

ZH_OBERGERICHT PQ170073 vom 25. Januar 2018

ZH Obergericht, 2018-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ170073

FR: ZH_OBERGERICHT PQ170073 du 25 janvier 2018

IT: ZH_OBERGERICHT PQ170073 del 25 gennaio 2018

Erwägungen

E. 1

A._____ (Vater) und B._____ (Mutter) sind die nicht miteinander verheirateten Eltern der am tt.mm.2013 geborenen C._____. Den Eltern kommt die gemeinsame elterliche Sorge für ihre Tochter zu, welche bei der Mutter lebt.

E. 2

Spannungen in der Beziehung der Parteien führten ca. in der zweiten Jahreshälfte 2014 zur Trennung der Eltern. Die bisherigen Konflikte verlagerten sich in der Folge auf die Regelung des persönlichen Kontaktes des Vaters zu seiner Tochter. Ein Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 15. Januar 2015 betreffend Verdacht der Kindsentführung (durch die Mutter/Grosseltern mütterlicherseits in die Ukraine) und ein zeitgleicher Bericht des kjz ... betreffend Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft veranlassten die KESB Horgen zu näheren Abklärungen. Der in der Folge vom kjz ... angeforderte Abklärungsbericht wurde am 22. Juli 2015 erstattet (vgl. KESB act. 53).

E. 2.1

Zur Instruktionsverhandlung vom 21. November 2017 wurden die eingesetzte Beiständin und ihre Nachfolgerin eingeladen (Prot. S. 3 und S. 5). Vorgängig der angesetzten Verhandlung teilte der Geschäftsführer des Amtes für Jugend und Berufsberatung, Geschäftsstelle der Bezirke Affoltern, Dietikon und Horgen mit, durch Aussagen der beiden Beiständinnen, welche diesen im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt seien, entstünde die Gefahr, dass das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört würde und der Eindruck der Parteilichkeit entstünde, was die konstruktive Zusammenarbeit mit den Eltern in Zukunft beeinträchtigen würde. Zeugenaussagen seitens der Beiständinnen lägen daher nicht im Kindesinteresse, weshalb diese nicht vom Amtsgeheimnis entbunden würden und somit ausdrücklich nicht zur Aussage ermächtigt seien (act. 20). Zu Beginn

- 10 - der Instruktionsverhandlung beriefen sich die erschienenen Beiständinnen auf dieses Schreiben und erklärten, sie könnten keine Aussagen machen (Prot. S. 6). Dazu ist folgendes anzumerken: die Beiständinnen sind von der KESB Horgen eingesetzt worden. Dieser gegenüber sind sie rechenschaftspflichtig, d.h. sie haben gegenüber ihrer Auftraggeberin über ihre Tätigkeit im konkreten Mandat Auskunft zu geben, insbesondere hinsichtlich der ihnen konkret übertragenen Aufgaben (Art. 411 Abs. 1 ZGB). Dieser Rechenschaftsbericht bildet Teil der Akten. Die Kammer ist zweite gerichtliche Beschwerdeinstanz in Verfahren der KESB und hat dabei eine umfassende Prüfung des Sachverhaltes vorzunehmen und nötigenfalls eigene Abklärungen zu tätigen (Offizial- und Untersuchungsmaxime, Art. 296 Abs. 1 ZPO); dabei ist sie nicht an Parteianträge gebunden. Es versteht sich von selbst, dass die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen in einem konkreten Rechtsmittelverfahren uneingeschränkte Einsicht in sämtliche diesbezügliche

Akten der KESB haben müssen und/oder statt schriftliche Auskünfte der Beistandspersonen einzuholen, diese mündlich befragen können und dürfen. Nur so ist gewährleistet, dass in einem konkreten Streitfall die gesetzlich verlangte umfassende Prüfung aller bedeutsamen Aspekte vorgenommen werden kann, um beurteilen zu können, ob die bestehende Beistandschaft nach wie vor angezeigt ist, allenfalls aufgehoben werden kann oder ob sie veränderten Verhältnissen an- zupassen ist. Hier hat die KESB Horgen die eingesetzte Beiständin beauftragt, sobald als nötig, spätestens jedoch per 30. Juni 2018 den ordentlichen Rechen- schaftsbericht einzureichen. Dieser Zeitvorgabe zufolge fehlt es in den Akten an einem solchen Bericht. Mündliche Angaben der Beiständigen über die ihnen übertragenen Aufgaben fehlen wie erwähnt; es fehlen sodann namentlich Anga- ben der Beiständigen hinsichtlich lit. g) ihres Auftrages, nämlich Antrag zu stel- len, wenn sich aus Sicht des Kindeswohls eine Aufhebung der Begleitung oder die Prüfung weitergehender Kindeschutzmassnahmen aufdrängen sollte. Anzu- merken bleibt zudem, dass von einem Amt angestellte Beistandspersonen ihren Vorgesetzten gegenüber keine analoge Rechenschaftspflicht haben können wie gegenüber der KESB. Denn nicht das Amt, bei dem die Beistandspersonen ange- stellt sind, ist Mandatsträger, sondern einzig die Beistandsperson selbst – und sie unterscheidet sich hierin nicht von einer Beistandsperson, die nicht von einem

- 11 - Amt angestellt ist. Und das beschlägt auch das Amtsgeheimnis. Von daher er- scheint es sehr fraglich, ob Vorgesetzte einer von einem Amt angestellten Bei- standsperson überhaupt vorgesetzte Behörde i.S. des Art. 320 Ziff. 2 StGB sind und nicht vielmehr nur die KESB. Es ist daher im folgenden auf die von den Parteien im Rahmen der Instrukti- onsverhandlungen gemachten Angaben und den dabei gewonnenen Eindruck abzustellen.

E. 2.2

Die Eltern erklärten übereinstimmend, nur wenig Kontakt mit der ursprüng- lich eingesetzten Beiständin gehabt zu haben. Zur neu eingesetzten Beiständin hatte der Beschwerdeführer keinen Kontakt (Prot. S. 15), die Beschwerdegegne- rin traf diese für ein Gespräch (Prot. S. 23). Der Beschwerdeführer gab sodann an, die Beiständin sei für die von ihnen gefundene Lösung bei den Übergaben nicht in Erscheinung getreten, sie hätten diese selbständig erarbeitet (Prot. S. 15), während die Beschwerdegegnerin meinte, momentan für die Übergaben keine Hilfe zu benötigen (Prot. S. 24). Im Weiteren führte die Beschwerdegegnerin aus, es gäbe in Zukunft vielleicht wieder Streit und dann wäre es hilfreich, eine vermit- telnde Person zu haben bzw. jemanden, mit dem eine Lösung zu finden wäre (a.a.O.). Auch habe sie sich ab und zu wegen Fragen an die Beiständin gewandt (Prot. S. 23). Anhand der soweit übereinstimmenden Darstellungen der Parteien fanden die Übergaben von C._____ stets ohne Mitwirkung der Beiständin oder ei- ner von ihr eingesetzten Person statt. Die Parteien waren offensichtlich in der La- ge, diesbezüglich Lösungen zu finden, auch wenn die Übergaben - wie von bei- den Seiten bestätigt - nicht immer problemlos verliefen (vgl. Prot. S. 12 f., S. 19). Bei dieser Sachlage erscheint es angezeigt, die Beistandschaft insoweit auf- rechtzuerhalten, als die Beiständin zu beauftragen ist, im Falle von Unstimmigkei- ten oder Konflikten bei der Ausübung der Betreuungsregelung als vermittelnde Person zur Verfügung zu stehen. Für weitergehende Aufgaben der Beiständin fehlen aktuell die Voraussetzungen. In dem Sinne ist die Beistandschaft beizube- halten und der Aufgabenbereich der Beiständin anzupassen.

- 12 - C. Weisung 1. Die KESB Horgen erteilte in ihrem Beschluss vom 11. Juli 2016 den Eltern die Weisung, für mindestens sechs Sitzungen eine psychologische Erziehungsbe-

ratung zu besuchen. Diese Weisung verband sie mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB (KESB act. 116). Bei dieser Anordnung stützte sich die KESB auf die Empfehlungen im Abklärungsbericht des KJZ ... vom 22. Juli 2015 (vgl. KESB act. 53). Im Weiteren hielt die KESB dafür, aufgrund der unterschiedlichen Anträge der Eltern und ihrer Aussagen sei nicht anzunehmen, dass sie eine Erziehungsberatung freiwillig besuchen würden (KESB act. 116 S. 8). Der Bezirksrat Horgen hat in seiner Entscheidung vom 16. August 2017 erwogen, es sei nicht ersichtlich, worin der Mehrwert einer solchen Erziehungsberatung für die Mutter liege und ihr gegenüber diese Weisung aufgehoben (act. 7 S. 27). 2. Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung dieser ihm gegenüber bestehenden Weisung (act. 2 S. 2). Zu Recht weist er daraufhin, dass der Bezirksrat Horgen diesbezüglich nichts ausführe, und dass insofern ein Widerspruch bestehe, als der Bezirksrat ihm eine volle Erziehungsfähigkeit attestiere (act. 2 S. 8; act. 7 S. 14). Als die KESB die betreffende Weisung aussprach, war C._____ 1 1/2-jährig und ausserstande, ihre Bedürfnisse verbal mitzuteilen. Mittlerweile ist sie vierjährig und spricht mit der Mutter russisch und mit dem Vater italienisch. Es gibt aktuell keine Anhaltspunkte dafür, dass sie sich den Eltern gegenüber nicht auch verbal mitteilen und ihre Wünsche und Anliegen kundtun kann. Die im seinerzeitigen Abklärungsbericht geäusserte Befürchtung, insbesondere die Wahrnehmungsfähigkeit des Vaters in Bezug auf nichtsprachliche Äusserungen von C._____ sei eingeschränkt (vgl. KESB act. 53 S. 13), lässt sich im heutigen Zeitpunkt nicht aufrechterhalten. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, in welchen Aspekten der Erziehung von C._____ der Beschwerdeführer gestärkt und/oder angeleitet werden sollte. Dabei ist nicht zu übersehen, dass die Beziehung der Parteien nicht konfliktfrei ist und wie erwähnt die Übergaben nicht immer reibungslos verlaufen (sind) und durchaus auch in Zukunft Schwierigkeiten auftauchen könnten. Dies

- 13 - rechtfertigt allerdings nicht die Erteilung einer Weisung. Damit entfällt ohne weiteres auch die damit verbundene Strafandrohung nach Art. 292 StGB. III. Kosten- und Entschädigungsregelung 1. Die KESB Horgen setzte die Entscheidgebühr für ihr Verfahren auf Fr. 4'000.00 fest und auferlegte diese den Parteien je hälftig, wobei der Anteil der Mutter zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen wurde (KESB act. 116 S. 7 Ziffer 11). Das Verfahren vor der KESB Horgen gestaltete sich nicht besonders aufwändig oder kompliziert. Die zu klärenden Fragen betrafen in erster Linie die Betreuungsregelung. Vorsorgliche Massnahmen waren keine zu treffen. In dem Sinne kann das Verfahren vor der KESB Horgen als durchschnittlich bezeichnet werden. Dies rechtfertigt die festgelegte Gebühr von Fr. 4'000.00 nicht; diese ist auf Fr. 1'500.00 zu reduzieren. An der hälftigen Kostenaufgabe an die Parteien ändert sich damit nichts. 2. Zu bestätigen ist die vom Bezirksrat Horgen getroffene Kosten- und Entschädigungsregelung (act. 7 S. 33 Dispositiv Ziffer IV und V). 3. Für das Verfahren vor der Kammer ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'500.00 festzusetzen und wie von den Parteien in ihrer Vereinbarung vorgesehen (act. 27) diesen je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei der Anteil der Beschwerdegegnerin unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht auf die Gerichtskasse zu nehmen ist. Parateilentschädigungen sind keine auszurichten. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin wird mit separatem Beschluss entschädigt werden. Es wird erkannt: 1. Die Vereinbarung der Parteien vom 17. Januar 2018 wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:

- 14 - "1. Persönlicher Verkehr Die Parteien einigen sich über die Betreuung der Tochter C._____ durch den Vater wie folgt: – in den ungeraden Wochen an den Wochenenden von

Freitagabend 17.00 Uhr bis Montagmorgen (der Vater holt C. _____ in der Kinderkrippe/Kindergarten und bringt sie bis um 9.00 Uhr zur Mutter resp. rechtzeitig in den Kindergarten) und – in den geraden Wochen von Mittwoch bis Donnerstag (der Vater holt C. _____ in der Kinderkrippe/Kindergarten und bringt sie auch wieder rechtzeitig dorthin) – in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern, d.h. von Gründonnerstag 17.00 Uhr bis Ostermontag 17.00 Uhr, und vom 24. Dezember 12.00 Uhr bis am 28. Dezember 17.00 Uhr, sowie in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten, von Freitag 17.00 Uhr, bis Pfingstmontag 17.00 Uhr und vom 29. Dezember 12.00 Uhr bis am 2. Januar 17.00 Uhr – während fünf Ferienwochen pro Kalenderjahr (nicht mitgerechnet die Ferien in der Weihnachts-/Neujahrszeit). Die Ferien sind auf je dreimal eine Woche und zwei Wochen in den Sommerferien zu verteilen. Über die Ferienregelung sprechen sich die Parteien rechtzeitig ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in den Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu und der Mutter in den Jahren mit ungerader Jahreszahl. In der übrigen Zeit wird C. _____ von der Mutter betreut. Weitergehende oder abweichende Kontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten. Die Eltern erklären ihre Absicht, C. _____ zu ermöglichen, die Geburtstage der Grosseltern väterlicherseits sowie die Geburtstage ihres Bruders und ihres Stiefvaters mitzufeiern. Da der Geburtstag der Grossmutter väterlicherseits und des Stiefvaters auf denselben Tag fällt, kommt dem Vater in den Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Teilnahme an der Geburtstagsfeier zu und der Mutter in den Jahren mit ungerader Jahreszahl.

- 15 - 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung." 2. Die von der KESB Horgen mit Beschluss vom 11. Juli 2016 angeordnete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird aufrechterhalten und die Beiständin wird beauftragt, bei Konflikten zwischen den Eltern betreffend Betreuungsregelung zu vermitteln. Im Übrigen entfallen die Aufgaben der Beiständin gemäss Beschluss der KESB Horgen vom 11. Juli 2016 Ziffer 3 lit. a) bis lit. g). 3. Die gegenüber dem Beschwerdeführer bestehende Weisung gemäss Beschluss der KESB Horgen vom 11. Juli 2016 zum Besuch einer Erziehungsberatung (Ziffer 8) wird aufgehoben. 4. Die von der KESB Horgen festgesetzte Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'500.00 herabgesetzt. Im Übrigen bleibt es bei den Anordnungen der KESB Horgen vom 11. Juli 2016 gemäss Ziffer 11. 5. Die Entscheidunggebühr für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Anteil wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Beschwerdegegnerin wird auf die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO hingewiesen. 6. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin wird mit separatem Beschluss entschädigt werden. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (unter Beilage einer Kopie der Prot. S. 35), die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen, das Gemeindeamt des Kantons Zürich und das Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich im Auszug (Erwägungen II./B. 1. und 2.1.) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein.

- 16 -

E. 2.3

Zusammenfassend steht einer Genehmigung der elterlichen Vereinbarung nichts entgegen. B. Beistandschaft 1. Für C. _____ hat die KESB Horgen am 11. Juli 2016 eine

Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Der eingesetzten Beiständin wurde eine Reihe an Aufgaben übertragen, welche oben unter I./3./3a)-g) einzeln aufgelistet sind. Der Bezirksrat Horgen hat sich in seiner Entscheidung dazu nicht weiter ge- äussert. Der Beschwerdeführer stellt in diesem Zusammenhang auch keinen An- trag (act. 2).

E. 3

D._____ kjz ..., wird zur Beiständin ernannt, mit dem Auftrag, a) die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat zu unterstützen; b) die Regelung des persönlichen Verkehrs gemäss Dispositiv Ziff. 6 zu überwa- chen; c) bei Konflikten betreffend das Besuchsrecht zwischen den Eltern zu vermitteln; d) in Absprache mit den Eltern die Modalitäten des Besuchsrechts (Übergabeort, Anordnungen über das Verhalten) festzulegen; e) eine psychologische Erziehungsberatung für die Kindseltern aufzugleisen (mindesten sechs Sitzungen);

- 3 - f) die Einhaltung der Weisung gemäss Dispositiv Ziff. 8 zu kontrollieren und im Rahmen des ordentlichen Rechenschaftsberichtes zu dokumentieren sowie bei Nichteinhaltung die notwendigen Schritte in die Wege zu leiten bzw. der Kin- desschutzbehörde entsprechende Anträge zu stellen; g) der Kindesschutzbehörde Antrag zu stellen, wenn sich aus Sicht des Kindes- wohls eine Aufhebung der Begleitung oder die Prüfung weitergehender Kin- desschutzmassnahmen aufdrängen sollten.

E. 4

Die Beiständin erhält den Auftrag, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Be- zirk Horgen sobald als nötig, spätestens jedoch per 30. Juni 2018 den ordentlichen Rechenschaftsbericht einzureichen.

E. 5

Die faktische Obhut wird bei der Kindsmutter belassen.

E. 6

Der persönliche Verkehr von A._____ mit der Tochter C._____ wird im Sinne einer Minimalregelung bis zur Vollendung des dritten Lebensjahrs wie folgt geregelt: Der Kindsvater hat das Recht, die Tochter C._____ auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen: a) jedes Wochenende jeweils samstags von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr sowie an je- dem Mittwochnachmittag von 15.00 Uhr bis 18.00 Uhr (angepasst an den Schlafrhythmus von C._____); b) jährlich am zweiten Weihnachtstag von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr, jedes ungera- de Jahr an C._____s Geburtstag am tt.mm. von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr, jedes gerade Jahr am 1. Januar von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr, in den geraden Jahren an Ostern jeweils von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr und in den ungeraden Jahren an Pfingsten von jeweils 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr. Nach dem dritten Geburtstag soll die Situation von der Beiständin unter Einbezug der entwicklungspsychologischen Einschätzung überprüft und der Übergang zu Über- nachtionen beim Kindsvater vorbereitet werden. [7. ...]

E. 8

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 Be- schwerde 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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. Würsch versandt am:

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