

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 4. Oktober 2012

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,
Berufungsbeklagte

betreffend **Ferienregelung**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates Zürich vom 16. August 2012 i.S. C._____, geb. tt.mm.1997; VO.2012.910 (Vormundschaftsbehörde E._____)

Erwägungen:

I.

1. Der 1947 geborene A._____ stammt aus D._____ [Staat], die 1961 geborene B._____ aus E._____ [Staat]. Die beiden heirateten am tt. Dezember 1996 in E._____, wo sie ehelichen Wohnsitz begründeten. Am tt.mm.1997 wurde ihre gemeinsame Tochter C._____ geboren. Ab April 2000 lebten die Eltern getrennt und mit Urteil vom 11. September 2001 wurde ihre Ehe geschieden. C._____ wurde gemäss dem übereinstimmenden Antrag der Eltern unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt, und es wurde ein Besuchs- und Ferienrecht festgelegt, entsprechend dem Antrag der Eltern in eher unüblicher Detaillierung (act. 10/105). Trotzdem stehen die Eltern seither in einer Auseinandersetzung um die Kontakte von C._____ zu ihrem Vater. Auch vermochten die im Nachgang zum Scheidungsverfahren getroffenen vormundschaftlichen Massnahmen keine Abhilfe zu schaffen:

Mit Entscheid vom 14. Juli 2003 beschloss die Vormundschaftsbehörde E._____ im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB die Errichtung einer Beistandschaft, im Wesentlichen mit dem Auftrag an den Beistand, die Kontakte zwischen Vater und Tochter gemäss Scheidungsurteil zu organisieren und zu überwachen. Um (auch) bezüglich der zahlreichen wichtigen Fragen, bei welchen die Eltern zerstritten waren, vermitteln zu können, wurde die Beistandschaft auf die allgemeine Unterstützung der Eltern in der Sorge um das Kind im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB erweitert. Im Laufe der Zeit zeigte sich aber, dass die Beistandschaft, soweit sie über das Durchsetzen von Anordnungen betreffend Ferien und Besuche hinaus ging, zur völligen Wirkungslosigkeit gebracht und für das Austragen von Konflikten, die im Scheitern der Partnerschaft der Eltern gründen, missbraucht wurde. Im Jahre 2007 beschloss die Vormundschaftsbehörde daher, die Beistandschaft (wieder) auf die Begleitung der Elternkontakte (Art. 308 Abs. 2 ZGB) zu beschränken.

Die Umsetzung der Besuchs- und Ferienregelung bereitet nach wie vor erhebliche Probleme, was der ausserordentliche Umfang der Akten der Vormund-

schaftsbehörde zeigt. Das Thema des Nachholens von ausgefallenen Besuchs- und Ferientagen findet bereits seit 2005 Niederschlag in den Akten. Ebenso führte die Mandatsführung der jeweiligen Beistände zu umfangreichen Korrespondenzen und veranlasste den Berufungskläger auch zu Beschwerden über deren Amtsführung.

Die Eltern standen sich zum Thema bereits im Jahre 2007 vor der Kammer gegenüber (Prozess Nr. NX070051). Der entsprechende Entscheid datiert vom 16. November 2007 und dessen Inhalt wird für das Folgende vorausgesetzt.

2. Am 26. Juni 2012 hatte die Vormundschaftsbehörde E. _____ eine als Aufsichtsbeschwerde betitelte Eingabe des Berufungsklägers, in welcher es im Wesentlichen um die Festsetzung der Sommerferien 2012 ging, abschlägig entschieden (act. 10/710; act. 9/1=act. 10/721). Die Vormundschaftsbehörde führte aus, im Jahre 2012 sei eine von beiden Elternteilen akzeptierte weitergehende Ferienregelung - vom 18. Juli 2012 bis und mit 25. Juli 2012 - nicht erreichbar gewesen, weshalb die Beiständin basierend auf dem Vorschlag des Berufungsklägers Ferien von Mittwoch, 18. Juli 2012, 9 Uhr bis Dienstag, 24. Juli 2012, 18 Uhr bestätigt habe. Diese Regelung entspreche einem Zeitraum von sieben Wochentagen und sei in Übereinstimmung mit der einschlägigen Anordnung gemäss Scheidungsurteil vom 11. September 2001 erfolgt (act. 10/105 S. 20, Dispositivziffer 3./4; act. 9/1). Es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Beiständin die von ihr korrekt bezeichnete Ferienwoche nicht richtig festgelegt haben soll.

Dieser Beschluss wurde vom Berufungskläger beim Bezirksrat Zürich mit Eingabe vom 12. Juli 2012 angefochten (act. 9/2). Der Berufungskläger verlangte im Hauptantrag (sinngemäss) die Einräumung eines Ferienbesuchsrechts vom 18. Juli 2012 bis 25. Juli 2012 und (sub-)eventualiter die Festlegung der Nachholzeit für die vermutlich verpasste Ferienwoche.

Der Bezirksrat wies mit Beschluss vom 16. August 2012 den Hauptantrag ab und bestätigte den zentralen Punkt der Anordnung der Vormundschaftsbehörde, nämlich dass die Ferienwoche sieben Wochentage dauere. Der Bezirksrat führte aus, die Beiständin habe gemäss ihrem Auftrag als Vermittlerin zwischen den

zerstrittenen Kindseltern den Ferienvorschlag des Berufungsklägers entgegengenommen und ihm sieben Tage - selbstverständlich seien dies grundsätzlich sieben Wochentage und nicht sieben Tage à 24 Stunden - zugestanden bzw. bestätigt und zugleich bei der Kindsmutter nachgefragt, ob aus ihrer Sicht ein weiterer Ferientag einräumbar wäre. Es sei der Berufungskläger gewesen, welcher gemäss Scheidungsurteil keinen fixen Beginn und kein fixes Ende der Ferien gewollt habe, weshalb gerade von ihm eine gewisse Flexibilität in Bezug auf die Vermittlung der Beiständin und in Bezug auf die Mitsprache der Kindsmutter zu erwarten sei (act. 4/1 S. 7). Der Berufungskläger könne sein Ferienbesuchsrecht nicht einseitig festlegen, sondern er gebe lediglich seine Vorschläge bezüglich allfälliger Ferientermine ein, und die Meinungen der Kindsmutter und der 15 Jahre alten Tochter seien genauso relevant und würden bei der Ausgestaltung des Ferienbesuchsrechts mit einfließen. Zum (Sub-)Eventualantrag äusserte sich der Bezirksrat nicht (act. 4/1).

Gegen den am 21. August 2012 zugestellten Entscheid des Bezirksrates liess der Berufungskläger rechtzeitig mit Eingabe vom 31. August 2012 Berufung erheben (act. 2; act. 9/15). Er beantragt die Aufhebung des Beschlusses des Bezirksrates vom 16. August 2012 insofern, als festzustellen sei, dass die umstrittenen Vaterferien mit der Tochter vom 18. Juli bis 25. Juli 2012 nicht zustande gekommen sind und daher noch bezogen werden können (act. 2 S. 2). Es wurden die Akten von Bezirksrat (act. 9/1-15) und Vormundschaftsbehörde (act. 10/1-747) beigezogen, aber keine Beschwerdeantwort und keine Vernehmlassungen eingeholt (Art. 312 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. GOG; Art. 191 GOG). Ein Prozesskostenvorschuss wurde vom Berufungskläger geleistet (Art. 98 ZPO, act. 11 und act. 13).

II.

1.1. Gegen Entscheide der Bezirksräte in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 90 bis 456 ZGB) sind gemäss § 187 GOG die Rechtsmittel der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) zulässig. Das Verfahren richtet sich unter Vorbehalt von § 187 ff. GOG nach den Bestimmungen über die Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO. Die angerufene Instanz erweist sich damit als zuständig.

1.2. Der Hauptantrag des Berufungsklägers war in bezirksrätlicher (Rechtsmittel-)Instanz im Zeitpunkt des Entscheides am 16. August 2012 infolge Zeitablaufs gegenstandslos geworden. Der vom Berufungskläger geltend gemachte Anspruch auf Bezug von Ferien mit der Tochter C._____ im Monat Juli 2012 konnte im August 2012 nicht mehr geregelt werden. Der Streitgegenstand war definitiv weggefallen. Damit mutierte das Eventualbegehren, es sei die Nachholzeit für die (vermutlich) verpasste Woche festzulegen, zum Hauptbegehren. Zu diesem Begehren finden sich keine Erwägungen im angefochtenen Entscheid, indes erfuhren (sämtliche) Begehren eine (formelle) Abweisung durch den Bezirksrat (act. 4/1 S. 8).

1.3. Im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren werden Änderungen des Streitgegenstandes grundsätzlich nicht zugelassen (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 83 N 8). Damit kann der in der Beschwerdeschrift (act. 10/710) gestellte Antrag im Verlaufe des Verfahrens grundsätzlich nicht erweitert werden. Vor Vormundschaftsbehörde beanstandete der Berufungskläger die Amtsführung der Beiständin und insbesondere deren Festlegung des Enddatums der Sommerferien auf Dienstag, 24. Juli 2012 (act. 10/710). Streitgegenstand war die Berechnung des Ferienanspruchs. Wenn nun der Berufungskläger vor Bezirksrat die Festlegung von Nachholzeiten verlangt, so erfährt der Streitgegenstand insofern eine Änderung, als ein weiterer als der ursprünglich eingeklagte Anspruch erhoben wird. Das Rechtsbegehren wird quantitativ erweitert und inhaltlich abgeändert (vgl. hierzu Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 27 Rz 10). Damit handelt es sich beim Eventualantrag auf Festlegung von Nachholzeiten der Sache nach um eine Klageänderung. Ob dieses Begehren als Hauptbegehren oder lediglich im Sinne eines Eventualbegehrens für den Fall geltend gemacht wird, dass dem ursprünglichen Hauptbegehren kein Erfolg beschieden sei, ändert nichts an der Qualifikation eines derartigen Vorgehens als Klageänderung. Ist im Eventualbegehren des Berufungsklägers eine im Beschwerdeverfahren unzulässige Klageänderung zu erblicken, hat die Vorinstanz zu Recht auch dieses Begehren abgewiesen (bzw. recte: nicht an Hand genommen). Das ist allerdings mangelhaft begründet, bzw. die Begründung fehlt im vorinstanzlichen Entscheid.

In der Begründung muss als Ausfluss des rechtlichen Gehörs dargelegt werden, von welchem Sachverhalt die entscheidende Instanz ausgegangen ist und aufgrund welcher Bestimmungen und Erwägungen es zu einer Klagegutheissung bzw. Abweisung kommt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn diese die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Komm., Art. 53 N 27). Die Kammer als Berufungsinstanz kann den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen und fällt gestützt darauf einen neuen Entscheid (§§ 310 i.V. m. 318 ZPO). Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, und zwar auch solche, die Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde sein können und zur Aufhebung des Entscheides führen würden, können daher mit der Berufung gerügt und im Berufungsverfahren geheilt werden. Das geschieht vorliegend auch, indem der Berufungskläger in der Begründung der Berufung sich dahin gehend geäussert hat, dass der Bezirksrat mit keinem Wort auf den subeventualen Antrag eingegangen sei und dies dem Anspruch auf rechtliches Gehör widerspreche (act. 2 S. 4). Auf den Antrag des Berufungsklägers, es seien Nachholzeiten festzulegen, wurde vorstehend eingegangen. Zu beachten ist schliesslich, dass der Berufungskläger selber keine Rückweisung an die Vorinstanz beantragt und eine solche nicht in Frage käme, nachdem der Mangel der Begründung - wie soeben dargelegt - im Berufungsverfahren geheilt werden kann.

2.1. Die Vorinstanz hat im Ergebnis das Recht nicht unrichtig angewendet (Art. 310 ZPO). Der Bezirksrat hat sich - wie bereits gezeigt - ebenfalls zu Recht nicht zum Thema von Nachholzeiten geäussert. Dies führt zur Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides und zur Abweisung der Berufung.

2.2. Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass aufgrund der Vorbringen fraglich ist, ob sich der Berufungskläger überhaupt auf ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse i.S. v. Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO berufen kann. Ein Feststellungsinteresse ist zu bejahen, wenn eine Ungewissheit über den Bestand des fraglichen Rechts vorliegt, wenn zwischen den Parteien einen nach aussen hin manifestierte unterschiedliche Auffassung darüber besteht und die eine Partei den

Bestand des Rechts oder Rechtsverhältnisses behauptet und die andere diesen bestreitet (Füllemann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 88 N 8).

Im Scheidungsurteil wurde ein Nachholrecht des Berufungsklägers ausdrücklich festgehalten (act. 10/105 S. 20, Dispositivziffer 3./4.d). Der Besuchsrechtsbeistand hat klar und unmissverständlich diese rechtlich verbindliche Regelung zu organisieren und zu überwachen, das heisst umzusetzen. Ganz abgesehen davon, dass der Berufungskläger seine Behauptung nicht belegt, die Beiständin habe in einem Schreiben vom 22. August 2012 festgehalten, dass die Woche vom 18. Juli -29. Juli 2012 (recte: 24.07.12) als bezogen gelte, hat er nicht behauptet, dass die Kindsmutter sich auf diesen Standpunkt stellt, dass nämlich die Sommerferienwoche als bezogen gelte. Soweit aufgrund der vorliegenden Akten beurteilbar, liegt der Grund für den Ausfall der Sommerferien nicht beim Berufungskläger. Damit sind die Ferien nachzuholen (act. 10/105 S. 20, Dispositivziffer 3./4.d). Die Tochter C._____ schreibt denn auch in einer E-Mail Nachricht an die Beiständin am 15. Juli 2012, dass sie sich sehr freue, dass ihr Vater ihr ermögliche, nach F._____ (in der Zeit vom 18. Juli bis 24. Juli 2012) zu fahren und sie, C._____, ein anderes Mal in diesen Ferien - "wir müssen uns noch entscheiden, wann genau" - zu ihm (dem Vater) gehe (act. 4/4). Damit ist sehr fraglich, ob das Recht auf Nachholen der Sommerferien überhaupt strittig ist.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten der Berufung zu Lasten des Berufungsklägers, und es ist mangels Umtriebe der Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

- 1 Die Berufung wird abgewiesen, und der angefochtene Beschluss des Bezirksrates vom 16. August 2012 wird bestätigt.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.-- festgesetzt. Sie wird dem Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Prozesskostenvorschuss verrechnet.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse, die Vormundschaftsbehörde E._____, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: