

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ220073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiller

Beschlüsse vom 15. Dezember 2022

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

sowie

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

3. **E.**_____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2, 3 vertreten durch lic. iur. Z._____

betreffend **Überprüfung Kindesschutzmassnahme / Regelung des persönlichen Verkehrs**

Beschwerde gegen einen Beschluss und eine Verfügung des Bezirksrates Winterthur vom 22. November 2022 bzw. vom 2. Dezember 2022; VO.2022.50 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. B._____ (Beschwerdegegnerin, Mutter) ist die Mutter der drei Kinder C._____, geboren am tt.mm.2012, D._____, geboren am tt.mm.2017, und E._____, geboren am tt.mm.2021. A._____ (Beschwerdeführer) ist der Vater von D._____ und E._____. Alle drei Kinder stehen unter der alleinigen elterlichen Sorge der Beschwerdegegnerin.
2. Seit September 2021 sind vor den Kindesschutzbehörden Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen hängig. Zu deren Verlauf kann auf die Erwägungen im Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen (KESB) vom 10. August 2022 (act. 4/3 S. 1 ff.) sowie im Beschluss des Bezirksrats Winterthur (Vorinstanz) vom 22. November 2022 (act. 2 S. 3 f.) verwiesen werden.
3. Mit Entscheid vom 10. August 2022 regelte die KESB unter anderem den persönlichen Verkehr des Beschwerdeführers mit seinen Kindern D._____ und E._____ sowie mit der Tochter der Beschwerdegegnerin, C._____. Der Beschwerdeführer wurde berechtigt, die Kinder jeden Sonntag für acht Stunden zu betreuen, wobei die jeweils erste und letzte Stunde durch eine externe Fachperson zu begleiten seien (act. 4/3; act. 9/2/2).

4. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 16. August 2022 Beschwerde bei der Vorinstanz. Sie beantragte unter anderem die Beschränkung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers auf jeweils vier Stunden jeden Sonntag, wobei die Besuche durchwegs durch eine externe Fachperson zu begleiten seien (act. 9/1). Mit Eingabe vom 19. Oktober 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin eine superprovisorische Einschränkung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers in der Weise, als die Besuchszeit zu verkürzen sei, die Besuche durch eine die Muttersprache des Beschwerdeführers beherrschende Fachperson zu überwachen seien, eine Person mit der Übergabe der Kinder zu betrauen sei und das Besuchsrecht bis zur Installation dieser Begleitmassnahmen zu sistieren sei (act. 9/27). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2022 wurden die Anträge auf superprovisorische Anordnung abgewiesen und es wurden Stellungnahmen des Beschwerdeführers und der Kindesverfahrensvertreterin zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen eingeholt (act. 9/30; act. 9/36; act. 9/38; act. 9/39). Mit Beschluss vom 22. November 2022 entschied die Vorinstanz Folgendes (act. 9/41 = act. 7 [Aktenexemplar]):

- I. In teilweiser Gutheissung der vorsorglichen Anträge der Beschwerdeführerin sowie der Kindesverfahrensvertreterin wird vorsorglich für die weitere Dauer dieses Verfahrens die Dispositivziffer 5 des angefochtenen Entscheides der KESB Winterthur-Andelfingen vom 10. August 2022 dahingehend abgeändert, als dass A. _____ für berechtigt erklärt wird, seine Kinder und C. _____ jede Woche für fünf Stunden zu betreuen. Dabei sind die jeweils erste und die letzte Stunde des Kontakts durch eine externe Fachperson zu begleiten.
- II. Im Übrigen werden die vorsorglichen und prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin, der Kindesverfahrensvertreterin sowie des Beschwerdegegners, soweit darüber, was die Kosten- und Entschädigungsfolge betrifft, nicht später entschieden wird, abgewiesen.
- III. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
- IV. (Rechtsmittel)
- V. Einem allfälligen Rechtsmittel wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
- VI. (Mitteilung)"

Nach Eingang einer Eingabe des F. _____ vom 2. Dezember 2022 (act. 9/44; s.a. act. 9/45/1-3) verfügte die Vorinstanz gleichentags, am 2. Dezember 2022, was folgt (act. 9/46 = act. 8 [Aktensexemplar]):

- I. Superprovisorisch wird dem Beschwerdegegner einstweilen das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern C. _____, D. _____ und E. _____ entzogen.
 - II. Die Eingabe des F. _____ vom 2. Dezember 2022 wird den Parteien zugestellt zur Stellungnahme innert einer nicht erstreckbaren Frist von 10 Tagen ab Zustellung der vorliegenden Verfügung. Bei Verzicht auf Stellungnahme wird vorbehältlich anderweitiger Anordnungen zur Beurteilung des Falles übergegangen.
 - III. Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar. Ein Rechtsmittel dagegen ist nicht gegeben.
 - IV. (Mitteilung)"
5. Mit Eingabe vom 5. Dezember 2022 erhob der Beschwerdeführer bei der Kammer Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Ziff. 1 des Beschlusses des Bezirksrates vom 22.1.2022 [korrekt: 22.11.2022] sei wie folgt abzuändern:

Der Beschwerdeführer sei vorsorglich, für die Dauer des Verfahrens, berechtigt zu erklären, seine Kinder und C. _____ jede Woche samstags oder sonntags für 8h zu betreuen und sie auf eigene Kosten mit sich auf Besuch zu nehmen. Dabei sind jeweils die erste und die letzte Stunde des Kontakts durch eine externe Fachperson zu begleiten.

Eventualiter sei der Beschwerdeführer vorsorglich, für die Dauer des Verfahrens berechtigt zu erklären, seine Kinder und C. _____ jede Woche samstags für 3h und sonntags für 5h oder umgekehrt zu betreuen und sie auf eigene Kosten mit sich auf Besuch zu nehmen. Dabei sind jeweils die erste und die letzte Stunde des Kontakts durch eine externe Fachperson zu begleiten.

2. Die superprovisorische Verfügung des Bezirksrates vom 2.12.2022 sei **superprovisorisch aufzuheben** und der Beschwerdeführer sei **superprovisorisch** berechtigt zu erklären, die Kinder D. _____ und E. _____ jede Woche samstags oder sonntags für 8h zu betreuen und sie auf eigene Kosten mit sich auf Besuch zu nehmen. Dabei sind jeweils die erste und die letzte Stunde des Kontakts durch eine externe Fachperson zu begleiten. Eventualiter sei der Beschwerdeführer berechtigt zu erklären, seine Kinder jede Woche samstags für 3h und sonntags für 5h oder umgekehrt zu betreuen und sie auf eigene Kosten mit sich auf Besuch zu nehmen.

3. Anderslautende Anträge der Beschwerdegegnerin 1 und der Kinderanwältin seien allesamt abzuweisen.
4. Der Beschwerdegegnerin 1 sei es unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verbieten, dort aufzutauchen, wo der Beschwerdeführer das Besuchsrecht mit seinen Kindern und C._____ ausübt.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin 1."

Im Weiteren beantragte der Beschwerdeführer die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung, sowie die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich des Beschlusses der Vorinstanz vom 22. November 2022 (act. 2 S. 3).

6. Die vorinstanzlichen Akten des Bezirksrats (act. 9/1-48) und der KESB (act. 10/421-576) wurden mit Schreiben vom 6. Dezember 2022 von der Vorinstanz einverlangt (vgl. act. 6). Sie gingen am 14. Dezember 2022 bei der Kammer ein. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen richtet sich nach den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) und des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3). Enthalten diese Gesetze keine Regelung, gelten für die Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, LS 211.1) sowie subsidiär und sinngemäss die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; Art. 450f ZGB und § 40 EG KESR). Beschwerden gegen Entscheide der KESB werden in erster Instanz vom Bezirksrat und in zweiter Instanz vom Obergericht beurteilt (Art. 450f ZGB i.V.m. §§ 40 und 63 f. EG KESR und § 50 GOG). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können nur die Entscheide des Bezirksrats, nicht diejenigen der KESB sein.

2.

2.1 Die Vorinstanz hat mit Beschluss vom 22. November 2022 über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen befunden. Dieser Entscheid ist grundsätzlich mit Beschwerde im Sinne von Art. 450 ZGB anfechtbar. Allerdings erachtete die Vorinstanz aufgrund der Eingabe des F. _____ vom 2. Dezember 2022 die zehn Tage zuvor getroffene vorläufige Ordnung für nicht mehr gerechtfertigt und passte sie bereits wieder an: Sie erliess mit Verfügung vom 2. Dezember 2022 in der gleichen Sache superprovisorisch eine neue Anordnung, welche diejenige gemäss Beschluss vom 22. November 2022 ersetzt. Dies ist möglich und zulässig (vgl. BSK ZPO-Sprecher, Art. 268 N 1 f.; s.a. Art. 313 Abs. 1 ZGB). Wurde die vorsorgliche Massnahme gemäss Beschluss vom 22. November 2022 ersetzt, so fehlt es dem Beschwerdeführer an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung dieses Beschlusses (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

Die Vorinstanz wird nach Einholung der Stellungnahmen der Parteien und der Kindsvertreterin über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen neu zu entscheiden haben (s. sogleich E. 2.2). Gegen diesen Entscheid wird alsdann eine Beschwerde zur Verfügung stehen.

2.2 Die Beschwerde richtet sich im Weiteren gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2022, mit der dem Beschwerdeführer superprovisorisch einstweilen das Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern entzogen wurde. Eine solche Anordnung ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen kann gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 2 ZGB bei besonderer Dringlichkeit getroffen werden, wobei den Verfahrensbeteiligten gleichzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und anschliessend neu zu entscheiden ist. Gegen eine superprovisorische Anordnung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung (BGE 140 III 289 E. 2; BSK ZGB I-Droese, Art. 450 N 21), worauf die Vorinstanz richtig hingewiesen hat. Angefochten werden kann erst der Entscheid über die nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten ergangene vorsorgliche Massnahme, mit der die superprovisorische Massnahme bestätigt, geändert, aufgehoben oder ersetzt wird (BGE 140 III 289 E. 2). Der Beschwerdeführer kann die fehlende Beschwerde-

möglichkeit auch nicht damit umgehen, dass er eine gegenteilige bzw. abweichende superprovisorische Anordnung der Kammer beantragt (vgl. act. 2 Antrag 2). Auch insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.3 Nach dem Ausgeführten ist auf die Beschwerde insgesamt nicht einzutreten.

III.

1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Vorliegend ist der Standpunkt des Beschwerdeführers nach dem Ausgeführten aussichtslos und sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverteidigung entsprechend abzuweisen.

2. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 500.– festgesetzt (§ 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Beschluss.

Es wird weiter beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verfahrensbeteiligten, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, 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

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. S. Scheiwiler

versandt am: