

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ220051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschluss vom 12. August 2022

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

betreffend **Abweisung Antrag auf Teilnahme von C._____ an der Anhörung vom 06.07.2022**

Beschwerde gegen eine Präsidialverfügung des Bezirksrates Zürich vom 19. Juli 2022, i.S. D._____, geb. tt.mm 2019; VO.2022.75 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

I.

1. B._____ (Beschwerdegegnerin) und A._____ (Beschwerdeführer) sind die nicht verheirateten Eltern des am tt.mm 2019 geborenen D._____. D._____ steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge. Die Eltern von D._____ zogen mit dem Lebenspartner des Beschwerdeführers, C._____, kurz nach der Geburt von D._____ per 1. September 2019 zusammen an die E._____ -Strasse 1 in F._____ [Ortschaft]. Ein Jahr später im September 2020 verliess die Mutter die gemeinsame Wohnung und liess sich im November 2020 in der rund einen Kilometer entfernten Wohnung an der G._____ -Strasse in F._____ nieder (vgl. act. 3/2 S. 6). Die Mutter ist, soweit ersichtlich, seit (mindestens) 2016 mit ihrer Lebenspartnerin H._____ zusammen (vgl. KESB-act. 28).

Die Eltern führen einen Prozess vor Bezirksgericht Zürich (u.a.) über die Betreuung von D._____ und dessen Unterhalt. Mit (Teil-)Urteil vom 16. März 2021 wurde die Obhut den Eltern übertragen, dies mit wechselnder Betreuung, und eine Beistandschaft errichtet (act. 3/2 S. 3). Die (gestützt auf eine vom 23. Februar 2021 datierende Vereinbarung) im Urteil vom 16. März 2021 getroffene Betreuungsregelung sah u.a. im Weiteren vor, dass H._____ an drei Montagen im Monat die Betreuung von D._____ übernimmt (BR-act. 2/3).

2. Mit Schreiben vom 21. November 2020 (und im weiteren Verlauf parallel zum Verfahren vor Bezirksgericht) ersuchte H._____ die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Stadt Zürich (KESB) um Regelung ihres Besuchsrechts mit D._____ gestützt auf Art. 274a ZGB (KESB-act. 28). Am 14. Juni 2022 wurde der Termin für die zweite Anhörung der Eltern von D._____ und von H._____ auf 6. Juli 2022 festgelegt (KESB-act. 161). Auf die Begründung von H._____ für die Anordnung eines Besuchsrechts mit D._____ gemäss ihrer Eingabe vom 21. November 2020 braucht im vorliegenden Kontext nicht eingegangen zu werden (vgl. KESB-act. 28).

C._____ stellte mit Antrag vom 2. August 2021 (KESB-act. 93) ebenfalls einen Antrag auf Regelung seines Besuchsrechts nach Art. 274a ZGB mit D._____. Auf die Begründung von C._____ für die Anordnung eines Besuchsrecht mit D._____ gemäss seiner Eingabe vom 2. August 2021 braucht im vorliegenden Kontext nicht eingegangen zu werden (vgl. KESB-act. 93).

3. Mit Eingabe vom 29. Juni 2022 liess auch der Beschwerdeführer beantragen, es sei C._____, seinem Lebensgefährten und Co-Vater von D._____, ein Kontaktrecht zu gewähren (KESB-act. 166), und er, C._____, sei in das Verfahren vor der KESB in Sachen Festlegung eines Besuchsrecht von Frau H._____ einzubeziehen. Allein um diesen prozessualen Antrag - Teilnahme von C._____ an der Anhörung im Verfahren Besuchsrecht H._____ - dreht sich der vorliegende Streit.

Die KESB wies den Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung von C._____ zur Anhörung im Verfahren Besuchsrecht H._____ mit Verfügung vom 4. Juli 2022 ab (BR-act. 2/1).

4. Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 14. Juli 2022 beim Bezirksrat Zürich Beschwerde und hielt an den vor der KESB gestellten Anträgen fest (BR-act. 1). Der Bezirksrat Zürich (nachfolgend Bezirksrat) trat mit Präsidialverfügung vom 19. Juli 2022 auf die Beschwerde nicht ein. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegte er dem Beschwerdeführer (BR-act. 5 = act. 3/1= act. 6 [Aktenexemplar]).

5. Am 2. August 2022 reichte der Beschwerdeführer innert Frist bei der Kammer Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksrats ein (BR-act. 7 i.V.m. act. 2) und stellt folgende

Anträge:

1. Es sei die Präsidialverfügung des Bezirksrats Zürich vom 19.07.2022 aufzuheben.
2. Es sei auf die Beschwerde vom 14.07.2022 einzutreten bzw. die Vorinstanz sei anzuweisen, auf die Beschwerde vom 14.07.2022 einzutreten und die Anhörung vom 06.07.2022 unter Einbezug von C._____ zu wiederholen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Stadt Zürich.

Verfahrensantrag:

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sei anzuweisen, mit der Weiterführung des Verfahrens betreffend Besuchsrecht von H._____ bis zum Vorliegen des Entscheids des Obergerichts abzuwarten.

Die Akten des Bezirksrats (act. 7/1-7, zitiert als BR-act.) sowie der KESB (act. 9/1-184, zitiert als KESB-act.) wurden von Amtes wegen beigezogen. Die Sache erweist sich - wie nachfolgend dargelegt - sofort als spruchreif. Vom Einholen einer Beschwerdeantwort und weiterer Stellungnahmen (§§ 66 und 68 EG KESR) kann abgesehen werden.

II.

1. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich primär nach dem ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) und des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG); subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO sinngemäss (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR).

Mit dem Begriff der Beschwerde i.S. der Art. 450-450c ZGB werden grundsätzlich alle Rechtsmittel gegen Entscheide der KESB bezeichnet. Gemeint sind damit aber im Wesentlichen Entscheide der KESB in der Sache (vgl. dazu beispielhaft

BSK ZGB I-DROESE/STECK, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 450 N 17-20b). Keine Entscheidung zur Sache stellen rein prozessleitende Entscheide dar wie die vorliegend zu beurteilende Abweisung eines Antrages auf Zulassung an einer Anhörung. Beschwerden gegen solche Entscheide richten sich mangels eigener Vorschriften in den Art. 450 ff. ZGB sowie im EG KESR nach den Grundsätzen der ZPO (vgl. § 40 EG KESR und Art. 450f ZPO). Das führt zu einem Beschwerdeverfahren i.S. der Art. 319 ff. ZPO (vgl. OGer ZH, PQ190015 vom 20. März 2019, E. II.2; OGer ZH, PQ190003 vom 25. Januar 2019, E. 3.1; OGer ZH, PQ160020 vom 5. April 2016, E. II/1.2 und OGer ZH, PQ160030 vom 10. Mai 2016, E. 2.1). Diesen Grundsätzen folgend belehrte der Bezirksratspräsident korrekt die Beschwerdemöglichkeit für den Fall, dass durch die Verfügung dem Beschwerdeführer ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 ZPO entstehe.

2. Nach Eingang der Beschwerde prüft das Gericht von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen.

2.1. Zur Erhebung einer Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO ist befugt, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist und daher ein von der Rechtsordnung geschütztes (schutzwürdiges) Interesse aktueller und praktischer Natur daran hat, dass die Rechtsmittelinstanz den Entscheid der unteren Instanz im beantragten Sinne abändert. Das bedeutet, dass der Rechtsuchende eine im konkreten Fall eingetretene Verletzung seiner eigenen Rechte geltend machen muss; er kann sich nicht damit begnügen, im Interesse Dritter tätig zu werden. Dieses Erfordernis einer sog. Beschwer ist Prozessvoraussetzung und folgt aus Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, der auch die in der ZPO geregelten Rechtsmittelverfahren erfasst. Fehlt es daran, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (vgl. dazu BGer, 5A_689/2015 vom 1. Februar 2016, E. 5.4; OGer ZH, RE140018 vom 20. Februar 2015, E. III.1; OGer ZH, RU200038 vom 9. September 2020, E. 4.). Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, C._____ habe ein eminentes Interesse daran, dass gleichzeitig mit dem Antrag von H._____ auch über den Antrag von C._____ bezüglich Besuchsrecht mit D._____ entschieden werde (act. 2 S. 4), dann macht er nicht die Verletzung seiner eigenen Rechte geltend und plädiert auch nicht mit

dem Kindesinteresse, sondern es geht ihm um auszutarierende Interessen der behaupteten vier Co-Eltern, insbesondere derjenigen seines Lebenspartners. Daran hat der Beschwerdeführer kein schutzwürdiges (Individual-)Interesse und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

2.2. Ist die Beschwerde als im wohlverstandenen Interesse von D. _____ und damit begründet mit dem Kindeswohl zu sehen, ist der Beschwerdeführer grundsätzlich legitimiert (Art. 450 Abs. 2 ZGB).

Es wurde bereits erwähnt, dass es sich beim Anfechtungsobjekt um eine prozessleitende Verfügung handelt, gegen welche in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) Beschwerde geführt werden kann. Die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides, in dem ein Antrag auf Zulassung an einer Anhörung abgewiesen wird, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn dem Beschwerdeführer durch die Verfügung des Bezirksratspräsidenten vom 14. Juli 2022 ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht.

3.1. Der drohende Nachteil nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO muss nach der Praxis der Kammer und der herrschenden Auffassung nicht zwingend rechtlicher Natur sein, sondern es genügt unter Umständen auch ein bloss tatsächlicher Nachteil (vgl. zum Ganzen anstatt vieler OGer ZH, RB160036 vom 20. Januar 2017, E. 3.2 mit Hinweisen). Die Entscheidung, ob unter den konkreten Umständen ein solcher nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Gerichts (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 13). Es ist indes Zurückhaltung angebracht. Der Ausschluss der Beschwerde ist in diesen Fällen die gesetzliche Regel, die Zulässigkeit die Ausnahme. In der Literatur wird unter Verweis auf die Botschaft denn auch die Auffassung vertreten, dass bei Vorladungen (Art. 133/134 ZPO), Terminverschiebungen (Art. 135 ZPO), Beweisanordnungen (Art. 231) wie Ablehnung eines Zeugen oder bei der Nichtzulassung eines angeblichen Novums ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil kaum je in Betracht fallen kann (BK ZPO II-STERCHI, Art. 319 N 14; BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016,

N 41 f.). Im Grundsatz überprüft die obere Instanz das Verfahren der unteren Instanz, wenn sie mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid befasst ist. Die Beweislast trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15 und Art. 321 N 17).

Fehlt es an der Rechtsmittelvoraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachen Nachteils, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH, PC140011 vom 7. April 2014, E. 2.1 mit Hinweisen; ZR 112/2013 Nr. 52; vgl. ferner etwa BK ZPO-STERCHI, Art. 319 N 15).

3.2. Der Beschwerdeführer legt mit Hinweis auf den Zeitaufwand und die Kosten von zwei Verfahren (act. 2 S. 11; Verfahren von H._____ und sein eigenes Verfahren vor der KESB in Sachen Besuchsregelung mit D._____) keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO dar. Alleine die Tatsache, dass C._____ nicht persönlich angehört wird im Verfahren betreffend Besuchsrecht H._____ mit D._____ bzw. dass das Verfahren ohne seine persönliche Anwesenheit an der Anhörung stattgefunden hat, lassen keinen Nachteil entstehen, der eine Anfechtung des prozessleitenden Entscheids im heutigen Zeitpunkt auch nur annähernd begründen könnte. Darauf hat bereits der Bezirksrat hingewiesen (act. 6 S. 5). Ob im Übrigen die die Verfahrensherrschaft innehabende Behörde Verfahren vereinigt, liegt in deren pflichtgemässen Ermessen.

Es ist Folgendes vor Augen zu halten: Massgebend ist die Regelung von Art. 274a ZGB. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, kann der Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kind neben den Eltern auch anderen Personen, insbesondere Verwandten, eingeräumt werden, sofern dies dem Wohle des Kindes dient, wobei die für die Eltern aufgestellten Schranken des Besuchsrechts sinngemäss gelten. Hervorzuheben ist, dass der persönliche Verkehr zwischen den Dritten und dem Kind seine Rechtfertigung einzig aus dem Interesse des Kindes herleitet, unter Ausschluss der Interessen der Drittperson. Besondere Zurückhaltung mit einer Regelung ist geboten, wenn das von Dritten beanspruchte Recht zusätzlich zu den persönlichen Beziehungen der Eltern ausgeübt wird (BGer 5A_990/2016 vom 6. April 2017 E. 3.1 f.; OGer ZH, PQ220030 vom

14. Juni 2022, E. II.3.). Ob vorliegend (noch) ausserordentliche Umstände gegeben sind, die einen autoritativ zu regelnden Anspruch von C._____ (und von H._____) auf eine Kontaktregelung mit D._____ begründen, ist von der Kammer nicht zu beurteilen. Dass aber ausserordentliche Umstände vorliegen müssen, zeigt auf, dass es nach Massgabe des Bundeszivilrechts und der Rechtsprechung nicht einen per se gegebenen Anspruch auf ein Besuchsrecht von Dritten (wie es H._____ und C._____ sind) gibt. Gibt es keinen grundsätzlichen Anspruch eines Dritten auf eine Besuchsregelung mit dem betroffenen Kind, so gibt es noch viel weniger einen Anspruch eines Dritten auf Teilnahme im Verfahren einer anderen Drittperson, welches die Prüfung von Besuchen (dieser anderen Drittperson) zum Gegenstand hat. Demzufolge fusst das Bemerkten des Beschwerdeführers, es sei nicht nachvollziehbar, wieso seinem Lebenspartner bei der Regelung des Besuchsrechts von H._____ kein Mitspracherecht eingeräumt werde bzw. er nicht einmal an den Anhörungen teilnehmen dürfe und seine Anliegen völlig unberücksichtigt bleiben würden (act. 2 S. 6), auf keiner Grundlage. Eine Grundsatzfrage stellt sich entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers nicht (act. 2 S. 10).

Der Beschwerdeführer bringt ferner vor, alle vier Personen seien an der Betreuung von D._____ beteiligt, weshalb die entsprechenden Betreuungsanteile aufeinander abzustimmen seien. Entsprechend könne nur dann eine ausgewogene Lösung gefunden werden, wenn das Kontaktrecht zu D._____ für alle Beteiligten gemeinsam geregelt werde (act. 2 S. 8 oben). Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer selbst ausführt, C._____ als Co-Vater von D._____ lebe seit seiner Geburt mit D._____ (und demzufolge auch mit dem Beschwerdeführer) zusammen, er sich in einem erheblichen Umfang um D._____ kümmere und auch zu einem Drittel für seine Kosten aufkomme (act. 2 S. 3, S. 5), erschliesst sich der Kammer nicht ohne Weiteres, weshalb das zusammenlebende Paar A._____ C._____ offenbar je eine separate Regelung für ihre Betreuungsanteile anstreben will. Die vom Beschwerdeführer gehegte Befürchtung, eine H._____ zugestandene längere Betreuungszeit (mehr als an drei Montagen im Monat) würde die Betreuungszeit von C._____ schmälern, trägt nicht dem Umstand Rechnung, dass eine solche Regelung die Betreuungszeit auch des Beschwerdeführers schmälern würde. Der Beschwerdeführer aber ist als Vater an der Anhörung im Verfahren

H._____ anwesend und es stehen ihm sämtliche Informations-, Akteneinsichts- und Antragsrechte zu.

Zusammenfassend ist ein materieller Anspruch von C._____ zu verneinen, an der Anhörung im von H._____ eingeleiteten Kindesschutzverfahren betreffend Regelung Besuchsrecht mit D._____ anwesend zu sein. Da es bereits an einer positiven Hauptsachenprognose mangelt, gibt es um so weniger einen Nachteil, der jetzt zu verhindern wäre.

Auf die Beschwerde ist insgesamt nicht einzutreten.

4. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen. Die Rechtsmittelinstanz kann insbesondere die KESB nicht verpflichten, Verfahren zu vereinigen (act. 2 S. 7; vgl. Art. 125 ZPO). Ein solcher verfahrensleitender Antrag hätte der Beschwerdeführer vor der KESB zu stellen.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.-- festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin ist mangels erheblicher Umtriebe, die zu entschädigen wären, nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

der Stadt 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:

MLaw S. Widmer

versandt am: