

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ140024-O/U

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

Urteil vom 14. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

betreffend **Rechtsverweigerung / Rechtsverzögerung / Rückweisung**

**Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom
19. Dezember 2013; Proz. PQ130043**

Urteil Bundesgericht vom 17. April 2014; Proz. 5A_40/2014

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Der Beschwerdeführer A.____ (geb. 1965) und B.____ (geb. 1981) sind die Eltern von C.____, geb. tt.mm.2006. Ihre Ehe wurde mit Urteil des Amtsgerichtes Waldshut-Tiengen (Deutschland) vom 21. Dezember 2012 geschieden (act. 4/11/322). Mit Verfügung vom 12. Juni 2008 hatte die Eheschutzrichterin des Bezirksgerichtes Zürich das Getrenntleben der Eltern bewilligt, das Kind C.____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Mutter gestellt und das Besuchsrecht des Vaters geregelt. Sodann wurde für das Kind eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet und die (damalige) Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich wurde ersucht, einen Beistand bzw. eine Beiständin zu bestellen unter anderem mit der Aufgabe, die Durchführung und Organisation des Besuchsrechts zu gewährleisten und zu überwachen (act. 4/11/9/1). Am 14. August 2008 setzte die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich D.____ zur Beiständin ein (act. 4/11/12). Der Vollzug des Besuchsrechts verlief nicht reibungslos und fand auch nicht regelmässig statt (vgl. act. 4/11/306).
2. Mit Eingabe vom 21. August 2013 (act. 4/9/1 = act. 4/4/11) erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bezirksrat Zürich wegen Rechtsverweigerung/Rechtsverzögerung. Er beantragte, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich (nachfolgend KESB Zürich) sei anzuhalten, sein Besuchsrecht und dasjenige der Tochter C.____ durchzusetzen und alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um den (regelmässigen) Kontakt zwischen ihm und seiner Tochter wiederherzustellen (act. 4/9/1 = act. 4/4/11 S. 1). Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, die KESB Zürich habe nichts unternommen, nachdem er sich im Juni 2013 an diese gewandt habe, weil die Kindsmutter seit mehreren Monaten den Kontakt zwischen ihm und seiner Tochter vereitelt bzw. an sachfremde und unakzeptable Bedingungen geknüpft habe (act. 4/9/1 = act. 4/4/11 S. 2).
3. Der Bezirksrat Zürich, II. Kammer, wies die Beschwerde mit Urteil vom 7. November 2013 ab (act. 4/8). Er kam zum Schluss, dass der KESB Zürich insgesamt weder Rechtsverweigerung noch Rechtsverzögerung vorgeworfen wer-

den könne (act. 4/8 S. 7 ff.). Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 19. November 2013 bei der hiesigen Kammer "Berufung (allenfalls Beschwerde)", welche als Beschwerde im Sinne von Art. 450 ff. ZGB und § 64 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) entgegengenommen wurde (act. 4/2). Mit Urteil vom 19. Dezember 2013 wies die Kammer die Beschwerde ab und bestätigte den bezirksrätlichen Entscheid (act. 2). Eine hiegegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 17. April 2014 teilweise gut. Es wies die Sache unter Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (act. 3). Nach Eingang der Akten erweist sich die Sache als spruchreif.

II. Materielles

1. Im nunmehr aufgehobenen Urteil der Kammer vom 19. Dezember 2013 wurde erwogen, dass mit dem Abschluss des Scheidungsverfahrens die Besuchsrechtsregelung der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2008 dahingefallen sei, für das Besuchsrecht keine rechtsgültige Regelung mehr bestehe und deshalb die KESB Zürich weder Anweisungen erteilen noch die notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung des Besuchsrechts anordnen könne (act. 2 S. 4/5). Das Bundesgericht entschied demgegenüber, dass nach Art. 276 Abs. 2 ZPO Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet habe, solange weiter dauerten, bis das zuständige Scheidungsgericht während des gesamten Scheidungsverfahrens die Eheschutzmassnahme ausdrücklich durch eine vorsorgliche Massnahme ersetzt oder stillschweigend durch Endurteil über den Streitgegenstand der Eheschutzmassnahme entschieden habe. Die Eheschutzmassnahme bestehe namentlich dann weiter, wenn das Scheidungsgericht zwar die Ehe durch Teilurteil scheidet, über die Scheidungsfolgen aber, die auch Gegenstand der Eheschutzmassnahmen seien, noch nicht befand. Diese Bestimmung sei zwar auf den Fall zugeschnitten, in dem das durch das schweizerische Scheidungsgericht ausgesprochene Scheidungsurteil im Scheidungspunkt in Rechtskraft erwachse, mit Bezug auf alle bzw. einzelne Scheidungsfolgen aber an die Berufungsinstanz weitergezogen worden sei. Sie sei aber auch auf den vorlie-

genden Fall anzuwenden, in welchem das deutsche Urteil im Scheidungspunkt in Rechtskraft erwachsen sei, hinsichtlich der strittigen Kinderbelange vom ausländischen Scheidungsrichter mangels internationaler Zuständigkeit keine Regelung getroffen worden sei. Die mit Verfügung der Eheschutzrichterin getroffene Besuchsrechtsregelung habe angesichts des unvollständigen ausländischen Scheidungsurteils nach wie vor Bestand und die KESB Zürich sei - da ein Verfahren auf Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils nicht angehoben worden sei - gestützt auf Art. 275 Abs. 1 ZGB sachlich zuständig (act. 3 E. 4 S. 5 - 7). Da das Obergericht nicht geprüft habe, ob und wenn ja in welchem Umfang die KESB tätig geworden sei, lasse sich der Vorwurf formeller Rechtsverweigerung mangels verbindlicher Feststellungen nicht abschliessend beurteilen (act. 3 E. 5 S. 7). Diese Prüfung ist nunmehr nachzuholen.

2. Der Beschwerdeführer wirft der KESB im Ergebnis vor, trotz vorhandener gesetzlicher Grundlagen nicht bzw. nicht rechtzeitig tätig geworden zu sein, mithin eine formelle Rechtsverweigerung. Die Beschwerde ist unter diesem Aspekt zu behandeln (so auch das Bundesgericht in act. 3 S. 4/5). Massgebliches Kriterium ist, ob und in welchem Zeitraum die KESB tätig wurde, wogegen die Art und Weise des Tätigwerdens, mithin die inhaltliche Beurteilung nicht Gegenstand der Prüfung ist. Wenn der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde die Vorgehensweise der KESB oder der Beiständin rügt, sich zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten der Beiständin äussert, oder aber zu den Gründen der verunmöglichten oder erschwerten Kontaktmöglichkeit zu seiner Tochter, zur Frage der Notwendigkeit von begleiteten Besuchen bzw. kindsgerechten Ausgestaltung der Kontakte und zu anderen Fragen, beschlägt dies im Wesentlichen den Inhalt und nicht die formelle Komponente. Hierauf ist im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen.

3.1. Rechtsverweigerung liegt nach der Praxis des Bundesgerichts vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber befinden müsste (BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9; 134 I 229 E. 2.3 S. 232). Rechtsverzögerung als besondere Form der formellen Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Behörde das Verfahren in ungerechtfertigter Weise nicht

innert angemessener Frist erledigt (Steck, BSK Erwachsenenschutz, Art. 450a N 21 mit Hinweisen).

3.2. In seiner Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde vom 21. August 2013 an den Bezirksrat (act. 4/9/1 = act. 4/4/11) machte der Beschwerdeführer geltend, die Kindsmutter vereitele seit mehreren Monaten den Kontakt zwischen ihm und der Tochter C._____ bzw. knüpfe diesen an nicht akzeptable Bedingungen. Er verwies auf den Mailverkehr zwischen ihm und der Beiständin in der Zeit vom 12. April bis 14. Mai 2013 und machte geltend, er habe sich mit Schreiben vom 21. Juni 2013 an die KESB gewandt, da nach dem 14. Mai 2013 noch immer kein Kontakt zwischen ihm und seiner Tochter stattgefunden habe. Auf das Schreiben sei keinerlei Reaktion erfolgt, worauf er am 7. August 2013 erneut an die KESB geschrieben und auf die Dringlichkeit hingewiesen habe. Auch hierauf sei bis zur Beschwerdeerhebung am 21. August 2013 keine Reaktion ergangen. In der zweitinstanzlichen Beschwerde schildert der Beschwerdeführer die Geschehnisse rund um das Besuchsrecht seit Juni 2009 aus seiner Sicht (act. 4/2 S. 2 - 5), weist darauf hin, dass er bereits in der erstinstanzlichen Beschwerde auf seine Kontaktnahme zum Internationalen Sozialen Dienst (ISD) hingewiesen habe (act. 4/2 S. 4) und schliesst nach ausführlicher Schilderung seiner Bemühungen um die Realisierung des Besuchsrechts, dass – unabhängig von den Fragen, wer den Kontaktabbruch zu vertreten habe und ob die KESB das Besuchsrecht / den persönlichen Kontakt zwischen Vater und Tochter schon lange hätte von Amtes wegen regeln müssen – die KESB in jedem Fall zwischen dem 12. April 2013 (E-Mail des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers an die Beiständin) und dem 21. August 2013 (Erhebung der Beschwerde wegen Rechtsverweigerung / Rechtsverzögerung) nicht in der Sache tätig geworden sei (act. 4/2 S. 5 ff., S. 15).

Mit seinem Vorbringen erweiterte der Beschwerdeführer im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren den für die Beurteilung der Rechtsverweigerung / Rechtsverzögerung massgeblichen Zeitraum: Während im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren für die Beurteilung der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung vom 21. Juni 2013 ausgegangen wird (act. 4/9/2/2 = act. 4/4/13 = act. 4/11/345),

setzt er im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren den Beginn der massgeblichen Zeitperiode auf April 2013, als er bei der Beiständin die Durchsetzung moniert haben will. Ob dies prozessual noch zulässig ist, kann offen bleiben. Der vom Beschwerdeführer selbst eingereichte E-Mail-Verkehr zwischen seinem Rechtsvertreter und der Beiständin (E-Mails vom 12. April mit Antwort am 16. April, am 18. April, sodann am 22., 23. April und sodann [offenbar nach Ferien] am 14. Mai 2013, act. 4/9/2/1) macht deutlich, dass jedenfalls in diesem Zeitraum nicht von einem Untätigsein der Beiständin gesprochen werden kann. In wieweit in diesem Zeitraum die KESB hätte tätig werden müssen, tut der Beschwerdeführer nicht dar.

3.3. Aufgrund der Akten ergibt sich im Weiteren das Folgende: Auf das Schreiben des Beschwerdeführers vom 21. Juni 2013 (act. 4/4/13 = 4/9/2/2 = 4/11/345) hin wurde die Beiständin am 25. Juni 2013 von der KESB um einen Bericht ersucht (act. 4/11/346). Der Bericht wurde am 2. Juli 2013 erstattet (act. 4/11/351), was allerdings dem Beschwerdeführer nicht bekannt gemacht wurde. Dass der Bericht erging, hat der Beschwerdeführer aber nicht bestritten (act. 4/2 S. 12). Den Akten der KESB ist weiter zu entnehmen, dass sich diese am 17. Juli 2013 im Zusammenhang mit dem parallel laufenden Beschwerdeverfahren gegen die Aufhebung des Obhutsentzugs gegenüber der Kindsmutter zur Besuchsproblematik äusserte, wobei dem Beschwerdeführer eine Mitverantwortung am Nichtzustandekommen von Kontakten zugewiesen wurde (act. 4/11/352). Nach dem neuerlichen Schreiben des Beschwerdeführers vom 7. August 2013 (act. 4/4/11 = 4/9/2/3 = 4/11/354) sind bis zur Beschwerdeerhebung vom 21. August 2013 keine weiteren Kontakte aus den Akten ersichtlich. Der Bericht der Beiständin vom 2. Juli 2013 wurde dem Beschwerdeführer – wie er selbst ausführt und sich aus den Akten ergibt –, am 26. September 2013 zugestellt (act. 4/11/359). Am 2. Oktober 2013 bat die KESB die Beiständin, im Sinne einer pragmatischen Lösung begleitete Besuche im E._____ aufzugleisen (act. 4/11/361). Es folgten weitere E-Mail-Kontakte im Oktober und November 2013, ein Besuch fand sodann am 26. Oktober 2013 statt (act. 4/4/25, act. 4/11/369). Um weitere Besuche zu organisieren, fanden in der Folge weitere Bemühungen mit Kontakten zwischen der Beiständin und der Mutter einerseits und der Beiständin und dem Rechtsvertreter

des Beschwerdeführers andererseits statt (vgl. z.B. act. 4/11/364). Unbestritten ist schliesslich, dass sich der Beschwerdeführer Anfang Oktober 2013 weigerte, das Anmeldeformular für den begleiteten Besuchstreff zu unterzeichnen (act. 4/2 S. 9). Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juni 2013, gemäss welchem auf die Scheidungsklage nicht eingetreten und worin die Parteien darauf aufmerksam gemacht worden waren, dass es ihnen jederzeit offenstehe, ein Verfahren zur Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils anhängig zu machen (act. 4/11/358), ging der KESB nach Darstellung des Beschwerdeführers bereits zusammen mit seinem Schreiben vom 21. Juni 2013, sicher aber Anfang September 2013 zu.

3.4. Es ergibt sich nach dem Gesagten, dass es im Zeitraum April/Mai 2013 zu regen Kontakten im Zusammenhang mit der Umsetzung von Besuchsrechtsausübung kam, worauf dann bis am 21. Juni 2013 keine weiteren Bemühungen aktenkundig sind. Nach dem Schreiben des Beschwerdeführers vom 21. Juni 2013 erstellte die Beiständin auf Ersuchen der KESB ihren Bericht. Umsetzungsbemühungen sind in den Folgewochen nicht ersichtlich, im September/Oktober 2013 wurden die Bemühungen wieder intensiver und es kam schliesslich am 26. Oktober 2013 zu einem Besuch. Angesichts der Tatsache, dass die inhaltliche Ausgestaltung des Besuchsrechts zwischen den Eltern heftig umstritten blieb (und weiter zu sein scheint), dass die einzig vorhandene Regelung auf das Jahr 2008 zurückgeht, mithin für die Umsetzung erheblich erschwerte Umstände vorlagen und nicht ohne weiteres klar zu sein schien, ob und wie lange die Regelung Bestand habe, dass zudem jedenfalls zu Beginn der fraglichen Periode, d.h. jedenfalls bis Ende Juni 2013 der Ausgang des bezirksgerichtlichen Verfahren nicht klar war, erscheinen die zum Teil über mehrere Wochen dauernden Lücken in den Bemühungen um die Realisierung der Besuche jedenfalls als noch nicht unangemessen. Dies unabhängig davon, von wem die Schwierigkeiten zu verantworten sind. Der Vorwurf des gänzlichen Untätigwerdens trifft augenscheinlich nicht zu und es kann auch nicht davon ausgegangen, dass sich das Tätigwerden der KESB unangemessen lang hinauszögerte. Wenn das Tätigwerden von Beiständin und KESB nicht zum Erfolg führten, d.h. trotz zeitweiligem intensivem Hin und Her insbesondere in den E-Mail-Kontakten über lange Zeit keine Besuche zustande

kamen, ist dies nicht eine Frage der formellen Rechtsverweigerung, sondern eine hier nicht zu klärende materielle Frage. Gleiches gilt für die Frage, wer es zu verantworten hat, dass es über eine lange Zeit zu keinen Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und C._____ gekommen ist. Kann der KESB weder eine Rechtsverweigerung im Sinne eines ungerechtfertigten Nichttätigwerdens noch eine unangemessen lange Verzögerung des Tätigwerdens vorgeworfen werden, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen.

III. Kostenfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Kosten des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksrates Zürich vom 7. November 2013 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: