

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ240002-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 7. Februar 2024

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **persönlicher Verkehr etc.**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Dielsdorf vom
20. Dezember 2023; VO.2023.15 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Bezirk Dielsdorf)**

Erwägungen:

I.

1. B._____ (fortan: Beschwerdegegnerin) und A._____ (fortan: Beschwerdeführer) sind die verheirateten Eltern der beiden Kinder C._____ (geb. tt.mm.2017) und D._____ (geb. tt.mm.2019).
2. Mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Dielsdorf (KESB) vom 21. Juli 2023 (BR act. 2) wurden unter anderem diverse prozessuale Anträge der Beschwerdegegnerin abgewiesen (Dispositiv-Ziffern 1-5), wurden die bestehende Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beschwerdeführer und den Kindern (Dispositiv-Ziffer 6) sowie die Aufgaben der Beiständin angepasst (Dispositiv-Ziffer 10) und wurde den Eltern eine Weisung erteilt (Dispositiv-Ziffer 12). Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositiv-Ziffer 18). Gegen die Dispositiv-Ziffern 1-6, 10b und 12 des Entscheids erhob die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 25. August 2023 (BR act. 1) Beschwerde beim Bezirksrat Dielsdorf (Vorinstanz). Der Beschwerdeführer beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 28. September 2023 (BR act. 10). Am 24. November 2023 reichte die Beschwerdegegnerin die Replik ein (BR act. 17), in der sie unter anderem beantragte, es seien schriftliche Stellungnahmen hinsichtlich der bisherigen Kontakterfahrungen mit dem Vater anzufordern (Antrag Ziffer 1 Bst. b) und es sei "[v]on einer Erweiterung des Besuchsrechts gemäss vorgesehenen Phasen 2 und 3 [...] einstweilen abzusehen bzw. bis zum Vorliegen der Ergebnisse der Anträge 1-4 die aufschiebende Wirkung zu erteilen" (Antrag Ziffer 1 Bst. e). Der Eingabe legte die Beschwerdegegnerin eine Gefährdungsmeldung von Dr. med. E._____ vom 24. November 2023 bei (BR act. 18). Mit Beschluss vom 30. November 2023 entschied die Vorinstanz unter anderem, dass die aufschiebende Wirkung des Entscheids der KESB vom 21. Juli 2023 wiederhergestellt werde (BR act. 20 Dispositiv-Ziffer III).
3. Gegen diesen Entscheid der Vorinstanz vom 30. November 2023 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 Beschwerde bei der Kammer. Das entsprechende Verfahren wird unter der Prozess-Nr. PQ230078

geführt. Mit Beschluss vom 20. Dezember 2023 entschied die Vorinstanz Folgendes (BR act. 26 = act. 5/1 = act. 11 [Aktenexemplar]).

- I. Der Beschluss des Bezirksrats Dielsdorf vom 30. November 2023 wird aufgehoben und durch den vorliegenden Beschluss ersetzt.
- II. [...]
- III. [...]
- IV. Die aufschiebende Wirkung des Entscheids der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Dielsdorf vom 21. Juli 2023 wird wiederhergestellt.
- V. Der Beschwerdegegner ist berechtigt und verpflichtet für die gemeinsamen Kinder C._____ und D._____, jeden Sonntag von 11.00 Uhr bis 15.00 Uhr im Rahmen von begleiteten Besuchen zu betreuen. Sollte am Sonntag kein begleitetes Besuchsrecht (aufgrund fehlender Kapazitäten bei den Begleitpersonen) organisierbar sein, hat das Besuchsrecht am Samstag von 11.00 Uhr bis 15.00 Uhr stattzufinden.

[...]"

Gegen diesen Entscheid der Vorinstanz vom 20. Dezember 2023 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 8. Januar 2024 (Eingang: 9. Januar 2024) die vorliegend zu beurteilende Beschwerde bei der Kammer mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Ziffer IV des Entscheids des Bezirksrats Dielsdorf vom 20. Dezember 2023 aufzuheben und damit der Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Bezirk Dielsdorf vom 21. Juli 2023 die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen.
2. Es sei die Ziffer V des Entscheids des Bezirksrats Dielsdorf vom 20. Dezember 2023.
3. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Massnahmeverfahrens und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin."

Zudem beantragte der Beschwerdeführer die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 10. Januar 2024 wurde der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 9). Die Beschwerdeantwort vom 24. Januar 2024 ging am 26. Januar 2024 ein (act. 14). Die Beschwerdegegnerin beantragt, es seien die

Verfahren PQ230078 und PQ240002 zu vereinigen, eventualiter sei auf das Verfahren PQ230078 nicht einzutreten (Ziffer 1), es seien die Anträge des Beschwerdeführers abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (Ziffer 2), es sei der Beschwerdeführer zu verpflichten, über sein Einkommen und sein Vermögen im Ausland (namentlich im Kosovo) vollumfänglich Auskunft zu geben (Ziffer 3) und es sei ihr (der Beschwerdeführerin) die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverteidigung zu bewilligen (Ziffer 4).

II.

1. Die Vorinstanz hat mit Beschluss vom 20. Dezember 2023 die aufschiebende Wirkung des Entscheids der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Dielsdorf vom 21. Juli 2023 wieder hergestellt. Hierbei handelt es sich um einen Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, der grundsätzlich mit Beschwerde im Sinne von Art. 450 ZGB angefochten werden kann (Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 445 Abs. 3 ZGB; vgl. BSK ZGB I-Droese, Art. 450 N 15, 21). Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben (vgl. act. 5/3). Als betroffene Person und Partei im vorinstanzlichen Verfahren ist der Beschwerdeführer zur Beschwerde an die Kammer legitimiert (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Beschwerde enthält sodann Anträge und eine Begründung (act. 2). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht insoweit nichts entgegen.

2. Der Beschwerdeführer wirft in prozessualer Hinsicht die Frage auf, in welchem Verhältnis der ursprüngliche Beschluss der Vorinstanz vom 30. November 2023 und die dagegen erhobene Beschwerde (Proz.-Nr. PQ230078) auf der einen Seite sowie der Beschluss der Vorinstanz vom 20. Dezember 2023 und die dagegen erhobene Beschwerde (vorliegende Proz.-Nr. PQ240002) auf der anderen Seite zueinander stehen (vgl. act. 2 Rz. 11 ff.). Diese Frage ist insoweit geklärt, als mit dem Beschluss der Vorinstanz vom 20. Dezember 2023 der Beschluss vom 30. November 2023 aufgehoben und das hiesige Beschwerdeverfahren PQ230078 mit heutigem Entscheid entsprechend abgeschrieben wurde (Proz.-Nr. PQ230078, act. 16). Damit ist im Übrigen auch der Antrag der Beschwerdegegnerin auf Vereinigung der Verfahren gegenstandslos.

3. Die Beschwerdegegnerin verlangt im Zusammenhang mit dem Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, es sei dieser zu verpflichten, über sein Einkommen und Vermögen im Ausland Auskunft zu geben (act. 14 Rz. 30 ff.). Der Beschwerdegegnerin kommt mit Bezug auf das Armenrechtsgesuch des Beschwerdeführers keine Parteistellung zu (DIKE-Komm. ZPO-Huber, Art. 119 N 23). Auf den Antrag ist nicht weiter einzugehen.

III.

1. Der Beschwerdeführer macht in erster Linie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz bzw. einen schweren Verfahrensmangel geltend. Nachdem die Beschwerdegegnerin mit ihrer Replik vom 24. November 2023 erstmals beantragt habe, es sei ihrer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, habe die Vorinstanz mit Beschluss vom 20. Dezember 2023 die aufschiebende Wirkung des Entscheids der KESB vom 21. Juli 2023 wieder hergestellt sowie ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet. Dabei habe die Vorinstanz – ohne dass die Beschwerdegegnerin dies beantragt bzw. Dringlichkeit behauptet hätte – den Entscheid "superprovisorisch" getroffen. Er (der Beschwerdeführer) sei nicht angehört worden, obwohl dies ohne Weiteres möglich und auch nötig gewesen wäre. Auf eine superprovisorische Anordnung hin sei sodann eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen und habe eine Überprüfung durch die gleiche Instanz zu erfolgen. Die Vorinstanz habe ihren superprovisorischen Entscheid aber offenbar als Endentscheid betrachtet, indem sie, anstatt ihn (den Beschwerdeführer) zu einer Stellungnahme aufzufordern, als Rechtsmittel die Beschwerde beim Obergericht für einschlägig erklärt habe. Ihm sei damit nicht nur das rechtliche Gehör abgeschnitten worden, sondern es sei ihm die Möglichkeit genommen worden, die superprovisorische Anordnung gesetzeskonform vor gleicher Instanz überprüfen zu lassen (act. 2 Rz. 3 ff., 15 ff.). Im Weiteren sei die Sachverhaltswürdigung der Vorinstanz, soweit eine solche überhaupt stattgefunden habe, unzureichend und willkürlich. Die Tatsache, dass der Antrag von der Gegenseite nicht begründet worden und die Entscheidbegründung der Vorinstanz sehr knapp ausgefallen sei, mache es ihm (dem Beschwerdeführer) unmöglich, detaillierte Rügen vorzubringen. Die Entscheidbegründung der Vorinstanz wäre

für einen superprovisorischen Entscheid wohl ausreichend. Dann würde allerdings eine umgehende Überprüfung vor gleicher Instanz und ein ausführlicherer Entscheid erfolgen. Nun sei aber durch die viel zu knappe Begründung letztlich sein rechtliches Gehör verletzt worden. Die Vorinstanz setze sich einzig und allein mit der ungenügenden Gefährdungsmeldung auseinander und unterlasse es, auf die umfangreichen Akten einzugehen bzw. die Gefährdungsmeldung in den Kontext des gesamten Verfahrens zu stellen (act. 2 Rz. 33 f.).

2.

2.1 Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Beschwerdegegnerin in ihrer Replik vom 24. November 2023 beantragt, es seien schriftliche Stellungnahmen hinsichtlich der bisherigen Kontakterfahrungen mit dem Vater anzufordern (Antrag Ziffer 1 Bst. b) und es sei "[v]on einer Erweiterung des Besuchsrechts gemäss vorgesehenen Phasen 2 und 3 [...] einstweilen abzusehen bzw. bis zum Vorliegen der Ergebnisse der Anträge 1-4 die aufschiebende Wirkung zu erteilen" (Antrag Ziffer 1 Bst. e). Der Eingabe hat sie eine Gefährdungsmeldung von Dr. med. E. _____ vom 24. November 2023 beigelegt (BR act. 18; vorne E. I/1.2). Die Vorinstanz hat alsdann mit dem vorliegend angefochtenen Beschluss vom 20. Dezember 2023 die aufschiebende Wirkung des Entscheids der KESB vom 21. Juli 2023 wieder hergestellt sowie ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet. Den Beschwerdeführer hat sie nicht angehört und ihm auch keine Frist zur Stellungnahme angesetzt, sondern auf die Möglichkeit einer Beschwerde ans Obergericht hingewiesen (act. 11 Dispositiv-Ziffer IX).

2.2 Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (und auch die Beschwerdeinstanz) kann gemäss Art. 445 Abs. 1 ZGB auf Antrag oder von Amtes wegen für die Dauer des Verfahrens die notwendigen vorsorglichen Massnahmen treffen. Bei besonderer Dringlichkeit kann sie nach Art. 445 Abs. 2 ZGB vorsorgliche Massnahmen sofort und ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen anordnen; die Behörde hat den Verfahrensbeteiligten aber Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und alsdann neu zu entscheiden. Diese Regelung des Verfahrens für den Erlass sog. superprovisorischer Massnahmen entspricht Art. 265 ZPO. Der superprovisorischen Anordnung der vorsorglichen Massnahme (ohne

vorherige Anhörung der beteiligten Personen) folgt – nach durchgeführter Anhörung – zwingend der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme (ordentlicher Massnahmeentscheid), der die superprovisorische Massnahme bestätigt, ändert oder aufhebt und damit ersetzt. Diesen neuen Entscheid darf die Behörde nicht der Beschwerdeinstanz überlassen (BGE 140 III 529 E. 2.2.3; BSK ZGB I-Maranta, Art. 445 N 27).

2.3 Es war damit nicht zulässig, dass die Vorinstanz ohne Anhörung des Beschwerdeführers einen Massnahmeentscheid getroffen und statt Einholung einer Stellungnahme auf die Beschwerde ans Obergericht verwiesen hat. In Gutheissung des Eventualantrags des Beschwerdeführers sind die Dispositiv-Ziffern IV und V des Beschlusses der Vorinstanz vom 20. Dezember 2023 aufzuheben und ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird nach Gewährung des rechtlichen Gehörs einen neuen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen zu treffen haben.

2.4 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass nicht nur der Verstoss gegen Art. 445 Abs. 2 ZGB schwer wiegt und zu einer Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids führt, sondern auch die mangelhafte Begründung des Entscheids eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 ZPO) bewirkt, die sich im Beschwerdeverfahren nicht heilen liesse. Wie der Beschwerdeführer zu Recht rügt, hat die Vorinstanz ihren Entscheid betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit einem pauschalen Hinweis auf die Gefährdungsmeldung von Dr. med. E._____ sowie auf die Erforderlichkeit von Sachverhaltsabklärungen begründet (act. 11 S. 2 f.). Sie hat sich weder mit dem Entscheid der KESB noch mit den Akten auseinandergesetzt und es unterlassen, die Gefährdungsmeldung in diesen Zusammenhang einzuordnen. Die entsprechende Auseinandersetzung hat vor Vorinstanz zu erfolgen und wäre nicht erstmals durch das Obergericht vorzunehmen.

IV.

1. Die Beschwerdegegnerin hat sich vollumfänglich mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert und Abweisung der Beschwerde beantragt (act. 14). Sie

wird als unterliegende Partei ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 400.– festzusetzen (vgl. § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 8 GebV OG). Bei der Parteientschädigung ist zu beachten, dass die Parteien im vorliegenden Verfahren zu einem erheblichen Teil ihre Rechtsschriften aus dem Verfahren PQ230076 wiederverwerten konnten. Angemessen erscheint eine von der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer zu bezahlende Parteientschädigung von Fr. 800.– (inkl. MwSt.; vgl. § 13 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV).

2. Beide Parteien stellen für das obergerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, inklusive unentgeltliche Rechtsverbeiständung.

2.1 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).

Nach dem Ausgeführten ist die Position der Beschwerdegegnerin als aussichtslos zu betrachten. Ihr Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung ist abzuweisen.

2.2 Dem Beschwerdeführer werden keine Kosten auferlegt und er erhält von der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung. Sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung ist abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffern IV und V des Beschlusses des Bezirksrats Dielsdorf vom 20. Dezember 2023 werden aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an den Bezirksrat Dielsdorf zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 800.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beschwerdeführer unter Beilage des Doppels von act. 14), die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Dielsdorf sowie unter Rücksendung der eingereichten Akten an den Bezirksrat Dielsdorf, 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 und 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am: