

ZH_OBERGERICHT PQ170065 vom 14. September 2017

ZH Obergericht, 2017-09-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ170065

FR: ZH_OBERGERICHT PQ170065 du 14 septembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT PQ170065 del 14 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

C._____ (nachfolgend C._____) ist die gemeinsame Tochter von B._____ (nachfolgend Mutter) und A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer). Die Eltern sind gerichtlich getrennt; das Scheidungsverfahren ist pendent. C._____ untersteht der gemeinsamen Sorge der Eltern sowie der alleinigen Obhut der Mutter.

E. 2

Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Gemeinde D._____ vom

E. 2.1

Der Beschwerdeführer rügt zunächst die Parteibezeichnung im vorinstanzlichen Urteil. Seine Beschwerde richte sich nicht gegen C._____ oder die Mutter sondern den Entscheid der Vorinstanz (act. 2 Ziffer 1).

E. 2.2

Gemäss §§ 40 Abs. 3 und 58 Abs. 2 EG KESR in Verbindung mit Art. 238 lit. c ZPO haben die Entscheide der KESB sowie der gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter zu enthalten. Sind Kinderbelange zwischen Eltern streitig, kommt beiden Elternteilen Parteistellung zu (§ 56 Abs. 1 und 2 EG KESR). Das Kind gilt als direkt von einer Kindeschutzmassnahme betroffene Person ohne weiteres als Partei (vgl. Art. 314a ZGB, §§ 50 f. EG KESR).

E. 2.3

Mit dem Entscheid der KESB der Stadt Zürich vom 26. Juli 2016, welcher als Beschwerdeobjekt dem Verfahren vor Vorinstanz zugrunde lag, übernahm diese die Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für C._____ von der KESB Ausserschwyz, ernannte eine neue Beiständige und übertrug dieser konkrete Aufgaben (act. 6/2). Damit waren Kinderbelange im Sinne von § 56 EG KESR Gegenstand des Verfahrens und es kam beiden Eltern sowie C._____ von Gesetzes wegen im erstinstanzlichen Verfahren Parteistellung zu. Diese Stellung haben sie im Beschwerdeverfahren vor Vorinstanz beibehalten. Da sich nur der Beschwerdeführer dem Entscheid der KESB widersetzte, wurde er korrekt als Beschwerdeführer ins Rubrum des vorinstanzlichen Entscheids aufgenommen, währenddem Mutter und Tochter, welche den Entscheid der KESB akzeptierten, gleichsam als seine Kontrahenten zutreffend als Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 aufgeführt wurden. Der Einwand der falschen Parteibezeichnung ist folglich nicht begründet.

- 5 - 3.1. Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, die Vorinstanz habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie die Tochter nicht angehört und ihm die Beschwerdeantwort der Vorinstanz nicht zugestellt habe (act. 2 Ziffer 2). 3.2. Soweit der

Beschwerdeführer moniert, C._____ sei nicht angehört worden, fehlt es ihm an der nötigen Beschwer zur Beschwerdeerhebung, weil der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht ihm, sondern C._____ persönlich zusteht. Sie liess den Entscheid nicht anfechten. Auf die Beschwerde kann folglich insoweit nicht eingetreten werden. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass im gerichtlichen Beschwerdeverfahren eine mündliche Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen nicht zwingend vorgeschrieben ist. Vielmehr kann die Beschwerdeinstanz es bei einer schriftlichen Stellungnahme belassen (§ 66 EG KESR). 3.3. Die Vorinstanz gewährte mit Verfügung vom 8. September 2016 C._____ und der Mutter sowie der KESB Zürich Frist, sich zur Beschwerde zu äussern (act. 6/3). In der Folge liessen sich C._____ und die Mutter nicht vernemen. Die Vorinstanz äusserte sich mit Eingabe vom 7. Oktober 2016 zur Beschwerde (act. 6/6). Diese wurde dem Beschwerdeführer am 13. Oktober 2016 zur freigestellten Stellungnahme usanzgemäss mit normaler Post zugesandt (act. 6/8). Als Zustelladresse wurde seine bisherige Anschrift ... [Adresse] aufgeführt (vgl. act. 2). Der Vorwurf, die Vorinstanz habe ihm die Beschwerdeantwort der KESB Zürich nicht zugesandt, ist deshalb aktenwidrig. Anhaltspunkte dafür, die Sendung sei ihm nicht zugegangen, bestehen nicht und werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Im Übrigen könnte ein allfälliges Versäumnis der Post der Vorinstanz nicht als Verfahrensfehler angelastet werden. Der Einwand der mangelnden Zustellung der Beschwerdeantwort der Vorinstanz verfährt folglich nicht. Schliesslich wäre eine vorliegend (leichte) Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens vor der Kammer geheilt (vgl. BGer 5A_1022/2015 vom 29. April 2016 E. 5.3).

E. 4

Am 21. Juli 2015 ersuchte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend KESB) Ausserschwyz die KESB der Stadt Zürich um Übernahme der Beistandschaft für C._____. Nach Anhörung der Eltern und des Kindes beschloss erstere am 13. Januar 2016 die Beistandschaft per 1. März 2016 an die KESB Zürich zu übertragen (act. 7/59). Die dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz am 25. April 2016 ab (act. 7/68).

- 3 -

E. 4.1

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie habe nicht begründet, weshalb sie den von ihm vorgeschlagenen Beistand abgelehnt habe und der bisherige Beistand abgelöst werden soll (act. 2 Ziffern 3 und 4). Sie sei ferner

- 6 - nicht darauf eingegangen, weshalb sie seine Einwände gegen die der Beistandin übertragenen Aufgaben abgelehnt habe (act. 2 Ziffer 8). Damit habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, was zur Aufhebung der Verfügung führen müsse.

E. 4.2

Die Entscheide der gerichtlichen Beschwerdeinstanz sind zu begründen, sofern keine Ausnahme im Sinne von Art. 239 ZPO vorliegt (§ 40 Abs. 3 EG KESR i.V.m. Art. 238 lit. g ZPO). Dieser Anspruch entspringt dem Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Instanz mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt

und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss aber so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4, BGer. Urteil 5A 850/2011 E. 4.1.; STAHELIN in: Sutter-Somm/Hasen-Böhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. Auflage, Art. 239 N 16).

E. 4.3

In seiner Beschwerde an die Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer gerügt, er habe der KESB eine neutrale Fachperson vorgeschlagen und diese sei nicht berücksichtigt worden (act. 6/1). Dem Protokoll seiner Anhörung durch die KESB der Stadt Zürich vom 12. November 2015 ist zu entnehmen, dass er auf die Frage, wen er als Beistand für C._____ vorschlagen möchte, antwortete, er könne keinen Namen nennen. Er habe schon früher jemanden vorgeschlagen, es sei ein Onkel, den Namen wisse er gerade nicht mehr, er habe ihn letztmals vor zwei Jahren gesehen und vielleicht lebe er gar nicht mehr (act. 7/53 S. 2). An der Anhörung wurde ihm erklärt, dass die KESB auf diesen unkonkreten Vorschlag nicht eingehen könne. Auch in der Beschwerde an die Vorinstanz blieben seine Angaben zur von ihm favorisierten Person oberflächlich und er nannte weder Namen

- 7 - noch Adresse. Er kenne diese selber nicht näher und habe lediglich einmal mit ihr telefoniert (act. 6/1 S. 1). Die Vorinstanz behandelte in ihrem Entscheid im Rahmen der Frage, welche Person als Beiständin für C._____ zu ernennen sei, implizit auch den Vorschlag des Klägers. Sie erwog zusammenfassend, dass eine persönlich und fachlich geeignete Person einzusetzen sei, welche die dafür erforderliche Zeit aufbringen könne und die Aufgaben selber wahrnehme. Der Beschwerdeführer habe die persönliche und fachliche Eignung der designierten Beiständin nicht in Frage gestellt. Es bestünden keine Anhaltspunkte, welche seine Befürchtung, eine weibliche Person könnte seine Kontaktrechte beeinträchtigen, stützen. Zudem erscheine es vorliegend sinnvoll, eine Berufsbeiständin statt der vom Beschwerdeführer bezeichneten Person einzusetzen (act. 5 S. 8). Mit diesen Erwägungen ist die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht hinreichend nachgekommen, werden daraus die Überlegungen ersichtlich, von welchen sie sich leiten liess. So war für ihre Entscheidung ausschlaggebend, eine fachlich und persönlich geeignete und berufsmässig handelnde Person als Beistand einzusetzen. Aufgrund der eher rudimentären Behauptungen des Beschwerdeführers konnte die von ihm vorgeschlagene Person nicht als ernsthafte Alternative in Betracht gezogen werden. Die nötige Prüfung ihrer persönlichen und fachlichen Eignung liess sich nicht vornehmen und damit eine Ablehnung seines Vorschlags nicht eingehender darlegen. Die Vorinstanz hat überdies nachvollziehbar begründet, dass der Wohnsitzwechsel der Mutter und C._____ von D._____ in die Stadt Zürich gestützt auf Art. 442 Abs. 5 ZGB vorliegend zugleich den Wechsel der zur Führung der Beistandschaft zuständigen KESB nach sich zieht (act. 5 S. 5 f.). Aus dem Wechsel der KESB ergibt sich konsequenterweise, dass diese eine von ihr gestützt auf § 15 EG KESR als Beistand ernannte Person mit der Beistandschaft betraut und daher der bisherige, von der damaligen Vormundschaftsbehörde D._____ eingesetzte Beistand abgelöst wird. Zusammenfassend hat die Vorinstanz ihre Begründungspflicht nicht verletzt. Was den Vorwurf, die Vorinstanz habe seine Einwände gegen die der Beiständin übertragenen Aufgaben ohne Begründung abgelehnt, betrifft, fällt in Betracht,

dass der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde an die Vorinstanz einzig ausführte, die der Beiständin übertragenen Aufgaben seien ungeeignet. Es gehe

- 8 - nicht um Briefkontakt, sondern er sei gemäss rechtskräftiger Eheschutzverfügung berechtigt, mit C._____ zu telefonieren (act. 6/1 S. 2 Ziffer 7). Gründe, weshalb die bezeichneten Aufgaben ungeeignet seien, führte er nicht an. Da sich die Beschwerde daher als ungenügend begründet erwies, verletzte die Vorinstanz ihre Begründungspflicht nicht, wenn sie sich in ihrem Entscheid zur Geeignetheit der Aufgaben der Beiständin nicht äusserte. Seine Behauptung, er dürfe mit C._____ telefonischen Kontakt pflegen, widerspricht im Übrigen dem in der Verfügung des Bezirksgerichts March vom 10. Dezember 2014 festgelegten und nach wie vor geltenden Kontaktrecht (act. 7/26/2, 7/19/4 und act. 7/72). Damals wurde das Besuchs- und Ferienrecht während dem Scheidungsverfahren gänzlich ausgesetzt und der zuständige Beistand beauftragt, "einen regelmässigen Briefkontakt zwischen Vater und Tochter aktiv zu fördern und dafür besorgt zu sein, dass der Beklagte (Beschwerdeführer) regelmässig, mindestens einmal monatlich, über aktuelle Ereignisse in C._____s Leben informiert wird". Ein telefonischer Kontakt wurde dem Beschwerdeführer nicht gewährt. Die vorstehende Formulierung wurde wörtlich im angefochtenen Entscheid der KESB übernommen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er dürfe telefonischen Kontakt haben, ist somit aktenwidrig. Auch diese Einwände sind demnach nicht zu schützen.

E. 5

Daraufhin beschloss die KESB Zürich am 26. Juli 2016, die Beistandschaft für C._____ zur Weiterführung zu übernehmen. Gleichzeitig ernannte sie F._____ zur Beiständin und übertrug ihr verschiedene Aufgaben (act. 6/2 = act. 7/73).

E. 5.1

Der Beschwerdeführer rügt überdies, der Wohnsitz der Tochter sei an dem Ort, an welchem sie angemeldet sei und sich tatsächlich aufhalte. Die derzeitige pro forma Obhut der Mutter sei zweitrangig (act. 2 Ziffer 6).

E. 5.2

Die Frage, wo sich der Wohnsitz einer minderjährigen Person befindet, beantwortet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen von Art. 23 ff. ZGB. Die Vorinstanz führte diesbezüglich zutreffend aus, die Mutter habe mit ihrem Umzug am 1. Oktober 2013 unbestritten Wohnsitz in der Stadt Zürich begründet. Von ihrem Wohnsitz leite sich derjenige des unter ihrer Obhut stehenden Kindes C._____ ab (act. 5 S. 6 Ziffer 3.3.). Es ist unbestritten, dass C._____ mit der obhutsberechtigten Mutter seit Oktober 2013 in die Stadt Zürich lebt und dort zur Schule geht (act. 7/34). In der Anhörung vor der KESB Zürich vom 8. September 2015 erklärte die Mutter ferner, sie beabsichtige, hier wohnen zu bleiben (act. 7/33). Damit hat C._____ in der Stadt Zürich ihren Wohnsitz, ungeachtet einer all-

- 9 - fälligen Anmeldung durch den Gesuchsteller in D._____. Seine abweichende Meinung zum Wohnsitz ist unbehelflich.

E. 6

Auch dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde (act. 6/1). Mit Urteil vom 13. Juli 2017 wies der Bezirksrat Zürich (nachfolgend Vorinstanz) diese ab (act. 6/28 = act. 5). Am 25. Juli 2017 ging bei der hiesigen Kammer des Obergerichts rechtzeitig die gegen den

Abweisungsentscheid der Vorinstanz erhobene Beschwerde ein (act. 2).

E. 6.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die KESB Zürich verhalte sich widersprüchlich, habe sie doch jahrelang die Übernahme der Beistandschaft ab-gelehnt und diese nun trotz strittiger Obhut plötzlich doch übernommen, obwohl die Obhutsfrage nach wie vor hängig sei und die Mutter C._____ ohne sein Ein-verständnis nach Zürich verbracht habe (act. 2 Ziffer 7).

E. 6.2

Der Beschwerdeführer übersieht bei seiner Rüge, dass die Übertragung der Beistandschaft zunächst aufgrund der damals strittigen und noch nicht rechts-kräftig entschiedenen Obhutszuteilung nicht vollzogen werden konnte, dass aber die Frage der Obhut mit dem die Beschwerde abweisenden Beschluss des Kan-tonsgerichts Schwyz am 21. September 2014 zugunsten der Mutter rechtskräftig entschieden wurde (vgl. act. 7/25, 7/19 Dossier 2 act. 4.42). Seither steht C._____ unter der alleinigen Obhut der Mutter. Nach rechtskräftigem Obhutsentscheid nahmen die KESBen Ausserschwyz und Stadt Zürich die Übertragung der Bei-standschaft an die Hand. Ein widersprüchliches Verhalten lässt sich daraus nicht erkennen.

E. 7

Die Akten der Vorinstanz sowie der KESB Zürich wurden beigezogen (act. 3, 6/1-31 und 7/1-80). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Ge-genpartei sowie auf eine Stellungnahme der Vorinstanz gemäss § 66 Abs. 1 Ein-führungsgesetz zum Kinder- und Erwachsenen-schutzrecht (EG KESR) kann ver-zichtet werden, weil sich die Beschwerde, wie nachfolgend dargelegt, als offen-sichtlich unbegründet erweist. II. 1. Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich in Kindesschutzsachen nach den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetz-buches (ZGB) und des EG KESR sowie subsidiär nach den Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) und der Zivilprozessordnung (ZPO, § 40 EG KESR). Gemäss Art. 450 Abs. 3 ZGB ist die Beschwerde schriftlich und be-gründet einzureichen. Der Beschwerdeführer hat anzugeben, aus welchen Grün-den der angefochtene Entscheid seiner Meinung nach falsch ist und abgeändert werden muss. An die Begründung sind keine hohen Anforderungen zu stellen und es genügt, wenn das Anfechtungsobjekt ersichtlich ist und daraus hervorgeht, wa-rum die betroffene Person mit der getroffenen Anordnung teilweise oder ganz nicht einverstanden ist (BSK ZGB I-DANIEL STECK, 5. Auflage, Art. 450 N 42). Mit der Beschwerde können Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Sach-verhaltensfeststellung oder Unangemessenheit gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Vor der Beschwerdeinstanz gilt sinngemäss Art. 446 Abs. 1 ZGB (§ 65

- 4 - EG KESR). Danach hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erfor-schen und die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Rechte der Parteien auf Mitwirkung bei der Erhebung des Sachverhalts zu beachten (BGE 142 III 732 E. 3.4.1 S. 735). Neue Tatsachenbehauptungen der Parteien sind deshalb in Abweichung von Art. 326 Abs. 1 ZPO in Kindesschutzverfahren zulässig.

E. 7.1

Schliesslich ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung der unent-geltlichen Rechtspflege (act. 2 Ziffer 9) und bemerkte sinngemäss, er hätte schon vor Vorinstanz ein

solches stellen wollen, er habe dazu jedoch keine Gelegenheit gehabt, weil er die Beschwerdeantwort nicht erhalten habe und sich dazu nicht habe äussern können (act. 2 Ziffer 5).

E. 7.2

Eine Partei hat Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechts- pflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmassli- chen Gerichtskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverteidigung zu tragen, und darüber hinaus ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 und 118 ZPO). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die des- halb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Par-

- 10 - tei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGer 5A_153/2014 E. 3 mit weiteren Hinweisen). Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO).

E. 7.3

Sämtliche Rügen des Beschwerdeführers erweisen sich wie dargelegt als offensichtlich unbegründet. Seine Gewinnchancen mussten bereits bei Ge- suchstellung als erheblich geringer als die Gefahr des Unterliegens eingestuft werden. Seine Begehren sind deshalb als aussichtslos zu bezeichnen. Damit ge- bricht es an einer notwendigen Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltli- chen Prozessführung. Sein Begehren ist demzufolge abzuweisen. Der Beschwerdeführer hat vor Vorinstanz kein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung eingereicht, obwohl er dies jederzeit ohne weiteres hätte tun kön- nen, ungeachtet dessen, ob ihm die Beschwerdeantwort der Vorinstanz zugestellt wurde und er Frist zur Stellungnahme erhalten hat. Seine Bemerkung, er hätte bereits vor Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung beantragen wollen, ist daher unbeachtlich.

E. 8

Zusammenfassend ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. III. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 40 Abs. 3 EG KESR in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Aufwänden sind keine Parteientschädigungen an die Mutter und C. _____ zuzusprechen.

- 11 - Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.