

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120076-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 14. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin (neu)

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner (neu)

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Besuchsregelung**

Beschwerde (neu) gegen eine Präsidialverfügung des Bezirksrates Zürich vom 11. Dezember 2012 i.S. C. _____, geb. tt.mm.1999, und D. _____, geb. tt.mm.1997; VO.2012.1334 (Vormundschaftsbehörde E. _____)

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte/anwendbares Recht)

1. D._____ und C._____ (geboren am tt.mm.1997 bzw. am tt.mm.1999) sind die gemeinsamen Töchter der Parteien. Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil vom 21. Mai 2007 der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich geschieden. Der Vereinbarung der Parteien über die Folgen der Scheidung vom gleichen Tag entsprechend wurden dabei die Töchter unter die elterliche Sorge des Vaters gestellt; der Mutter wurde das verabredete Besuchsrecht eingeräumt. Im Wesentlichen sah dieses zum einen neben einem Ferienbesuchsrecht von viereinhalb Wochen im Jahr gerichtsbliche Regelung für Besuche in der Weihnachtszeit sowie an Ostern bzw. an Pfingsten vor. Zum anderen umfasste es Besuche bei der Mutter über das Wochenende alle vierzehn Tage und ab dem 1. Januar 2008 während der Schulzeit zusätzlich allwöchentliche Besuche vom Mittwochnachmittag auf den Donnerstagmorgen (vgl. VB-act. 22).

2. - 2.1 Im Oktober 2010 gelangte die Mutter, A._____, an die Vormundschaftsbehörde E._____. Dabei ersuchte sie neben anderem um die Prüfung des Wohlbefindens der Töchter und äusserte zudem das Anliegen, ihr Besuchsrecht auszuweiten. Am 11. Januar 2011 ordnete die Vormundschaftsbehörde im Einverständnis der Parteien für die Töchter eine Beistandschaft i.S.v. aArt. 308 Abs. 2 ZGB an. Der Beiständin wurde dabei u.a. der Auftrag erteilt, sofern angezeigt mit den Eltern eine sinnvolle und insbesondere im Kindeswohl stehende Anpassung des Besuchsrechts auszuarbeiten.

Der Bezirksrat Zürich hob die Beistandschaft in der Folge jedoch mit Beschluss vom 19. Januar 2012 wieder auf, und zwar aufgrund einer Beschwerde des Vaters, B._____, und nachdem ebenso A._____ dem Bezirksrat die Gutheissung der Beschwerde beantragt hatte (vgl. VB-act. 47 [= VB-act.48] S. 2 f. [Erwägung 1.2] und S. 3 f. [Erwägung 3.1]).

2.2 Am 12. Dezember 2011 liess A._____ bei der Vormundschaftsbehörde die Abänderung der Besuchsrechtsregelung des Scheidungsurteils vom 21. Mai 2007

in praktisch allen Punkten beantragen (vgl. VB-act. 46). Mit Beschluss vom 16. Oktober 2012 folgte die Vormundschaftsbehörde dem Antrag im Wesentlichen und änderte die im Scheidungsurteil vorgenommene Besuchsrechtsregelung entsprechend ab (vgl. VB-act. 68 [= act. 8/1a = act. 8/1b = act. 3/1]).

Dagegen beschwerte sich B._____ beim Bezirksrat Zürich mit Eingabe vom 30. Oktober 2012 (act. 8/2). Er beantragte eine geringere Abänderung der im Scheidungsurteil getroffenen Besuchsrechtsregelung (a.a.O., S. 2) und ersuchte um unentgeltliche Rechtsvertretung (a.a.O., S. 3).

2.3 Mit Verfügung vom 31. Oktober 2012 ordnete der Präsident des Bezirksrates den Beizug der vormundschaftsbehördlichen Akten an und setzte der Vormundschaftsbehörde zugleich Frist zur Vernehmlassung (act. 8/4). Nach dem Eingang der Vernehmlassung vom 20. November 2012 wurde diese den Parteien mit Verfügung vom 22. November 2012 zugestellt.

Mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2012 liess A._____ ihre Stellungnahme zur Beschwerde einreichen. Dabei beantragte sie die Abweisung der Beschwerde und die Gewährung unentgeltlicher Prozessführung. Zugleich ersuchte sie um den Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit dem Hauptantrag, ihr Besuchsrecht im Sinne des vormundschaftsbehördlichen Entscheides abzuändern, sowie dem Eventualantrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (vgl. act. 8/10 S. 2).

Am 11. Dezember 2012 wies der Präsident des Bezirksrates das Gesuch von A._____ um Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. Entzug der aufschiebenden Wirkung der bei ihm hängigen Beschwerde ab (vgl. act. 7 [= act. 3/1 = act. 8/12]). Als Rechtsmittel wurde korrekt die Berufung belehrt, mit einer Frist von 10 Tagen und verbunden mit dem Hinweis, dass die Frist während der Gerichtsferien nicht still stehe (a.a.O., S. 5).

2.4 Mit Schriftsatz vom 24. Dezember 2012 (vgl. act. 2 f.), welcher der Post auch an diesem Tag übergeben wurde, liess A._____ rechtzeitig Berufung erheben. Der Schriftsatz ging am 27. Dezember 2012 bei der Kammer ein. Daraufhin wurde der Beizug der vorinstanzlichen Akten sowie der Akten der Vormundschaftsbe-

hörde veranlasst (vgl. act. 4). Zusammen mit einem Kurzbrief vom 7. Januar 2013 wurden alle diese Akten vom Bezirksrat der Kammer übersandt (vgl. act. 6 ff.).

Mit der Berufung verlangt A._____, es sei die Verfügung des Bezirksratspräsidenten vom 11. Dezember 2012 aufzuheben und der Beschwerde von B._____ gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde E._____ die aufschiebende Wirkung zu entziehen (vgl. act. 2 S. 1). Der Sache nach (vgl. act. 2 S. 5-7) ersucht A._____ zudem um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Kostenbefreiung, unentgeltliche Rechtsverteidigung) für das Berufungsverfahren.

Wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird, erweist sich die Sache sogleich als spruchreif.

3. Am 1. Januar 2013 ist die Teilrevision des ZGB zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in Kraft getreten (letzteres war bislang das sog. Vormundschaftsrecht). Dieses umfasst auch diverse Verfahrensvorschriften (vgl. die neuen Art. 440 ff. ZGB i.V.m. nArt. 314 Abs. 1 ZGB). Gleichzeitig traten die kantonalen Einführungsbestimmungen dazu in Kraft (im Wesentlichen das sog. EG KESR).

3.1 Das neue Recht sieht in formeller Hinsicht vor, dass bei seinem Inkrafttreten hängige Verfahren von den neu zuständigen Behörden weitergeführt werden (Art. 14a Abs. 1 SchIT ZGB). Dem entsprechend haben die kommunalen Vormundschaftsbehörden noch vor Ende 2012 alle ihre Dossier den neuen regionalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (vgl. dazu §§ 2 ff. EG KESR) übergeben. Der Kanton Zürich hat mit den Bezirksräten und dem Obergericht zwei "gerichtliche Beschwerdeinstanzen" im Sinne von Art. 441 Abs. 1 ZGB geschaffen (§§ 63 und 64 EG KESR). Das entspricht der bisherigen Ordnung (§§ 41 und 75 EG ZGB), und an der Zuständigkeit des Obergerichts ändert sich daher nichts.

3.2 Anders als beim Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung anfangs 2011 (Art. 404 Abs. 1 ZPO) enthält das Übergangsrecht des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts keinen Vorbehalt für hängige Verfahren. Das neue Verfahrensrecht verlangt im Gegenteil sofort Anwendung und die nach neuem Recht zuständige Behörde muss darüber befinden, ob und wie weit das unter dem alten Recht hängig gewordene Verfahren allenfalls ergänzt werden muss (Art. 14a Abs. 2 und 3 SchIT ZGB).

3.2.1 Nach dem neuen Recht heisst das Rechtsmittel, das gegen Entscheide der Bezirksräte im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zulässig ist, nicht mehr Berufung, sondern "Beschwerde" (§ 64 EG KESR). Das ist terminologisch im Rubrum zu berichtigen und es sind A. _____ und B. _____ im Folgenden als Beschwerdeführerin und als Beschwerdegegner zu bezeichnen.

3.2.2 Im Übrigen zeitigt das neue Recht im Rechtsmittelverfahren vor dem Obergericht als zweiter kantonal (Beschwerde-)Instanz im Vergleich zum bisherigen Verfahrensrecht, jedenfalls bezogen auf das vorliegende Verfahren, keine wesentlichen Auswirkungen:

- Wie bisher bei der Berufung kantonalen Rechts (vgl. §§ 187 ff. GOG) kommt der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu, wenn die Vorinstanz oder das Obergericht nichts anderes anordnen (Art. 450c ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB; vgl. ferner aArt. 314 Ziff. 2 ZGB). Begehren um Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittel kommt dabei weiterhin der Charakter vorsorglicher Massregeln zu und es gilt weiterhin die entsprechende Praxis der Kammer in Angelegenheiten des Kindes- und Erwachsenenschutzes (vgl. z.B. Entscheide der Kammer vom 27. Juli 2006 im Verfahren NX060052, vom 8. November 2011 im Verfahren NQ110047 und vom 3. Mai 2012 im Verfahren NQ120022).
- Vorsorgliche Massnahmen, wie sie der Art. 445 ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB erwähnt, waren bereits dem bisherigen Recht bekannt, und es hat sich unter dem neuen Recht weder hinsichtlich ihrer Voraussetzungen noch hinsichtlich ihrer Anordnung etwas geändert. Sie sind weiterhin im summarischen Verfahren zu behandeln (gl. z.B. AUER/MARTI, in: BSK Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 445 ZGB N 27).
- Die Rechtsmittelfrist gegen Entscheide in Verfahren über vorsorgliche Massnahmen beträgt weiterhin 10 Tage (vgl. Art. 445 Abs. 3 ZGB; gl. z.B. REUSSER, in: BSK Erwachsenenschutz, a.a.O., Art. 450 ZGB N 7), und es sind im Rechtsmittelverfahren über Entscheide zu vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich die weiteren Anordnungen von Art. 314 ZPO zu beachten. Wie gehabt gilt nämlich ergänzend das Verfahrensrecht der ZPO (vgl. § 187 GOG), neu al-

lerdings von Bundesrechts wegen (vgl. Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB).

- Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege sind nach dem eben Dargelegten weiterhin gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO im Rechtsmittelverfahren neu zu stellen und dort gemäss den Art. 117 ff. ZPO zu beurteilen und zu behandeln (es entfällt neu einzig aufgrund von § 60 Abs. 1 i.V.m. § 73 EG KESR die Vorschusspflicht gemäss Art. 98 ZPO.)
- Die Rügen, welche mit der Beschwerde vorgetragen werden können, nämlich die Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des erheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit (Art. 450a ZGB), entsprechen dem bisherigen kantonalen Recht zur Berufung (vgl. auch Art. 310 ZPO i.V.m. § 187 GOG).
- Weiterhin gilt der Untersuchungsgrundsatz, und zwar in Schranken (vgl. dazu die §§ 65 und 67 EG KESR sowie BGE 138 III 374, E. 4.3.1 und z.B. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011, E. 2, m.w.H.). Insbesondere gilt die sog. Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, ist m.a.W. von der Beschwerde führenden Partei jeweils im Einzelnen darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sei.
- Nach wie vor können die Vorinstanzen vom Obergericht zur Vernehmlassung angehalten werden, und es kann das Obergericht nach Ermessen eine mündliche Anhörung durchführen oder schriftliche Stellungnahmen einholen (§§ 66 ff. EG KESR).
- Analog den Regelungen in § 191 Abs. 1 GOG sowie in Art. 312 Abs. 1 ZPO (und ebenfalls in Art. 322 Abs. 1 ZPO) ist schliesslich auf das Einholen von Stellungnahmen usw. zu verzichten, wenn sich eine Beschwerde sogleich als unzulässig oder unbegründet erweist, und es ist die Sache zu entscheiden (vgl. § 66 Abs. 1, 2. Satz, EG KESR).

II.

(Zur Beschwerde im Einzelnen)

1. Die Beschwerdeführerin stellt den angefochtenen Entscheid soweit nicht in Frage, wie mit ihm ihr Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewie-

sen wurde. Sie beantragt heute einzig, es sei der beim Bezirksrat hängigen Beschwerde gegen den Entscheid der Vormundschaftsbehörde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (act. 2 S. 2). Im Ergebnis verlangt sie damit nichts anderes, als dass die von der Vormundschaftsbehörde getroffene Besuchsrechtsregelung bereits ohne Prüfung der Sache durch den Bezirksrat gelten soll.

2. - 2.1 Der Präsident des Bezirksrates hat in der angefochtenen Verfügung die Voraussetzungen, unter denen einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen ist, gemäss dem damals geltenden kantonalen Recht zutreffend dargelegt. Insbesondere hat er richtigerweise erkannt, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei einem Rechtsmittel den Charakter einer vorsorglichen Massnahme hat und die ihm von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge entsprechend behandelt (vgl. act. 7 S. 4 f.). Das anerkennt letztlich auch die Beschwerdeführerin (vgl. act. 2 S. 3, oben: "Es wird nicht bestritten, dass der Entzug ...").

Wie eben unter Ziff. I/3.2.2 dargelegt wurde, hat der Rechtswechsel daran nichts Wesentliches geändert. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung stellt eine Ausnahme vom gesetzlichen Grundsatz des Art. 450c (erster Halbsatz) ZGB dar, wie sie das Prozessrecht ansonsten gemäss Art. 315 Abs. 3 ZPO für Gestaltungsentscheide, wie hier einer zur Debatte steht, nicht kennt. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist aufgrund seines offenkundig erheblichen Ausnahmecharakters folglich weiterhin nur dann anzuordnen, wenn die Besonderheiten des Einzelfalles das nachgerade verlangen. Diese Besonderheiten sind in Fällen wie dem vorliegenden, in denen Kinderbelange betroffen sind und es um den Kindeswohl geht, namentlich dann gegeben, wenn ohne den Entzug Gefahr für das Kind droht oder wenn aus anderen Gründen die Dringlichkeit der Sache (das Kindeswohl) den Entzug offensichtlich gebietet (vgl. auch GEISER, in: BSK Erwachsenenschutz, a.a.O., Art. 450c ZGB N 7).

2.2 Im angefochtenen Entscheid wurde weder eine Gefahr erkannt, die den Töchtern der Parteien ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung droht, noch eine Dringlichkeit unter dem Aspekt des Kindeswohls, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung gebieten würde (vgl. act. 7 S. 4 f.). Das ist sachlich zutref-

fend, weshalb vorab auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann.

Ergänzend bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren ebenfalls nichts vorbringt (vgl. act. 2 S. 2-5), was eine andere Sicht der Dinge rechtfertigte. Namentlich behauptet sie zu Recht nicht, den Töchtern der Parteien drohte eine Gefahr, wenn es einstweilen bei der Besuchsrechtsregelung bleibt, die die Parteien seit längerem leben und die im Wesentlichen derjenigen entspricht, die das Scheidungsurteil festgelegt hat. Es wäre solches denn auch schlicht nicht ersichtlich. Nicht ersichtlich ist ebenfalls eine besondere Dringlichkeit unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls, welche gewissermassen als Schutzmassnahme die unverzügliche Geltung der Anordnungen der Vormundschaftsbehörde geböte. Es lässt sich jedenfalls nicht sagen, es litte das Wohl der Töchter offensichtlich, wenn einstweilen, nämlich bis zum Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens, die bisher gelebte Regelung weiter gelte. Denn mit dem Abschluss dieses Verfahrens im ersten Halbjahr 2013 ist angesichts dessen Verfahrenstandes (vgl. vorn Ziff. I/2.3) mit gutem Grund zu rechnen, wiewohl aufgrund des vorliegenden Verfahrens dem Bezirksrat vorübergehend die Akten zur Bearbeitung fehlten. Eine erneute Anhörung der Töchter nach bereits dreimaliger Befragung erscheint im Übrigen nicht mehr zwingend erforderlich, liesse sich zudem innert relativ kurzer Frist bewerkstelligen, so dass auch insoweit nicht mit erheblichen Verzögerungen zu rechnen wäre.

Gewiss ist, um auch das zu erwähnen, der Wunsch der Töchter stark zu gewichten, mehr Zeit bei der Beschwerdeführerin zu verbringen (vgl. act. 2 S. 4: Wunsch von D._____ und C._____). Dass sich die Vorinstanz dem in ihrer Prüfung der Hauptsache verschliessen würde, behauptet die Beschwerdeführerin indessen selbst nicht, und es erübrigen sich weitere Erwägungen dazu. Zu erinnern ist hingegen im Zusammenhang mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Wunsch der Kinder und dessen Berücksichtigung (vgl. a.a.O. S. 4 f.) etwa, dass die vom Scheidungsgericht getroffene Besuchsrechtsregelung der Vereinbarung der Parteien entsprach, mithin auch ihrem Willen, wie es ebenso ihrem Willen entsprach, dass die von der Vormundschaftsbehörde angeordnete Beistandschaft

für die Töchter anfangs 2012 vom Bezirksrat aufgehoben wurde (vgl. vorn Ziff. I/2.1). Weitere Erörterungen zu allem dem erübrigen sich heute ebenfalls.

Der Antrag der Beschwerdeführerin, der vor dem Bezirksrat hängigen Beschwerde des Beschwerdegegners sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, erweist sich folglich aus den vorstehenden Gründen als unbegründet. Es erweist sich somit die Beschwerde insgesamt sogleich als unbegründet und ist diese daher ohne Weiterungen des Verfahrens abzuweisen. Dem Beschwerdegegner ist indessen noch ein Doppel der Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis (act. 2) zuzustellen.

III.

(Unentgeltliche Rechtspflege; Kosten- und Entschädigungsfolge)

1. Die Beschwerdeführerin hat um die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege für das vorliegende Beschwerdeverfahren ersucht. Die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 118 ZPO wird gemäss Art. 117 ZPO gewährt, wenn eine Partei zum einen nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmasslichen Prozesskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverbeiständung zu tragen, und zum anderen zugleich ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

Wie eben gezeigt wurde, erweist sich die Beschwerde sogleich als unbegründet und ist daher ohne Weiterungen des Verfahrens abzuweisen. Sie erweist sich daher ebenfalls als aussichtslos im Sinne des Gesetzes sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. zum Ganzen: BGE 129 I 135 mit zahlreichen Hinweisen). Das führt ebenso zur Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren, ohne dass die Voraussetzung der Mittellosigkeit zu prüfen wäre.

2. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind grundsätzlich die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, entfällt eine Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin, sondern wäre die Beschwerdeführerin zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zu bezahlen.

Umständehalber ist jedoch auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten und es erweist sich insoweit das Gesuch um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege der Beschwerdeführerin als gegenstandslos und ist dieses abzuschreiben. Dem Beschwerdegegner sind durch dieses Beschwerdeverfahren zudem keine Umtriebe entstanden, die zu entschädigen wären. Es ist ihm daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird, soweit es sich auf die Befreiung von Gerichtskosten bezieht, abgeschrieben und im Übrigen abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Es werden für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten erhoben.
4. Es werden für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde 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.
6. 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 Be-

schwerde 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: