

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

5A\_464/2014

Urteil vom 13. November 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Zbinden.

Verfahrensbeteiligte  
X. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Timm Zahl,  
Beschwerdeführer,

gegen

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt David Wehri,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
aufschiebende Wirkung (Besuchsrecht),

Beschwerde gegen die Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 29. April 2014.

Sachverhalt:

A.

A.a. X. \_\_\_\_\_ (geb. 1965) und A. \_\_\_\_\_ (geb. 1981) ehelichten sich am xx.xx.2004. Sie sind die Eltern der am xx.xx.2006 geborenen Tochter B. \_\_\_\_\_. Mit Verfügung vom 12. Juni 2008 bewilligte die Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich das Getrenntleben der Eltern. Das Kind B. \_\_\_\_\_ wurde für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Mutter gestellt und der Kindsvater X. \_\_\_\_\_ berechtigt, sein Kind ab Bezug einer eigenen Wohnung jedes zweite Wochenende zu besuchen. Im Weiteren errichtete die Eheschutzrichterin eine Beistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für das Kind und beauftragte die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich mit der Bestellung des Beistands.

A.b. X. \_\_\_\_\_ zog in der Folge nach Deutschland, während A. \_\_\_\_\_ zusammen mit dem Kind in der Schweiz verblieb. Mit Beschluss des Amtsgerichts Waldshut-Tiengen vom 21. Dezember 2012 wurde die Ehe der Parteien auf Klage des Ehemannes in Anwendung schweizerischen Rechts (Art. 112 ZGB) geschieden. Das deutsche Gericht traf keine Entscheidung über die elterliche Sorge, den Kinderunterhalt und das Besuchsrecht des Vaters.

A.c. Im August 2013 wandte sich X. \_\_\_\_\_ an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde KESB der Stadt Zürich, da die Kindsmutter seit mehreren Monaten den Kontakt zwischen ihm und seiner Tochter vereitelt bzw. an sachfremde und unakzeptable Bedingungen geknüpft habe. Er verlangte von ihr, sein Besuchsrecht durchzusetzen und alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um den regelmässigen Kontakt zwischen ihm und seiner Tochter wiederherzustellen.

A.d. Mit Beschluss vom 23. Dezember 2013 wies die KESB die Anträge des Kindsvaters ab. Sie erwog unter anderem, dass die eheschutzrichterliche Regelung der Besuchskontakte nicht mehr gelte

und keine neue gerichtliche Regelung getroffen worden sei. Sie regelte daher die Besuchskontakte einstweilen bis Ende Juni 2014 neu, indem sie an zwei einzelnen Tagen pro Monat Kontakte von Vater und Tochter in einem Besuchstreff in C. \_\_\_\_\_ (wie z.B. im D. \_\_\_\_\_) vorsah. Der Beiständin wurden Aufträge zur Organisation, Finanzierung usw. sowie zur Berichterstattung per Ende Mai 2014 erteilt. Weiter wurden die Parteien gestützt auf Art. 273 Abs. 2 ZGB ermahnt, alles zu unterlassen, was zu erneuten Auseinandersetzungen zwischen ihnen führen und das Kind in einen Loyalitätskonflikt zu ihnen bringen kann. Einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid entzog die KESB die aufschiebende Wirkung.

#### B.

Mit Urteil vom 13. März 2014 wies der Bezirksrat Zürich die dagegen erhobene Beschwerde des Vaters ab, soweit darauf einzutreten war. Der Vater zog diesen Entscheid an das Obergericht des Kantons Zürich weiter und ersuchte insbesondere darum, es sei die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen. Diesen Antrag wies der Stellvertreter der Präsidentin mit Verfügung vom 29. April 2014 ab.

#### C.

Der Beschwerdeführer hat am 2. Juni 2014 (Postaufgabe) beim Bundesgericht gegen die vorgenannte Verfügung des Stellvertreters der Präsidentin des Obergerichts des Kantons Zürich Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Er beantragt, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Zirkulationsbeschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vom 23. Dezember 2013 sei (mit Ausnahme des Weihnachts- und Neujahrsumgangs) wiederherzustellen.

Es sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

#### 1.

1.1. Der vorliegend angefochtene Entscheid weist das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 Abs. 1 BGG. Gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ist dieser Entscheid vor Bundesgericht anfechtbar, soweit er für den Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil ist ein Nachteil rechtlicher Natur, also ein Nachteil, der auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid des Bundesgerichts nicht mehr behoben werden könnte (BGE 134 III 188 E. 2.1 und 2.2 S. 190 f; 133 IV 139 E. 4). Mit der Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird die neue Regelung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers gemäss vorsorglicher Massnahme der Erwachsenenschutzbehörde vom 23. Dezember 2013 vollstreckbar. Diese Anordnung schränkt das Umgangsrecht des Beschwerdeführers im Verhältnis zur Regelung der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2008 ein, indem sie nur noch einen begleiteten Umgang ermöglicht. Insoweit ist demnach grundsätzlich von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur auszugehen. Auch wenn in der Sache ein für den Beschwerdeführer günstiger Entscheid ergehen sollte, würde dies den Nachteil des vor dem Urteil eingeschränkten Besuchsrechts nicht beheben. Unter dem Blickwinkel von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erweist sich die Beschwerde als zulässig.

1.2. Im vorliegenden Fall ist die Massnahme der Erwachsenenschutzbehörde vom 23. Dezember 2013 allerdings bis Ende Juni 2014 beschränkt, sodass es in der Tat an einem aktuellen Interesse an der Beschwerde gebricht. Ausnahmsweise verzichtet das Bundesgericht aber auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn die gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (sog. virtuelles Interesse; BGE 136 III 497 E. 1.1 S. 499 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist damit zu rechnen, dass die Erwachsenenschutzbehörde eine erneute Massnahme bezüglich des Besuchsrechts des Beschwerdeführers treffen wird, sodass sich die Frage einer allfälligen aufschiebenden Wirkung erneut stellt. Unter diesen Umständen ist ein virtuelles Interesse zu bejahen.

1.3. Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Im vorliegenden Fall geht es um eine Massnahme des Kinderschutzes und damit um eine Zivilsache nicht vermögensrechtlicher Natur (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG), sodass die Beschwerde in Zivilsachen sowohl für den Entscheid in der Hauptsache als auch für den vorliegenden Zwischenentscheid gegeben ist. Da vorliegend aber eine vorsorgliche Massnahme infrage steht, ist

einzig die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte zulässig (Art. 98 BGG).

2.

Der Beschwerdeführer macht geltend, aufgrund der Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gelte ab sofort die Regelung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vom 23. Dezember 2013, wonach sich sein Besuchsrecht auf Kontakte mit der Tochter in einem Besuchstreff beschränke. Der angefochtene Entscheid enthalte hierfür keine nachvollziehbare Begründung und verletze damit Art. 29 Abs. 2 BV.

2.1. Das Obergericht hat zur Begründung seines Entscheids erwogen, die KESB gehe davon aus, es bestehe keine Regelung des persönlichen Verkehrs zur Tochter. Der Beschwerdeführer schliesse sich dieser Auffassung insoweit an, als er daraus folgere, er könne sie jederzeit und regelmässig treffen. Er behaupte indessen nicht, dass die Vereinbarung und die Durchführung solcher regelmässiger Besuche in C.\_\_\_\_\_ und anderswo problemlos wären, und setze sich in diesem Zusammenhang mit den zerrütteten Verhältnissen unter den geschiedenen Parteien nicht auseinander; diese zerrütteten Verhältnisse hätten einerseits zum erwähnten Kontaktabbruch und andererseits auf Veranlassung der Beiständin zu der von der KESB angeordneten Regelung des persönlichen Verkehrs vom 23. Dezember 2013 geführt. Bereits damit werde vom Beschwerdeführer selbst die Notwendigkeit einer verbindlichen Regelung der Kontakte bzw. der Besuche belegt. Zugleich sei darin der wesentliche Grund für einen sofortigen Vollzug der Regelung zu erblicken. Es liege ohnehin im Interesse des Kindes, möglichst rasch wieder Kontakt mit dem Vater zu pflegen. Dazu erweise sich die von der KESB getroffene Massnahme als sinnvoll und verhältnismässig, gelte es doch nach dem nun schon lange dauernden Kontaktabbruch vorerst behutsam den Kontakt des Kindes zum Vater wieder aufzubauen. Das alles überwiege die Interessen des Vaters nach einer freien, mangels verbindlicher Regelung des persönlichen Verkehrs letztlich in seinem Gutdünken liegenden Besuchsgestaltung. Der Antrag, es sei die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, sei deshalb abzuweisen.

2.2. Damit hat das Obergericht entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nachvollziehbar begründet, von welchen Gesichtspunkten es sich hat leiten lassen bzw. weshalb der sofortige Vollzug der von der KESB getroffenen Massnahme zu erfolgen hat. Der Beschwerdeführer war denn auch in der Lage, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV ist nicht ersichtlich (zum Umfang der Begründungspflicht: BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, das Obergericht führe im angefochtenen Entscheid aus, die KESB vertrete die Ansicht, es bestehe keine Regelung des Besuchsrechts; er schliesse sich dieser Ansicht insofern an, als er daraus folgere, er könne seine Tochter jederzeit regelmässig in C.\_\_\_\_\_ und anderswo treffen. Diese Ausführungen seien insofern falsch, als er immer behauptet habe, dass das im Eheschutzentscheid vorgesehene Besuchsrecht weiter gelte; zudem habe er sich nirgends in dem Sinn geäussert, ihm stehe zu, seine Tochter jederzeit und anderswo zu treffen. Des Weiteren führe das Obergericht aus, er habe nicht behauptet, Vereinbarung und Durchführung solcher regelmässiger Kontakte in C.\_\_\_\_\_ und anderswo seien problemlos. Nach der Trennung laufe generell "nirgends irgendwas problemlos" ab. Insbesondere habe er aber dargetan, dass im Oktober 2013 ein problemloser Besuch ausserhalb eines Besuchstreffs stattgefunden habe. Mittlerweile habe am 3. Mai 2014 ein weiteres unkompliziertes Treffen zwischen ihm und seiner Tochter ausserhalb einer solchen Einrichtung stattgefunden.

3.2. Mit diesen Ausführungen legt der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern die behaupteten angeblich unrichtig festgestellten Tatsachen für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2). Bei der Behauptung, im Mai 2014 habe ein zweiter unkomplizierter Besuch ausserhalb eines Besuchstreffs stattgefunden, handelt es sich um ein echtes Novum, das im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen ist (BGE 135 I 221 E. 5.2.4 S. 229). Insgesamt ist insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, mit der Weigerung der Vorinstanz, die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, werde das ihm gemäss Entscheid der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2008 vorgesehene Besuchsrecht beschränkt, indem die Besuche nunmehr in einem Besuchstreff stattzufinden hätten. Diese ohne Grund vorgenommene

Einschränkung des Besuchsrechts verletze Art. 8 und 14 EMRK sowie Art. 14 BV (Achtung des Familienlebens; Recht auf Familie).

4.2. Art. 8 Ziff. 1 EMRK verleiht einen Anspruch auf Achtung des Familienlebens und begründet damit ein Recht auf Zusammenleben oder persönliche Kontakte zwischen Eltern und Kindern und zwar auch dann, wenn die Beziehung zwischen den Eltern beendet ist, sie nicht mehr zusammenleben oder geschieden sind ( JENS MEYER-LADEWIG, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011, N. 53 zu Art. 8 EMRK unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR). Er verpflichtet die Behörden dazu, den Kontakt mit den Familienmitgliedern zu ermöglichen ( MEYER-LADEWIG, a.a.O., N. 53 zu Art. 8 EMRK mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR). Der vom Beschwerdeführer ebenfalls angerufene Art. 14 Abs. 1 BV geht nicht über diesen Geltungsbereich hinaus.

Der Anspruch aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut zulässig, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Das Bundesgericht überprüft die Vereinbarkeit eines Entscheides mit Art. 8 EMRK grundsätzlich frei. Bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden letzter kantonaler Instanzen übt es allerdings Zurückhaltung (Urteile 5A\_798/2008 vom 22. Dezember 2008 E. 5.2; 5P.8/2007 vom 6. Juni 2008 E. 5.1; 5P.345/2005 vom 23. Dezember 2005 E. 3.1; BGE 120 II 384 E. 5 S. 387/388 mit Hinweisen). Ein Eingriff in das Grundrecht von Art. 14 BV ist unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig.

Nach Art. 450c ZGB hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die Erwachsenenschutzbehörde oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nichts anderes bestimmt.

4.3. Nach dem angefochtenen Entscheid besteht zwischen den Parteien des Beschwerdeverfahrens ein Konflikt bezüglich der Ausübung des Besuchsrechts, was den Beschwerdeführer dazu bewog, bei der KESB vorstellig zu werden und um den Vollzug des Besuchsrechts gemäss Entscheid der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich und um Erlass der erforderlichen Massnahmen zu ersuchen. Er stellt zudem, dass lediglich ein Besuch im Oktober 2013 ausserhalb eines Besuchstreffs stattgefunden hat. Angesichts der konfliktreichen Situation und der langen Zeitspanne, während welcher der Beschwerdeführer keinen Kontakt mit seiner Tochter pflegte, erschien die Weigerung der Vorinstanz, die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, im Lichte der im Zwischenverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung vertretbar.

5.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Er hat die Gegenpartei jedoch für das bundesgerichtliche Verfahren nicht zu entschädigen, da keine Vernehmlassung eingeholt worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. November 2014  
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Zbinden