

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ210059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.  
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## **Beschluss und Urteil vom 19. August 2021**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Kindesschutzmassnahmen nach Art. 298d Abs. 1 und 2 ZGB und  
Art. 273 Abs. 1 ZGB**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Uster vom 6. August  
2021 i.S. C. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2017; VO.2021.22 (Kindes- und Erwachsenen-  
schutzbehörde Dübendorf)**

### Erwägungen:

#### 1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Die Parteien sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2017. Sie sind nicht miteinander verheiratet und leben seit Mai 2020 getrennt. C.\_\_\_\_\_ steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern. Die Mutter lebt seit Dezember 2020 in einer Eigentumswohnung in D.\_\_\_\_\_ [Ortschaft], der Vater lebt in der gemeinsamen Liegenschaft der Parteien in E.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]. Ende März 2021 wandte sich der Vater zwecks Regelung der Obhut und Betreuung von C.\_\_\_\_\_ an die KESB Dübendorf (nachfolgend KESB). Die KESB hörte die Eltern an und wirkte auf eine einvernehmliche Vereinbarung hin. Eine Einigung kam jedoch nicht zustande, weshalb die KESB – nachdem sie den Parteien das rechtliche Gehör gewährt hatte – am 22. Juni 2021 einen Entscheid fällte. Sie teilte die Obhut über die Tochter der Mutter zu und regelte den persönlichen Verkehr mit dem Vater.

1.2. Die Mutter gelangte in der Folge mit Eingabe vom 22. Juli 2021 an den Bezirksrat und verlangte, dass einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werde. Der Vater erhob mit Eingabe vom 26. Juli 2021 Beschwerde gegen den Entscheid der KESB (BR act. 1). Der Bezirksrat vereinigte darauf das aufgrund der Eingabe der Mutter eröffnete mit dem vom Vater initiierten Beschwerdeverfahren. Mit Beschluss vom 6. August 2021 hiess der Bezirksrat das Gesuch der Mutter um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut (act. 4).

1.3. Gegen den Beschluss des Bezirkrates (nachfolgend Vorinstanz) erhebt der Vater (nachfolgend Beschwerdeführer) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

1. In Aufhebung von Ziff. IX des Beschlusses des Bezirkrates Uster sei der Beschwerde im Verfahren VO.2021.22/3.02.02 die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen.
2. In Aufhebung von Ziff. VII des Beschlusses des Bezirkrates Uster sei der Beschwerde im vorliegenden Verfahren vor Obergericht die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen.

3. Es sei der Entscheid als superprovisorische Massnahme ohne Anhörung der Beschwerdegegnerin zu fällen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

1.4. Der Entscheid Nr. DU-2021/566 der KESB Dübendorf vom 22. Juni 2021 sowie die Akten des Bezirksrates und der KESB wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist, erübrigen sich prozessuale Weiterungen und insbesondere ein einstweiliger Entscheid im Sinne von Beschwerdeantrag 3.

1.5. Da mit dem vorliegenden Urteil über die Beschwerde entschieden wird, wird der Antrag auf Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gemäss Beschwerdeantrag 2 gegenstandslos und ist abzuschreiben.

## 2. Prozessuales

2.1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3) geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZGB). Der Kanton Zürich hat für Verfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzes zwei kantonale Beschwerdeinstanzen vorgesehen, den Bezirksrat als erste und das Obergericht als zweite Beschwerdeinstanz. Gegenstand eines zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens sind ausschliesslich Entscheide des Bezirksrates, nicht hingegen solche der KESB.

2.2. Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Der Beschwerdeführer ist durch den Beschluss des Bezirksrates vom 6. August 2021 beschwert und folglich zur Beschwerde legitimiert.

2.3. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des

rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Der Rechtsmittelbehörde kommt sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (BSK ZGB I-DROESE/STECK, 6. Aufl. 2018, Art. 450a N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und in den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

### 3. Rechtliches Gehör

3.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe ihm das rechtliche Gehör verweigert, da sie ihm keine Möglichkeit eingeräumt habe, zum Gesuch der Beschwerdegegnerin um Entzug der aufschiebenden Wirkung vom 22. Juli 2021 Stellung zu nehmen, obwohl genügend Zeit für eine (allenfalls sehr kurze) Frist zur Stellungnahme geblieben wäre (act. 2 S. 5).

3.2. Beim Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung handelt es sich um einen Zwischenentscheid (i.S.v. Art. 93 BGG; vgl. dazu BGer, 5A\_350/2013 vom 8. Juli 2013 E. 2.2; BGer, 5A\_221/2014 vom 10. September 2014 E. 1.1.2). Gemäss Praxis des Bundesgerichts erstreckt sich der Gehörsanspruch gemäss Art. 53 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 2 BV nicht nur auf Endentscheide, sondern auch auf grundlegende prozessleitende Verfügungen, wo die Gefahr einer Beschwer der Partei besteht. In Bezug auf Entscheide über die aufschiebende Wirkung ist gemäss Bundesgericht grundsätzlich vorgängig eine Stellungnahme der Gegenpartei einzuholen. Erfolgt keine solche Anhörung, kommt dies einer Verletzung des Gehörsanspruchs gleich (BGer, 5A\_350/2013 vom 8. Juli 2013 E. 2.1.4). In einem Fall betreffend Entzug der aufschiebenden Wir-

kung entschied das Bundesgericht, eine allfällige Gehörsverweigerung werde spätestens mit der vollständigen Kenntnisnahme des Gesuchs und mit dessen Behandlung durch die Beschwerdeinstanz geheilt; ohnehin sei eine vorgängige Anhörung der Beteiligten in der Regel nicht erforderlich, da die Beteiligten bereits zu Wort gekommen seien und mit einem für sie ungünstigen Verfahrensausgang und der Möglichkeit eines Entzugs des Suspensiveffekts einer Beschwerde grundsätzlich rechnen müssten (BGer, 2A.619/2002 vom 10. März 2003 E. 3).

3.3. Gemäss der im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen Prozessgeschichte räumte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit ein, sich zum Gesuch der Beschwerdegegnerin um Entzug der aufschiebenden Wirkung vom 22. Juli 2021 zu äussern. Selbst wenn die genannte Eingabe der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mit der Präsidialverfügung vom 4. August 2021, mit welcher das eröffnete Verfahren VO.2021.21 erledigt wurde, zugestellt worden wäre, hätte der Beschwerdeführer dazu nicht Stellung nehmen können, da die Vorinstanz bereits mit Beschluss vom 6. August 2021 über das Gesuch der Beschwerdegegnerin entschied (act. 4). Wie erwähnt ist der Beschwerdeführer durch den Beschluss der Vorinstanz vom 6. August 2021 beschwert. Unter den gegebenen Umständen liegt deshalb eine Gehörsverletzung vor, welche jedoch im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt werden kann. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz kann deshalb abgesehen werden.

#### 4. Entzug der aufschiebenden Wirkung

4.1. Der Beschwerdeführer rügt weiter eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes, indem die Vorinstanz stillschweigend und ohne Anhaltspunkte davon ausgegangen sei, dass C.\_\_\_\_\_ bei der Beschwerdegegnerin lebe. Effektiv sei C.\_\_\_\_\_ bei ihm gemeldet, wie aus der Bestätigung der Einwohnerkontrolle E.\_\_\_\_\_ hervorgehe. C.\_\_\_\_\_ sei seit ihrer Geburt in E.\_\_\_\_\_ aufgewachsen und habe dort ihre Spielkameraden und ihr ganzes soziales Umfeld. Am 23. August 2021 werde auch das Nachbarsmädchen, die Freundin von C.\_\_\_\_\_, im Kindergarten E.\_\_\_\_\_ eingeschult, wo auch C.\_\_\_\_\_ den Besuchstag besucht habe und angemeldet sei. Die Beschwerdegegnerin lebe erst seit dem 1. Dezember 2020 in D.\_\_\_\_\_. C.\_\_\_\_\_ habe ihren Lebensmittelpunkt bei ihm in E.\_\_\_\_\_, ausser der

Beschwerdegegnerin habe C.\_\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_\_ keinerlei Bezugspersonen oder Spielkameraden. Indem die Vorinstanz von einem falschen Wohnort von C.\_\_\_\_\_ ausgegangen sei und die tatsächliche Betreuungssituation nicht berücksichtigt habe, habe sie den Sachverhalt falsch dargestellt und sei zu einem nicht haltbaren Entscheid gekommen. Mit dem Entscheid der Vorinstanz werde genau das Gegenteil von dem bewirkt, was beabsichtigt werde. C.\_\_\_\_\_ werde aus der gewohnten Umgebung gerissen und müsse sich in einer ungewohnten Umgebung einschulen lassen, wo sie noch keine anderen Kinder kenne und auch keine Spielkameraden habe. Demgegenüber sei in E.\_\_\_\_\_ alles vorhanden. Wenn das Kind in E.\_\_\_\_\_ bleibe und dort eingeschult werde, ergäben sich im Falle der Gutheissung der Beschwerde keine Veränderungen, während es bei einer Abweisung der Beschwerde nur einen Wechsel der Wohnsituation gäbe. Wenn das Kind für die Dauer des Verfahrens nach D.\_\_\_\_\_ komme, so werde seine Wohnsituation abrupt geändert. Zudem ergäbe sich bei einer Gutheissung der Beschwerde ein erneuter Wechsel nach E.\_\_\_\_\_. Das Kind müsste diesfalls zwei Wechsel durchmachen, was dem Kindeswohl abträglich sei. Dies habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen. Da diese tatsächlichen Verhältnisse nicht berücksichtigt worden seien, sei der Sachverhalt falsch dargestellt worden. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe das Recht willkürlich angewendet. Aufgrund der tatsächlich gelebten Verhältnisse sei keine besondere Dringlichkeit vorgelegen, welche einen Entzug der aufschiebenden Wirkung notwendig gemacht hätte. Die Vorinstanz habe mit keinem Wort erwähnt, was für andere Aspekte des Kindeswohls ein dringliches Vorgehen hätten gebieten sollen (act. 2 S. 3 ff.).

4.2. Die Vorinstanz erwog, das Beschwerdeverfahren werde aufgrund des noch ausstehenden Schriftenwechsels und der Urteilsredaktion trotz beförderlicher Behandlung gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Bis zum Kindereintritt von C.\_\_\_\_\_ Mitte August 2021 sei nicht mit einem rechtskräftigen Entscheid zu rechnen. Angesichts der Bedeutung dieser neuen Lebensphase sei dem Kind ein reibungsloser Kindereintritt zu ermöglichen, weshalb zumindest eine einstweilen verbindliche Regelung zu treffen sei und es sich rechtfertige, der gegen den

KESB-Entscheid erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen (act. 4 S. 7).

4.3. Nach Art. 450c ZGB hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die KESB oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht etwas anderes verfügt. Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung kommt nur ausnahmsweise in Frage. Ob und inwieweit im konkreten Einzelfall die für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorausgesetzte Dringlichkeit gegeben ist, hat eine Interessenabwägung zu ergeben, die nebst dem Interesse an einem einwandfreien rechtsstaatlichen Verfahren sich in Kinderbelangen vor allem am Interesse des Kindeswohls zu orientieren hat. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung kommt von vornherein nur bei Gefahr im Verzug und Dringlichkeit in Frage. Zu beachten sind zudem etwa das Prinzip der Verhältnismässigkeit, die voraussichtliche Prozessdauer und die Prozesschancen, die Möglichkeit bzw. Zweckmässigkeit allfälliger vorsorglicher Massnahmen oder gegebenenfalls das Verhalten der Parteien im Prozess (BSK ZGB I-GEISER, 6. Aufl. 2018, Art. 450c N 7; OGer ZH PQ180017 vom 12. April 2018 E. II. 2.2.1).

4.4. Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz im Rubrum des Beschlusses vom 6. August 2021 den Wohnort der Beschwerdegegnerin als Wohnort von C.\_\_\_\_\_ aufführte. Allerdings legte die Vorinstanz ihrem Entscheid nicht die konkreten Wohn- und Betreuungsverhältnisse der Parteien zugrunde, sondern sie stellte einzig fest, dass im Hinblick auf den baldigen Kindergarteneintritt von C.\_\_\_\_\_ einstweilen eine verbindliche Regelung geboten sei. Die Vorinstanz nahm gerade keine Würdigung der Lebensverhältnisse der Parteien vor, sondern sie begründete ihren Entscheid einzig damit, dass im Hinblick auf den baldigen Kindergarteneintritt C.\_\_\_\_\_s eine klare Regelung notwendig sei. In diesem Sinne gehen die Ausführungen des Beschwerdeführers bezüglich der Wohnverhältnisse an der Begründung im angefochtenen Entscheid vorbei, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

4.5. Mit Bezug auf die vom Beschwerdeführer skizzierten Szenarien im Falle der Gutheissung seiner Beschwerde und der damit einhergehenden Konsequenzen für das Kindeswohl ist Folgendes festzuhalten: Der Ausgang des Beschwer-

deverfahrens ist offen. Die Vorinstanz nahm für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung keine materielle Beurteilung der Situation vor und sie musste dies auch nicht. Vielmehr wird die Vorinstanz im Rahmen des Sachentscheids die Würdigung der KESB bezüglich der für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil relevanten Kriterien zu überprüfen haben. Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, aufgrund der tatsächlich gelebten Verhältnisse liege keine besondere Dringlichkeit vor, ist ihm insofern zuzustimmen, als aufgrund der von der KESB gewürdigten Kriterien keine Hinweise dafür vorliegen, dass die Zuteilung der Obhut an ihn mit dem Kindeswohl nicht vereinbar wäre. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt aber dennoch eine besondere zeitliche Dringlichkeit vor, die einen Entzug der aufschiebenden Wirkung notwendig macht. Die von den Parteien gelebte Betreuungsregelung lässt sich mit dem Kindergarteneintritt von C.\_\_\_\_\_ nicht mehr aufrecht erhalten. Infolge der Trennung der Parteien und des Kindergarteneintritts haben sich die Verhältnisse so verändert, dass die von ihnen während des Zusammenlebens getroffene Regelung betreffend Obhut und Betreuung (Art. 298a Abs. 2 ZGB) abgeändert werden muss. Bekanntlich haben die Parteien bisher keine einvernehmliche Regelung bezüglich Obhut und Betreuung oder den Wohnsitz von C.\_\_\_\_\_ getroffen. Nun steht der Kindergarteneintritt von C.\_\_\_\_\_ kurz bevor. Ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bestünde keine verbindliche Regelung und es wäre völlig unklar, wo C.\_\_\_\_\_ in den Kindergarten eintreten würde. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers wäre im Falle der Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde die Frage, wo C.\_\_\_\_\_ wohnt und wo sie den Kindergarten besucht, nicht geklärt.

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund des Kindergarteneintritts von C.\_\_\_\_\_ Gefahr im Verzug besteht. Bei der gegebenen Ausgangslage bedarf es einer – wenn auch einstweiligen – verbindlichen Regelung, um C.\_\_\_\_\_ einen reibungslosen Kindergarteneintritt und damit einen erfolgreichen Übergang in den nächsten Lebensabschnitt zu ermöglichen. Aus den genannten Überlegungen ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers ist abzuweisen.



5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gestützt auf § 5 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren auf Fr. 600.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens 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 um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachstehendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Uster, je gegen Empfangsschein.
4. 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: