältnis sehr gut. Die Autofahrt von einem zum anderen Ort dauere entgegen der Behauptung der Mutter auch zu Stosszeiten nur gerade zwölf Minuten, und er fahre jeweils pünktlich um 18.30 Uhr weg und brin-

ge die Kinder auf 18.45 Uhr nach G._____ zurück. Der Wechsel stelle für die Kinder keinen Stress dar. Wenn schon sei es für sie unangenehm, dass die Mutter nun mit einem Freund zusammen lebe, und dass sie häufig noch arbeite, wenn er mit den Kindern komme. Er habe übrigens den Hinweis aufgenommen, dass die Kinder nicht noch spät abends sollten Hausaufgaben erledigen müssen und achte nun darauf, dass sie das am Nachmittag machten (act. 2).

Die aus dem einschlägigen Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungspflege übernommenen (und zugespitzt zitierten) Erwägungen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung passen zu einer Baubewilligung, oder zu einem Verfahren, bei dem es um das Zurückschneiden von Büschen am Strassenrand geht, aber nicht auf Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. Hier ist der Fokus auf der Situation des Kindes. Darum spielt es keine Rolle, was im allgemeinen Verwaltungsrecht durchaus wesentlich wäre: dass die Mutter den Umzug nach G._____ wählte. Das Kindesrecht hat weder Fehlverhalten der Eltern zu sanktionieren noch Wohlverhalten zu belohnen. Es kommt einzig darauf an, wie sich die aktuelle Situation für die Kinder auswirkt.

Die Frage nach Erteilung oder Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels ist der Sache nach eine vorsorgliche Massnahme. Sie wird nur für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens getroffen und steht unter dem Vorbehalt eines anderen Entscheides in der Sache. Dieser kann erst nach vollständigem Verfahren mit Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und Respektierung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO) getroffen werden. Dem gegenüber muss eine vorsorgliche Massnahme rasch greifen und ist sie daher auf Grund bestmöglicher, aber doch einstweilen nur summarischer Abklärungen zu erlassen; für die Darstellungen der Parteien und für andere Elemente genügt, dass sie glaubhaft gemacht sind (analog aus Art. 261 Abs. 1 ZPO).

Die Regelung der Eheschutzrichterin, mit welcher sie den entsprechenden übereinstimmenden Antrag der Eltern übernahm, ist ungewöhnlich. Das heisst durchaus nicht, dass sie falsch oder auch unzweckmässig wäre, aber sie ist nur auf dem Hintergrund der besonderen Umstände zu verstehen: die Eltern wohnten in C._____ in benachbarten Häusern, die Mutter arbeitet offenbar häufig (aus-

wärts) nachmittags, der Vater ist dann arbeitsfrei. Die Lösung des all(werk-)täglichen Aufenthaltes der Kinder beim Vater (und damit auch den Grosseltern, welche in der selben Wohnung leben) war damit zweckmässig. Gleichwohl hatten die Kinder einen festen Wohnort bei der Mutter, was sich nicht zuletzt darauf stützte, dass die Kinder in der Regel alle Mahlzeiten bei und mit der Mutter einnahmen – die Kinder waren jeweils von zwei Uhr (nach dem Eintritt in die Schulpflicht: ab Ende Schule) bis halb sieben beim Vater. Durch die unmittelbare Nähe ergab sich aus dieser Regelung zunächst kein Problem: wenn die Kinder sich mit Nachbarkindern oder Schulkameraden treffen wollten, spielte es jedenfalls räumlich keine Rolle, aus welcher Wohnung sie kamen, wenn sie irgend etwas brauchten, ein Kleidungsstück, das Badezeug, ein Schulbuch oder was immer, konnten sie es holen, ob es sich gerade in der mütterlichen oder väterlichen Wohnung befand.

Mit dem Umzug nach G. _____ sind diese Grundlagen verändert worden. Die Angaben der Eltern zur Fahrzeit gehen auseinander: nach Angaben der Mutter sind es 30 bis 45 Minuten, und zwar bereits beim Holen nach der Schule, der Vater will die Strecke in zwölf Minuten bewältigen. Das lässt sich heute nicht abschliessend beurteilen; die Angabe des Vaters hat für sich, dass er selber am besten weiss, wie lange er braucht (weil er ja selber fährt), der Hinweis der Mutter auf den abendlichen Verkehr hat aber die Plausibilität für sich. Dass der Vater die Kinder nach eigenen Angaben regelmässig auf 18.45 Uhr zurück bringt, während nach dem Eheschutzentscheid eigentlich 18.30 Uhr gilt, spricht für eine längere Fahrzeit. Darum geht es allerdings heute nicht, oder doch nicht in erster Linie. Mit der räumlichen Distanz ist es nicht mehr sozusagen gar nicht wichtig, ob die Kinder formell in der einen oder anderen Wohnung sind, ob sie von der Mutter oder vom Vater betreut werden. Sie können auch nicht zu Fuss nach Hause gehen, mit Schulkameraden auf dem Heimweg trödeln, sondern sie werden per Auto abgeholt und in ein anderes Dorf gefahren. Dass sie dort gute Kontakte haben, wie der Vater betont, ist sehr wohl glaubhaft, aber das sind nicht mehr die Kameradinnen des Alltags, namentlich der Schule. Zu glauben ist auch, dass sie sich mit dem Vater und den Grosseltern gut verstehen. Allerdings sagen Kinder, die ihre beiden Eltern gern haben (was glücklicherweise meistens der Fall ist, und hier gibt es keine Anzeichen für etwas Anderes) dem jeweiligen Elternteil bewusst oder un-

bewusst das, was dieser gerne hört – oder wovon sie glauben, er höre es gern. Bei wem sich die Kinder wohler fühlen, ist daher aufgrund ihrer Äusserungen den Eltern gegenüber kaum zu beurteilen. Fest steht allerdings, dass das Verhältnis der Eltern untereinander gestört ist. In Eheschutz- oder Scheidungsverfahren darf das Gericht in der Regel annehmen, das Ende des gerichtlichen Verfahrens werde auch eine gewisse Entspannung bewirken. Hier sind aber nach den Angaben des Vaters selber strafrechtliche Verfahren wegen Tätlichkeiten und Vergewaltigung (!) geführt worden oder werden geführt, und auch dem abklärenden Sozialarbeiter waren die Spannungen auffällig (VB-act. 19 S. 3). Ob die Vorwürfe berechtigt sind oder nicht, spielt gar keine Rolle – für das Klima unter den Eltern sind solche Verfahren so oder so problematisch. Und es entspricht der Erfahrung, dass das die Kinder sogar dann spüren würden, wenn ihnen die Eltern davon nichts erzählten. Diese Spannungen müssen einem guten Kontakt der Kinder zu beiden Eltern nicht entgegenstehen, aber sie haben besonders Einfluss auf die "Schnittstellen", also wenn die Kinder vom einen zum anderen Elternteil wechseln – und gerade solche Wechsel sah die Regelung des Eheschutzentscheides jeden (Werk-)Tag vor. Das Verfahren bis zu einer definitiven Regelung – welche ja auch noch ans Obergericht weiter gezogen werden kann – wird vermutlich noch einige Zeit dauern. In dieser Situation hat der Bezirksrat zu Recht angenommen, eine vorsorgliche Massnahme mit Abänderung der bisherigen Betreuungsregelung dränge sich im Interesse der Kinder auf; auch der Abklärungsbericht der Jugend- und Familienberatung erachtet das bisherige Regime als für die Kinder ungünstig und belastend (VB-act. 19). Eine vorsorgliche Regelung war umso weniger problematisch, als damit nicht die Kinder umplatziert werden – sie leben nach wie vor bei der Mutter, allerdings mit weniger häufigen Betreuungs-Zeiten beim Vater.

Wie die vorübergehende Regelung aussehen solle, war mit dem Entscheid zur Abänderung an sich noch nicht präjudiziert. Der Bezirksrat hat den Weg gewählt, der hängigen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Da er ohne Bindung an Parteianträge entscheidet (Art. 296 Abs. 3 ZPO), wäre auch eine andere Lösung in Frage gekommen. Indem er die Wochenenden bereits am Freitagabend beginnen lässt und die Kinder jeden zweiten Mittwoch dem Vater anvertraut, hat er jedenfalls einen zweckmässigen Entscheid getroffen. Insbeson-

dere hat er zu Recht nicht negativ gewichtet, dass die Mutter nach der insoweit glaubhaften Schilderung des Vaters manchmal noch am Arbeiten ist, wenn die Kinder heim kommen. Sie sind nicht mehr so klein, dass sie einer lückenlosen direkten Betreuung bedürften. Bei der Mutter sind sie zu Hause und haben sie ihre Sachen. Und in einem dringenden Fall könnte sich die Mutter auch bei einer Nagel-Kundin einen Moment entschuldigen – so gut wie wenn das Telefon klingelte. Die Lösung entspricht auch dem, was die von der Vormundschaftsbehörde beauftragte Fachstelle empfiehlt.

Für den endgültigen Entscheid ist damit nichts Definitives entschieden. Möglicherweise können für den definitiven Entscheid erste Erfahrungen des Beistandes verwertet werden. Ob sich die Kinder bei der Mutter weniger wohl fühlen, seit dort auch ein Freund lebt, wird zu erwägen sein. Es wird auch (falls es sich erhärten lässt) in die Überlegungen einfliessen, dass der Vater einen guten und herzlichen Kontakt zu den Kindern hat, dass sie bei und mit ihm auch die Grosseltern sehen können, dass er nun darauf Acht gibt, dass sie regelmässig die Hausaufgaben schon vor dem Abendessen erledigen können. Das spricht aber nicht gegen die nur für die Dauer des Verfahrens einstweilen getroffene Massnahme.

Die Berufung ist daher abzuweisen, so weit auf sie einzutreten ist.

4. Die Kosten der Berufung sind damit dem Vater aufzuerlegen. Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, entfällt eine Parteientschädigung.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten werden kann, und der angefochtene Beschluss des Bezirksrates C. _____ vom 12. Oktober 2011 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.-- wird dem Berufungskläger auferlegt.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Vormundschaftsbehörde C._____, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat C._____, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: