

ZH_OBERGERICHT PQ180070 vom 6. Dezember 2018

ZH Obergericht, 2018-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ180070

FR: ZH_OBERGERICHT PQ180070 du 6 décembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT PQ180070 del 6 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Parteien sind die geschiedenen Eltern der am tt.mm.2005 geborenen D._____ und des am tt.mm.2008 geborenen C._____. Die Scheidung der Ehe, welche die Parteien im Februar 1999 geschlossen hatten, wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung – Einzelgericht, am 16. Mai 2013 ausgesprochen. Die elterliche Sorge für die Kinder kommt gemäss Scheidungsurteil (vgl. act. 9/7 und 10/7) ausschliesslich der Mutter zu, bei der die Kinder wohnen. Der persönliche Umgang der Kinder mit dem Vater wurde im Urteil vom 16. Mai 2013 im Wesentlichen wie folgt geregelt: Besuche der Kinder beim Vater an jedem zweiten Wochenende von Freitag 19.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr sowie an bestimmten Feiertagen; Ferien der Kinder beim Vater bzw. mit dem Vater während drei Wochen pro Jahr. Als Ort der Übergaben der Kinder wurde eine Tramhaltestelle bestimmt.

E. 1.2

Die Eltern lebten bereits vor der Scheidung getrennt. Die Umsetzung des persönlichen Umgangs von Vater und Kindern führte schon damals zu Problemen. Am 18. Februar 2013 orientierte die Stadtpolizei Zürich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (fortan: KESB) über eine tätliche Auseinandersetzung zwischen dem Vater und dem Freund der Mutter bei der offenbar erheblich verspäteten Rückgabe der Kinder an die Mutter (vgl. act. 9/18 und 10/18 sowie act. 9/1 und 10/1). Die KESB veranlasste daraufhin Abklärungen, die im Oktober 2013 abgeschlossen wurden und im Ergebnis zeigten, dass es beim persönlichen Umgang von Vater und Kindern hapert, und zwar einerseits, weil es bei Begegnungen der Eltern zu erheblichen Konflikten kommen konnte, sowie andererseits, weil es zeitweise an der nötigen Verbindlichkeit fehlte. Mit Beschluss vom 14. November 2013 errichtete die KESB daher für beide Kinder eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB, ernannte E._____ zur Beiständin und übertrug dieser im Wesentlichen die Aufgabe, die Ausübung der gerichtlichen Regelung zum persönlichen Umgang zu überwachen sowie für die El-

- 3 - tern verbindlich die Modalitäten festzulegen, die für einen kindergerechten persönlichen Umgang erforderlich sind (vgl. act. 9/18 und act. 10/18 je S. 3). Am 27. Mai 2014 kam es zu einem Beistandswechsel und es wurde F._____ neuer Beistand (vgl. act. 9/27 und 10/26).

E. 1.3

Zwischen Ende Mai 2014 und Oktober 2015 gelang die Umsetzung des persönlichen Umgangs laut Rechenschaftsbericht des Beistandes (vgl. act. 9/30 und 10/28) trotz zerstrittener Elternbeziehung aufgrund jeweils vorgängiger detaillierter Abmachung einigermaßen leidlich, wenn auch nicht im Umfang, den das Scheidungsurteil vorgesehen

hatte. Im Juli 2014 beschwerten sich die Kinder beim Beistand darüber, dass sie Streitigkeiten des Vaters mit seiner neuen Freundin hätten miterleben müssen und dass sie der Vater manchmal während des Wochenendes lange alleine lasse. Für je einen Wochenendbesuch im August 2014 und im August 2015 nahm der Vater die Kinder nicht in Empfang und unterliess auch eine vorgängige Information. Die Besuche der Kinder beim Vater übers Wochenende wurden danach durch den Beistand jeweils vorübergehend sistiert, nach dem Vorfall im August 2015 bis anfangs November 2015 (vgl. a.a.O., S. 2 sowie act. 9/36 und act. 10/34). Danach wurden vom Beistand mit den Eltern Besuche der Kinder beim Vater für je ein Wochenende im Februar, im März, im April, im Juni und im Juli 2016 vereinbart (vgl. act. 9/36 und act. 10/34, je S. 1). Den Besuch im April 2016 sagte der Vater gemäss Bericht des Beistandes vom 25. Juli 2016 ab. Der Vater habe erklärt, er verfüge über keine Wohnung und kein Geld, um das Wochenende adäquat gestalten zu können (vgl. a.a.O., je S. 2). Vom 3. bis 5. Juni 2016 hätte der nächste vereinbarte Besuch der Kinder beim Vater stattfinden sollen. Die Kinder erschienen allerdings wegen einer "kommunikativen Panne" nicht am Übergabeort (vgl. dazu vgl. a.a.O., je S. 2, ferner act. 51 S. 3). Der Vater begab sich daher zusammen mit seinem weiteren Sohn G._____ an den Wohnort der Mutter, stand bzw. sass dort im Garten und verlangte von der Mutter die Übergabe der Kinder. Die Mutter verweigerte das, die Kinder wollten nicht und es wurde von der Mutter die Polizei mit einer Anzeige wegen Hausfriedensbruchs beigezogen (vgl. etwa act. 9/37, dort Blatt 3, Blatt 6 - 7 und Blatt 10 - 12). Strafbares Verhalten des Vaters, der nach der Verweigerung der Mutter von sich aus den Garten verlassen hatte, lag indes nicht vor. Eine vom

- 4 - Vater erhobene Anzeige gegen die Mutter wegen Vorenthaltens der Kinder wurde nicht weiter verfolgt, weil es der Mutter an einem Vorsatz gefehlt habe (vgl. z.B. act. 9/57, dort S. 4 oben, und dazu act. 9/53). Mit einem undatierten Schreiben, das am 17. Juni 2016 bei der KESB einging, beantragte die Mutter die Abänderung der Regelung zum persönlichen Umgang von Kindern und Vater, weil das fürs Kindeswohl sehr wichtig sei (vgl. act. 9/32 und 10/30). Die Kinder teilten der KESB mit, nach dem Vorfall vom

E. 3

Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR 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 kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zwei gerichtliche Beschwer-

- 7 - deinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirksrates sein, nicht hingegen solche der KESB. Mit der Beschwerde i.S. der §§ 64 ff. EG KESR i.V.m. den Art. 450 - 450c ZGB können eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, Unangemessenheit sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung gerügt werden (vgl. Art. 450a ZGB). Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren gilt daher eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit analog derjenigen in den Art. 308 ff. ZPO: Von der Beschwerde führenden Partei ist jeweils darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid

des Bezirksrates unrichtig sein soll (vgl. auch Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR sowie BGE 141 III 576 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1, ferner z.B. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011, E. 2, m.w.H. [= ZR 110/2011 Nr. 81]). Weiter gelten im zweitinstanzlichen Verfahren Novenschränken, analog den Regeln des Art. 317 Abs. 1 ZPO (aber unter Ausschluss einer analogen Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO; vgl. BGer Urteil 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016, dort E. 2 unter Verweis auf BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 627 f., ferner etwa BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Indes kommen in Kinderbelangen die Untersuchungs- und die Officialmaxime zum Tragen (vgl. § 65 EG KESR, Art. 446 Abs. 1 ZGB sowie Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO und BGer Urteil 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016, E. 2).

E. 3.1

Der Bezirksrat hat in seinem Urteil in der Erw. 4.3 die rechtlichen Grundlagen des persönlichen Umgangs der Kinder zu dem Elternteil, bei dem sie nicht wohnen, sowie dieses Elternteils mit seinen Kindern einlässlich und grundsätzlich zutreffend dargestellt. Letzteres stellt die Beschwerdeführerin in der Beschwerde schrift (act. 2) richtigerweise nicht in Frage. Es kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen insoweit auf das angefochtene Urteil verwiesen werden. Ergänzend ist hier immerhin noch anzumerken, dass das Recht auf angemessenen persönlichen Umgang sowohl den Kindern als auch dem betroffenen Elternteil um ihrer Persönlichkeit willen zusteht. Der persönliche Umgang dient freilich in erster Linie dem Interesse des Kindes, weil für ein Kind die Beziehung

- 8 - zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und für die Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann. Die Interessen der Eltern haben daher hinter die Interessen des Kindes zurückzutreten und es hat namentlich der Elternteil, bei dem das Kind wohnt, alles zu unternehmen, um den Kontakt des Kindes zum andern Elternteil zu fördern – denn Ziel ist stets der möglichst ungehinderte persönliche Umgang des Kindes zum andern Elternteil. Analoges gilt für diesen andern Elternteil, dessen Recht auf persönlichen Umgang mit dem Kind als sog. "Pflichtrecht" ausgestaltet ist: Er hat im Rahmen des Umgangs auf die Bedürfnisse der Kinder Rücksicht zu nehmen, sich dabei ernsthaft um sie zu kümmern und alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum andern Elternteil beeinträchtigt oder sonst wie das Wohl des Kindes – aus objektiver Warte gesehen – gefährdet. Ist das nicht der Fall, kann ihm das Recht auf persönlichen Umgang eingeschränkt oder verweigert bzw. entzogen werden. Der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt allerdings nur als ultima ratio in Frage; er ist einzig dann statthaft, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen eines Besuchsrechts nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (vgl. zum Ganzen etwa Urteile des Bundesgerichts 5A_478/2018 vom 10. August 2018, E. 5.2.1 und 5A_497/2017 vom 7. Juni 2018, E. 4.2 [mit Verweis auf BGE 122 III 404 E. 3b S. 407 sowie Urteil 5A_367/2015 vom 12. August 2015 E. 5.1.2, in: FamPra.ch 2015 S. 970 und dortigen Hinweisen]). Richtig hat der Bezirksrat ebenfalls erkannt, dass dem Willen des Kindes bei der Ausgestaltung des persönlichen Umgangs und bei der Frage, ob überhaupt ein solcher stattfinden soll, eine besondere Rolle zukommt. Denn die Wünsche und Meinungen des Kindes sind bei der Regelung des Umgangsrechts zu berücksichtigen (Art. 298 Abs. 1 ZPO), und zwar bereits bei der Festsetzung des Besuchsrechts und nicht erst etwa bei der Frage, ob ein festgelegtes Besuchsrecht gegen den Willen des Kindes zu vollstrecken ist. Indes steht es nicht im freien Willen des Kindes, ob es persönliche Kontakte wünscht oder nicht, namentlich dort, wo die ablehnende Haltung auch durch die

Partei geprägt ist, der die Obhut oder gar die alleinige Sorge zukommt. Der geäußerte Kindeswille ist aber in der Entscheidung zu berücksichtigen, und bei älteren Kindern ist er ein massgebliches Kriterium bei der Festsetzung des Besuchsrechts, aber nicht das einzige, wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, so etwa im Urteil 5A_528/2016 vom 21. Januar 2016, E. 5.1: "Bei der Regelung des persönlichen Verkehrs ist aber nebst sämtlichen anderen Begebenheiten der konkreten Situation insbesondere auch dem Alter der betroffenen Kinder und mit fortschreitendem Alter zunehmend auch dem von ihnen geäußerten Willen Rechnung zu tragen. Es besteht die gefestigte Rechtsprechung, dass zu respektieren ist, wenn fast volljährige Kinder den persönlichen Verkehr mit ihrem Vater ablehnen". Und es ist bei diesen Kindern von einem gegen ihren starken Willen erzwungenen Kontakt abzusehen, weil er sowohl gegen den Zweck des Umgangsrechts im Allgemeinen als auch gegen das Persönlichkeitsrecht des Kindes verstiesse (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006, dort E. 3.2.1).

E. 3.2

Der Wille von D._____ und C._____ ist gewiss ein massgebliches Element, das bei der Frage, ob und in welchem Umfang es einen persönlichen Umgang zum Vater geben soll, zu berücksichtigen ist. D._____ ist indes erst 13 Jahre und C._____ erst 10 Jahre alt. Die Kinder sind also noch einige Jahre von der Volljährigkeit entfernt. Ihr Wille allein kann daher, anders als es die Beschwerdeführerin meint, nicht ausschlaggebend sein. Von daher steht der Wiederaufnahme des persönlichen Umgangs nichts entgegen, zumal ein Elternkonflikt besteht, den die Eltern nicht auf die Kinder übertragen dürfen. Vor dem Hintergrund dieses Konflikts ist eine bewusste oder auch unbewusste Beeinflussung der Kinder in der Frage des persönlichen Umgangs durch die Mutter hingegen alles andere als ausgeschlossen. Der Zeitpunkt und der Wortlaut des Briefes, den die Kinder der KESB im Frühsommer 2016 zukommen liessen (vgl. dazu vorn Erw. 1.3), deuten allerdings sehr auf eine solche Einflussnahme hin. So ist es beispielsweise notorisch, dass das Wort "Erzeuger" dem Wortschatz von acht und elf Jahre alten Kindern fremd ist, selbst bei Kindern, die in sehr bildungsnahen Familien aufwachsen. Der Kontext, in dem das Wort "Erzeuger" verwendet wird, wirkt zudem erwachsenentypisch abwertend, also bei Kindern unecht. Aufgesetzt, nicht altersgerecht wirkt ebenso die Wendung, in der es darum geht, wie man etwas "umsetzen" könnte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei aktenkundig, dass die Kinder den Kontakt zum Vater kategorisch ablehnten (vgl. act. 2 S. 7 und 9). Sie bezieht

- 10 - sich dabei auf einen Aktenstand aus dem Jahr 2016 und rügt insoweit zu Recht, dass der Bezirksrat bei seinem erst zwei Jahre später gefällten Entscheid auf einen solchen Aktenstand und nicht auf die aktuellen Verhältnisse abstellte (vgl. act. 2 S. 10). Denn diese Verhältnisse sind heute massgeblich und der Wille der Kinder ist dabei lediglich ein Element von mehreren, die zu berücksichtigen sind. Weitere solche Elemente sind nebst dem Zweck des persönlichen Umgangs das Alter und die damit einhergehende Reife der Kinder, weil die Gestaltung und Verträglichkeit des persönlichen Umgangs bei 13 oder 10 Jahre alten Kindern bekanntermassen anders ist als früher (hier in den Jahren 2014 oder 2016; vgl. dazu vorn Erw. 1.3). Massgeblich sind ferner die Umstände, unter denen die Kinder einst und heute ihren Willen gebildet haben bzw. bilden, gerade auch mit Blick auf den nun schon lange dauernden Unterbruch des persönlichen Umgangs sowie die Möglichkeiten, diesen im objektiven Interesse der Kinder wieder herzustellen. Im Hinblick auf eine Gestaltung des persönlichen Umgangs sind ebenso die einstige und heutige

Einstellung von Mutter und Vater zueinander von Bedeutung, weil es diese Einstellungen im Interesse ihrer gemeinsamen Kinder zukunftsgerichtet anzugehen gilt. Auch die aktuellen persönlichen Verhältnisse des Vaters sind wesentlich, soweit sie für die Umsetzung des persönlichen Umgangs von Belang sind. Verlässliches Aktuelles findet sich zu allen diesen Aspekten im angefochtenen Urteil – wie eben erwähnt – nicht. Nötig sind daher nebst der Anhörung der Kinder insbesondere auch Befragungen der Eltern, ferner Auskünfte des Beistands zum aktuellen Stand der Dinge sowie zu seinen Bemühungen, im Interesse der Kinder Lösungen zum persönlichen Verkehr zu treffen, unbeschadet dessen, dass der Umgang mit den Eltern offenbar nicht immer einfach zu sein scheint. Die Sache lässt sich heute folglich noch nicht beurteilen, sondern erst dann, wenn ein den aktuellen Gegebenheiten entsprechender Sachverhalt ermittelt worden ist. Das führt zur Rückweisung der Sache an den Bezirksrat zwecks Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme das Recht des Vaters auf persönlichen Umgang gemäss Scheidungsurteil für die Dauer des Verfahrens auszusetzen.

- 11 -

E. 3.3.1

Soweit sich dieser Antrag nur auf das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren beziehen sollte, wird er mit der Rückweisung der Sache an den Bezirksrat hinfällig, fehlt es m.a.W. am schützenswerten Interesse; insoweit ist auf den Antrag nicht einzutreten. Soweit sich der Antrag nicht auf das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren bezieht, gilt Nachstehendes.

E. 3.3.2

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, der Vater habe in der Vergangenheit das Besuchsrecht in einer das Kindeswohl gefährdenden Art ausgeübt. Sie bezieht sich dabei vor allem auf Vorfälle im Jahr 2014 und 2015, die sie als zahllos darstellt (vgl. act. 2 S. 3 f.), was so nicht zutrifft (vgl. vorn Erw. 1.3). Seit dem Frühling 2016 ist es zu gar keinem Umgang mehr gekommen, und es lässt sich daher allein aus dem, was einst vor Jahren war, ohne Kenntnis des Aktuellen nicht einfach annehmen, es werde sich wieder so verhalten wie einst. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin selbst nicht behauptet, der Beschwerdegegner habe seit dem Frühling 2016 und insbesondere während des seit Mitte Juni 2016 hängigen Verfahrens das "mangels aufschiebender Wirkungen gegen den erwähnten Entscheid der KESB" (vgl. act. 2 S. 3 Ziff. 3) weiterhin geltende Besuchsrecht gemäss Scheidungsurteil durchzusetzen versucht. Weshalb das heute anders sein soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich, zumal die Regelung gemäss Scheidungsurteil gar nie richtig gelebt wurde (vgl. vorn Erw. 1.2 und 1.3). Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, nämlich im Wesentlichen eine drohende Verletzung des Kindeswohls, weil der Beschwerdegegner heute konkret beabsichtigt, die Kinder gemäss der im Scheidungsurteil festgesetzten Regelung zu sich auf Besuch zu nehmen, sind von der Beschwerdeführerin heute nicht glaubhaft dargetan.

E. 3.3.3

Anzumerken ist allerdings, dass es wegen des nun schon lange nicht mehr gelebten persönlichen Umgangs im objektiven Interesse der Kinder liegt, diesen Umgang so bald wie möglich wieder aufzunehmen. Eine baldige Kontaktabbauung steht daher im Vordergrund. Dafür tragen zwar primär die Eltern die Verantwortung, und es liegt an ihnen, in Wahrung ihrer elterlichen Aufgaben, von sich

- 12 - aus eine solche Kontaktabbauung zu ermöglichen. Erforderlich ist aber vor allem auch eine unverzügliche Behandlung der Sache durch den Bezirksrat.

E. 3.4

Der Antrag, es sei für das vorliegende Verfahren eine Kindesvertretung zu bestellen, ist durch Rückweisung der Sache mit dem heutigen Entscheid an den Bezirksrat obsolet geworden und es ist daher nicht darauf einzutreten. Es wird Sache des Bezirkes sein, im Rahmen seines Verfahrens die Frage zu prüfen, sofern die Beschwerdeführerin ihm gegenüber daran festhalten sollte.

E. 4

Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrem Eventualantrag durch, weil der Bezirksrat sein Urteil nach einem unverständlich langen Verfahren gestützt auf einen offenkundig unvollständigen, nämlich den massgeblichen tatsächlichen Verhältnissen offensichtlich nicht mehr entsprechenden Sachverhalt abstützte. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren sind daher keine Gerichtskosten zu erheben. Der Beschwerdegegner hat darauf verzichtet, sich im Beschwerdeverfahren zu äussern, weshalb ihm keine Prozesskosten auferlegt werden können. Die Entschädigung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, der mit Beschluss vom 26. Oktober 2018 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden war, ist grundsätzlich gemäss § 13 Abs. 1 - 2 AnwGebV nach § 5 Abs. 1 AnwGebV zu bemessen (vgl. auch § 23 Abs. 1 AnwGebV). Sie kann heute allerdings noch nicht zugesprochen werden, weil die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 AnwGebV nicht erfüllt sind. Die Festsetzung der Entschädigung ist daher einem separaten Beschluss vorzubehalten. Es wird erkannt:

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