

# ZH\_OBERGERICHT PQ200005 vom 3. Februar 2020

ZH Obergericht, 2020-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PQ200005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ200005)

FR: ZH\_OBERGERICHT PQ200005 du 3 février 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT PQ200005 del 3 febbraio 2020

## Erwägungen

### E. 1

A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin oder Mutter) und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegner oder Vater) sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011 (nachfolgend: C.\_\_\_\_\_). C.\_\_\_\_\_ steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern und lebt seit deren Trennung im Frühling 2018 beim Vater. Mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dietikon (nachfolgend: KESB) vom 28. Mai 2019 wurde C.\_\_\_\_\_ endgültig unter die Obhut des Vaters gestellt. Die Mutter wurde für berechtigt erklärt, C.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende von Samstag, 16:30h, bis Sonntag, 18h, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (act. 8/6/159). Dagegen wandte sich die Beschwerdeführerin an den Bezirksrat Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) und beantragte den Entscheid der KESB aufzuheben, und es sei ihr die Obhut über ihre Tochter zuzuteilen, eventualiter sei ihr ein erweitertes Besuchsrecht einzuräumen und [sub-]eventualiter sei der Sachverhalt [gemeint: die Streitsache] an die KESB zur näheren Abklärung zurückzuweisen (act. 8/1). Während der Kindsvertreter beantragte, das Beschwerdeverfahren bis zur Erledigung hängiger Strafverfahren zu sistieren (act. 8/13), wurde die vom Beschwerdegegner als Beschwerdeantwort eingereichte Schrift mit Präsidialverfügung vom 4. September 2019 andrungen gemäss aus den Akten gewiesen, da eine Vollmacht vom verfassenden Rechtsanwalt auch innert Nachfrist nicht beigebracht worden war (act 8/18). Die Vorinstanz lehnte mit Beschluss und Urteil vom 11. Dezember 2019 das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab und wies die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat (act. 8/30 = act. 4/2 = act. 7 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 7).

### E. 2

C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, sei unter die Obhut der Beschwerdeführerin zu stellen.

### E. 3

Eventualiter sei der Beschwerdeführerin ein erweitertes Besuchsrecht zuzusprechen, sodass sie ihre Tochter jeweils jeden Dienstag ab Schulende bis Mittwochabend um 18:30 Uhr und jedes zweite Wochenende von Freitag, 16:30 Uhr, bis Sonntag, 18:30 Uhr, zu sich auf Besuch nehmen kann.

### E. 4

Dem Beschwerdegegner sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.

### E. 5

Der Beschwerdegegner sei aufgrund der Neuzuteilung der Obhut zu verpflichten, zu Gunsten von C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, Unterhalt an die Beschwerdeführerin zu zahlen.

## E. 5.1

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den angefochtenen Entscheid bezieht, wirft sie der Vorinstanz zumindest sinngemäss vor, den Sachverhalt zum Entscheid über die Obhutsteilung unrichtig festgestellt zu haben, wenn auch ohne eine einzige konkrete Passage des vorinstanzlichen Entscheids zu bezeichnen, was nach dem oben Ausgeführten den formellen Anforderungen nicht zu genügen vermag.

- 7 - Abgesehen davon vermöchte indes die vorgebrachte Kritik auch inhaltlich nicht zu überzeugen: Die Beschwerdeführerin bringt bezüglich Obhutsteilung an den Beschwerdegegner vor, der Entscheid sei nur damit begründet worden, dass C.\_\_\_\_\_ in ihrem gewohnten Umfeld bleiben sollte und nicht einer zu hohen Anpassung unterworfen werden sollte. Damit habe die Vorinstanz missachtet, dass für C.\_\_\_\_\_ die Betreuungsverhältnisse (gemeint: mit dem damaligen Auszug der Mutter) auf einen Schlag geändert hätten, da C.\_\_\_\_\_ plötzlich neu vom Vater alleine bzw. in der Kita betreut werden müssen (act. 2 Rz 45 i.f.). Diese Rüge ist aktenwidrig. Die Vorinstanz hat an erster Stelle festgehalten – und dies ist unangefochten geblieben –, dass die Beschwerdeführerin ihren Alkoholabusus bestreite; ein problematisches Suchtverhalten der Mutter könne sich direkt auf C.\_\_\_\_\_ auswirken (act. 7 E. 5.1.3. S. 8). Daran anschliessend wird auf die im vorliegenden Setting hohe Anpassungsleistung von C.\_\_\_\_\_ hingewiesen, die mit einem Umzug zur Mutter verbunden wäre – worauf sich die Kritik am vorinstanzlichen Entscheid beziehen dürfte. Sodann wird im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass sich selbst der behandelnde Arzt der Beschwerdeführerin gegen eine Zuteilung der Obhut an die Beschwerdeführerin ausgesprochen habe (act. 7 E. 5.1.3. S. 8 unter Verweis auf act. 8/6/104), was die Beschwerdeführerin zu Recht nicht angefochten hat. Schliesslich hat die Vorinstanz festgehalten, anders als von der Beschwerdeführerin beantragt seien der Bericht des Beistands oder Polizeirapporte nicht aus dem Recht zu weisen, da hierfür keine Gründe ersichtlich seien, womit diese beim Entscheid über die Obhutsteilung zu berücksichtigen seien (act. 7 a.a.O.). Die Beschwerdeführerin kritisiert die Erwägung der Vorinstanz, wonach ein Obhutswechsel zur Mutter unter den gegebenen Umständen eine hohe Anpassungsleistung von C.\_\_\_\_\_ erfordern würde (act. 2 Rz 45, Rz 48). Eine solche Anpassungsleistung ist für sich allein in der Tat kein entscheidendes Argument gegen einen Obhutswechsel. Fakt ist indes, dass C.\_\_\_\_\_ seit bald zwei Jahren vom Vater (resp. in der Kita) betreut wird und sich diese Betreuung im Grossen Ganzen bewährt hat. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin vor der Trennung für die Betreuung zuständig war, wie die Beschwerdeführerin betont (act. 2 Rz 47). Wie gesehen ist die mit einem Obhutswechsel verbundene grund-

- 8 - legende Umstellung, um nicht zu sagen Entwurzelung vom aktuellen Umfeld, für die Ablehnung des Obhutswechsels durch die Vorinstanz nicht das einzige und nicht einmal das zentrale Argument, wird doch an erster Stelle die Suchtproblematik der Beschwerdeführerin aufgeführt, was die Beschwerdeführerin ausblendet.

## E. 5.2

Richtig ist, dass die Beschwerde im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ein umfassendes Rechtsmittel ist, bei welchem der Entscheid der Vorinstanz nicht bloss auf Willkür zu überprüfen ist (so act. 2 Rz 48; vgl. oben, Ziff. 4). Wenn die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Alkoholabusus sowie der dokumentierten weiteren Suchtproblematik der Beschwerdeführerin festhält, es sei "bei dieser Ausgangslage nicht willkürlich, wenn die KESB von einem problematischen Suchtverhalten der Mutter ausgeht, welches sich direkt

auf C.\_\_\_\_\_ auswirken könnte" (act. 7 E. 5.1.3. S. 8), so ist dies demnach insoweit verfehlt, als eine volle Ermessensprüfung vorzunehmen ist. Wie sich aus der (soeben wiedergegebenen) Begründung des angefochtenen Entscheids ergibt, hat die Vorinstanz indes nicht bloss eine Willkürprüfung des KESB-Entscheids vorgenommen, sondern das für die Tochter problematische Suchtverhalten der Mutter selbst anhand der Akten erhärtet, etwa durch den Hinweis auf den ärztlichen Bericht des behandelnden Arztes der Beschwerdeführerin, welcher sich – wegen der Substanzproblematik sowie auch infolge psychischer Schwierigkeiten – nicht für eine Obhutszuteilung an die Mutter ausspricht. Dieser psychosoziale Zustand der Beschwerdeführerin, welcher in der Beschwerdeschrift ausgeblendet wird, lässt entgegen der Beschwerdeführerin (act. 2 Rz 48) denn auch nicht den Schluss zu, dass die 100% Selbstbetreuung, die sie C.\_\_\_\_\_ bieten könnte, auf jeden Fall für das Kindeswohl ein ausgesprochen hoher Mehrwert gegenüber der aktuellen Fremdbetreuung – der Beschwerdegegner ist im Gegensatz zur Beschwerdeführerin erwerbstätig – darstellen würde. Zumal die Fremdbetreuung darin besteht, dass C.\_\_\_\_\_ nach der Schule an fünf Tagen pro Woche den Hort besucht und der Hortbesuch als kindesschutzrechtliche Massnahme zur Stabilisierung der Verhältnisse angeordnet wurde (act. 7 E. 5.1.3.).

- 9 -

### **E. 5.3**

Fehl geht schliesslich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in ihrer Begründung zur Obhutszuteilung zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass sie, die Beschwerdeführerin, aufgrund einer Erbschaft finanziell eine erhebliche Verbesserung erfahren habe, was zur Stabilisierung ihrer Verhältnisse beitrage (act. 2 Rz 46). Abgesehen davon, dass die Obhutszuteilung an den Beschwerdegegner nicht darum erfolgte, weil die Beschwerdeführerin finanzielle Probleme hätte, ist nicht ersichtlich, inwiefern es dem Kindeswohl infolge der Erbschaft zuträglich wäre, wenn die Obhut nun nicht mehr beim Beschwerdegegner, sondern bei der Beschwerdeführerin liegen würde, und solcherlei wird auch von der Beschwerdeführerin mit keinem Wort dargetan.

### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Entscheid der Vorinstanz betreffend Obhutszuteilung nicht zu beanstanden ist.

### **E. 6**

Die Weisung, wonach die Beschwerdeführerin die Übergaben nicht mehr im Beisein ihres Partners vorzunehmen habe, sei aufzuheben.

### **E. 6.1**

Auf den erheblich geänderten (Eventual-)Antrag betreffend das erweiterte Recht auf Besuche der Beschwerdeführerin ist nicht einzutreten (oben, Ziff. 4). Es sind darüber hinaus auch keine Gründe ersichtlich, unabhängig von den Anträgen von Amtes wegen das von der KESB angeordnete und von der Vorinstanz bestätigte Besuchsrecht abzuändern. Entgegen der Beschwerdeführerin (act. 2 Rz 57 ff.) ergibt sich aus dem Entscheid der KESB gerade nicht, dass die Besuche unter der Woche sehr gut funktioniert hätten, im Gegenteil (act. 8/6/159 E. 9 S. 11). Immerhin ist abschliessend darauf hinzuweisen, dass nach der nicht zu beanstandenden Kontaktregelung weitergehende oder abweichende Besuchskonkakte nach gegenseitiger Absprache der Eltern ausdrücklich vorbehalten bleiben.

## E. 6.2

Die Beschwerdeführerin stellt wie gesehen im Weiteren den Antrag, es sei die Weisung aufzuheben, wonach die Beschwerdeführerin die Übergabe von C. \_\_\_\_\_ nicht mehr im Beisein ihres Partners vorzunehmen habe (act. 2 S. 2 Ziff. 6; abgedruckt im Wortlaut oben, Ziff. 2). Dieser Antrag ist zwar ebenfalls – wie die Anträge Ziff. 3-5 – neu, indes kann er ohne Weiteres als im Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids mitenthalten gelten, wurde doch die entsprechende Anordnung im vor Bezirksrat erfolglos angefochtenen KESB-Entscheid getroffen.

- 10 - Entgegen der Beschwerdeführerin hat die KESB in ihrem Entscheid keine Weisung nach Art. 273 Abs. 2 ZGB getroffen, sondern lediglich eine Ermahnung (act. 8/6/159 S. 13 Ziff. 3), was auch der Vorinstanz entgangen zu sein scheint (vgl. act. 7 E. 5.3.2.). Eine Ermahnung ist das mildeste Mittel der Kindesschutzbehörden, auf eine für das Kindeswohl geeignete Ausübung des Besuchsrechts hinzuwirken, während auf der zweiten Stufe Weisungen in Betracht kommen, die auch mit der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB verbunden werden können (vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 6. A., Art. 273 N 23). Nachdem zwischen dem Beschwerdegegner und dem Partner der Beschwerdeführerin offenbar seit langem ein äussert angespanntes Verhältnis bestand, hat der Partner der Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner vor den Augen von C. \_\_\_\_\_ am 17. April 2019 tätlich angegriffen und dabei unter anderem, nachdem er Letzteren mit einem Faustschlag zu Boden gebracht hatte, gemäss Polizeirapport mit den Füssen gegen den Kopf getreten (act. 8/6/150 S. 2 ff.). Das entsprechende Verfahren wegen versuchter schwerer Körperverletzung stand am 26. November 2019 gemäss vorinstanzlicher Aktennotiz vor der Anklageerhebung (act. 8/27). Unter diesen Umständen erweist es sich als höchst angezeigt, dass sich die beiden Männer bei der Übergabe von C. \_\_\_\_\_ nicht begegnen, stellen doch derartige Eskalationen vor den Augen des Kindes eine sehr ernsthafte Gefahr für das Kindeswohl dar. Das milde Mittel der Ermahnung erweist sich aus diesem Grund als grenzwertig niederschwellig; von der – von Amtes wegen möglichen – Umwandlung in eine Weisung unter Androhung von Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB wird indes einstweilen abgesehen, zumal die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben darum bemüht ist, Konflikte zu vermeiden. Sie wird daher alles in ihrer Macht stehende unternehmen müssen, die Übergabe nicht nur, wie in der Beschwerde ausgeführt, "immer wieder" ohne ihren Partner wahrzunehmen (act. 2 Rz 67), sondern in Nachachtung der Ermahnung möglichst immer. Sollte hierzu die Ermahnung nicht ausreichen, wird die KESB die Anordnung schärferer Massnahmen in Betracht ziehen müssen. 7. Zusammenfassend ist damit der Entscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

- 11 - II. Die Beschwerdeführerin unterliegt vollumfänglich. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 60 Abs. 5 EG KESR i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entscheidgebühr ist auf Fr. 800.– festzulegen (§ 40 EG KESR i.V.m. Art. 96 ZPO sowie § 12 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beschwerdegegner nicht, weil ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es wird erkannt:

## E. 7

Eventualiter sei das Verfahren zwecks Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## E. 8

Subeventualiter sei das Verfahren zwecks vollständiger Abklärung des Sachverhalts an die KESB Bezirk Dietlikon zurückzuweisen.

## E. 9

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beschwerdegegners." Die Akten des Bezirksrates (act. 8/1-5, act. 8/7-33) sowie diejenigen der KESB (act. 8/6/1-195) wurden beigezogen. Weiterungen erscheinen nicht notwendig (§§ 66 und 68 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR]). Das Verfahren ist spruchreif. 3. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im 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 kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirksrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB. Gemäss § 67 EG KESR sind im Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen neue Anträge gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig. Mit anderen

- 5 - Worten sind neue Anträge zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Klageänderung gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und wenn die neuen Anträge zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen (Art. 317 Abs. 2 lit. a und b ZPO). Die Beschwerdeführerin stellt im vorliegenden Verfahren neu die Anträge, dem Beschwerdegegner sei ein gerichtliches Besuchsrecht einzuräumen und der Beschwerdegegner sei aufgrund der Neuzuteilung der Obhut zu verpflichten, zu Gunsten von C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, Unterhalt an die Beschwerdeführerin zu zahlen (vgl. act. 2 S. 2 Ziff. 4 und 5 – abgedruckt oben, Ziff. 2 – und act. 8/1 S. 2). Diese neuen Anträge beruhen nicht auf neuen Tatsachen und Beweismitteln und hätten demnach schon vor der Vorinstanz gestellt werden können und müssen. Erheblich anders gefasst als vor Vorinstanz ist der Eventualantrag betreffend die Erweiterung des Besuchsrechts der Beschwerdeführerin – nunmehr jeden Dienstag ab Schulende bis Mittwochabend 18:30 Uhr sowie jedes zweite Wochenende von Freitag, 16:30 Uhr, bis Sonntag, 18:30 Uhr, ehemals noch jeden Mittwochnachmittag von 11:45 Uhr bis 18:30 Uhr und jedes Wochenende von Freitag, 18:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr (vgl. act. 2 S. 2 Ziff. 3 und act. 8/1 S. 2 Ziff. 3) –, ohne dass dieser geänderte Antrag auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen würde. Damit ist auch dieser geänderte Antrag nicht zulässig (vgl. aber zum Recht auf erweiterte Besuchskontakte unten, Ziff. 6.1). Die Anträge Ziffer 3 bis 5 sind demnach nicht zulässig; auf sie ist nicht einzutreten. Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Dies trifft auf die Beschwerdeführerin zu. Daneben enthält die Beschwerde Anträge und eine Begründung (act. 2). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht mit Ausnahme der Anträge Ziffer 3-5 nichts entgegen. 4. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts 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 (STECK, FamKomm Er- wachsenenschutz, Art. 450a ZGB N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und in

- 6 - 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). Auch bei Geltung der umfassenden Untersuchungsmaxime ist von der Beschwerde führenden Partei – jedenfalls wenn diese wie hier anwaltlich vertreten ist – zu verlangen, dass in der Beschwerdebegründung genau bezeichnet wird, welche Passagen des angefochtenen Entscheids angefochten werden und auf welchen (Vor-)Akten die Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Diesen Anforderungen vermag die Beschwerde der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin über weite Strecken nicht zu genügen. In der Beschwerdebegründung findet sich zuerst unter dem Titel "A. Sachverhalt" eine zusammenfassende, teils sehr selektive Wiedergabe von vierzig Dokumenten aus den Vorakten, welche als Beilagen zur Beschwerde eingereicht wurden (act. 2 S. 4- 14, Rz 1-37), nota bene ohne jeden Bezug zum angefochtenen Entscheid. Unter dem Titel "B. Rechtliches" folgen sodann nach einleitenden Bemerkungen zu den Rechtsgrundlagen und diesbezüglicher Rechtsprechung (act. 2 Rz 38-40) nochmals in allgemeiner Form Verweise auf die beigelegten Akten (act. 2 Rz 41-45), bevor auf eineinhalb Seiten erstmals auf den eigentlich angefochtenen Entscheid Bezug genommen wird (act. 2 S. 17 f. Rz 45 i.f.-Rz 48).

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