

ZH_OBERGERICHT PQ200046 vom 9. November 2020

ZH Obergericht, 2020-11-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ200046

FR: ZH_OBERGERICHT PQ200046 du 9 novembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT PQ200046 del 9 novembre 2020

Erwägungen

E. 1

C._____, geboren tt.mm.2004 (nachfolgend C._____), ist die gemeinsame Tochter von B._____ (nachfolgend Mutter) und A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer). C._____ hat noch einen 24 ½ Jahre alten Bruder, D._____. Die Ehe der Eltern wurde mit rechtskräftig gewordenem Urteil des Bezirksgerichts March vom 30. Dezember 2016 geschieden, nachdem die Eltern zuvor 8 Jahre getrennt gelebt hatten (KESB-act. 126, act. 128). C._____ wurde der alleinigen elterlichen Sorge und Obhut der Mutter unterstellt. Das Scheidungsgericht sah von der Regelung eines persönlichen Kontaktes zwischen dem Vater und C._____ ab. D._____ mit Jahrgang 1995 ist seit 2013 volljährig, weshalb für ihn keine Regelungen im Scheidungsurteil getroffen wurden. Mit Beschluss der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde E._____ vom 4. Mai 2011, dem ehemaligen Wohnort der getrennt lebenden Eltern, wurde die durch den Einzelrichter am Bezirksgericht March mit Verfügung vom 22. Januar 2009 angeordnete Erziehungsbeistandschaft für C._____ in eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB (Erziehungsbeistandschaft und Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs) umgewandelt und F._____ als Beistand eingesetzt. Im Nachgang zum Wegzug der Mutter mit den Kindern per 1. Oktober 2013 in die Stadt Zürich übernahm die KESB der Stadt Zürich mit Beschluss vom 26. Juli 2016 die Beistandschaft für C._____ von der KESB Ausserschwyz zur Weiterführung. Gleichzeitig ernannte sie G._____ zur Beiständin und übertrug ihr verschiedene Aufgaben (KESB-act. 73). Eine dagegen erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers wies der Bezirksrat Zürich mit Urteil vom 13. Juli 2017 und alsdann auch das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, mit Urteil vom 14. September 2017 ab (KESB-act. 87, act. 94). Mit Urteil vom 13. November 2017 wies das Bundesgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die Übernahme der Beistandschaft aufgrund des erfolgten Wohnsitzwechsels ebenfalls ab, soweit es darauf eintrat (KESB-act. 106).

- 3 -

E. 2

Die Beiständin G._____ verliess die Sozialen Dienste der Stadt Zürich, weshalb die KESB mit Beschluss vom 17. Oktober 2017 H._____, c/o Sozialzentrum I._____, mit dem Amt der Beiständin für C._____ mit gleichbleibenden Aufgaben betraute (KESB-act. 96, act. 99). Der Beschwerdeführer erhob gegen den Beschluss der KESB vom 17. Oktober 2017 Beschwerde beim Bezirksrat Zürich. Er monierte unter anderem, dass die KESB nicht begründet habe, weshalb der von ihm vorgeschlagene Beistand nicht geeignet sein sollte (KESB-act. 109). Der Bezirksrat Zürich wies mit Urteil vom 15. Februar 2018 die Beschwerde ab (KESB-act. 115). Dieser Entscheid wurde nicht weitergezogen.

E. 3

Die Beiständin H._____ konnte ihr Amt infolge Mutterschaftsurlaubs nicht oder nur während kurzer Zeit versehen. Zunächst übernahm die Beiständin J._____ (bis Ende August 2018) und im September 2018 die Beiständin K._____ die Vertretung. Ab 1. Oktober 2018 übernahm L._____ die Mutterschaftsvertretung für H._____ bis zum 28. Februar 2019 (KESB-act. 124). Im Entscheid vom 21. Januar 2020 erwog die KESB, dass aus organisatorischen Gründen die von der Beiständin H._____ für C._____ geführte Massnahme auf ihre Nachfolgerin, Beiständin M._____, zu übertragen sei. Die betroffenen Personen seien über den vorgesehenen Wechsel informiert worden und hätten gegen die Ernennung der neuen Betreuungsperson keine Einwände erhoben (vgl. KESB-act. 134). Die KESB ernannte demzufolge mit genanntem Entscheid vom 21. Januar 2020 M._____ anstelle von H._____ zur neuen Mandatsträgerin (KESB-act 128). Der Beschwerdeführer erhob gegen den Entscheid der KESB vom 21. Januar 2020 Beschwerde beim Bezirksrat (KESB-act. 130 = BR-act. 1).

E. 4

Der Bezirksrat trat wegen verpasster Frist mit Beschluss vom 9. Juli 2020 auf die Beschwerde nicht ein und wies das eventualiter gestellte Gesuch auf Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist ab (BR-act. 7 S. 5, Dispositivziffer I. und II. [= act. 5]). Der Entscheid konnte dem Beschwerdeführer am 17. Juli 2020 zugestellt werden (BR-act. 9).

- 4 -

E. 4.1

Der Beschwerdeführer rügt die Parteibezeichnung im vorinstanzlichen Urteil. Seine Beschwerde richte sich nicht gegen C._____ oder die Mutter, sondern gegen den Entscheid der Vorinstanz. Die KESB habe ihm das rechtliche Gehör verweigert. Die Kosten des Verfahrens würden sodann der unterliegenden Partei auferlegt, weshalb die Tochter damit rechnen müsse, die Kosten des Verfahrens zu bezahlen, was mit dem Kindeswohl nicht verträglich sei (act. 2 S. 1 f.). 4.2.1. Die Kammer hat sich bereits im Entscheid vom 14. September 2017 im Prozess PQ170065 mit der Parteibezeichnung in Prozessen in Kinderbelangen befasst (KESB-act. 94 S. 4, E. 2.1.-2.3.). Die nachfolgenden Erwägungen sind als Ergänzungen und teilweise Korrektur zu verstehen. 4.2.2. Der KESB kommt im Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen keine Parteistellung zu, sie ist reine Vorinstanz.

- 7 - 4.2.3. Sind sodann wie hier – nicht finanzielle – Kinderbelange zwischen den Eltern streitig, kommt beiden Elternteilen Parteistellung zu (§ 56 Abs. 1 und 2 EG KESR). Kinderbelange nicht finanzieller Natur sind Elternstreite. Die Eltern nehmen Rechte und Ansprüche – im Unterschied zu Unterhaltsstreitigkeiten (Art. 289 Abs. 1 i.V.m. Art. 279 Abs. 1 ZGB) – im eigenen Namen wahr und nicht in Vertretung des Kindes. Das Kind C._____ ist als von der Kindesschutzmassnahme betroffene Person Verfahrensbeteiligte. Im Rubrum ist das Kind als "Verfahrensbeteiligte/r" aufzunehmen (und nicht als Partei bzw. Beschwerdegegnerin, wie die Kammer im zitierten Entscheid vom 14. September 2017 noch festhielt). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In familienrechtlichen Prozessen und auch in Verfahren über die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen kann

von diesen Grundsätzen abgewichen werden, und die Prozesskosten können nach Ermessen auf die Parteien verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Hintergrund für diese Ausnahmeregel ist die Überlegung, dass beide Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung und Darlegung ihrer Sicht haben bzw. hatten (ZR 84 Nr. 41). C._____ als Verfahrensbeteiligte werden keine Kosten auferlegt. Die Befürchtung des Beschwerdeführers, C._____ habe wegen (angeblicher) Fehler der KESB Kosten für notwendig gewordene Prozesse zu bezahlen, ist demnach unbegründet. Daran ändert auch nichts, dass C._____ vor Bezirksrat als Beschwerdegegnerin (und demnach als Partei) in das Rubrum aufgenommen worden ist. Die Kammer sieht davon ab, C._____ als Verfahrensbeteiligte in das Rubrum aufzunehmen, nachdem sich das Verfahren ohne Weiterungen erledigen lässt. Der Beschwerdeführer kann demnach nichts zu seinen Gunsten aus der Parteibezeichnung ableiten.

E. 5

Mit Eingabe vom 17. August 2020, am gleichen Tag zur Post gebracht, erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer gegen den Entscheid des Bezirkrates (act. 2). Die Akten der Vorinstanz sowie der KESB Zürich wurden beigezogen (act. 3, 6/1-16 und 7/1-136). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei sowie auf eine Stellungnahme der Vorinstanz gemäss § 66 Abs. 1 Einführungs-gesetz zum Kinder- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) kann verzichtet werden. Der Prozess ist spruchreif. II. 1. Der Bezirksrat trat zu Recht auf die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Entscheid der KESB vom 21. Januar 2020 wegen verpasster Frist nicht ein. Die Vorbringen des Beschwerdeführers (act. 2 S. 2 unten f.) vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Gemäss Zustellnachweis wurde der Entscheid der KESB dem Beschwerdeführer am 31. Januar 2020 zugestellt (KESB-act. 131, KESB-act. 136). Die Unterschrift auf dem Zustellnachweis legt entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers die Vermutung nahe, dass er selbst den Entscheid der KESB entgegen genommen hatte (vgl. bspw. die Unterschrift in KESB-act. 136 mit derjenigen in BR-act. 9). Selbst wenn eine Drittperson für den Beschwerdeführer die Sendung entgegengenommen hätte, müsste der Beschwerdeführer sich dessen Handlungen anrechnen lassen. Es kann auf die Ausführungen des Bezirkrates verwiesen werden (act. 5 S. S. 3, E. 2.4.). Das Bundesgericht hat entschieden, die Post dürfe als zuverlässig betrachtet werden und es entspreche daher einer natürlichen Vermutung, dass der Zustellbote die Abholungseinladung korrekt in den Briefkasten des nicht angetroffenen Adressaten gelegt habe (BGer 5A_729/2007 vom 29. Januar 2008 E. 4.2, BGer 5D_20/2008 vom 25. März 2008 E. 3.1 am Ende) bzw. – und das ist für den vorliegenden Fall zu ergänzen –, der Zustellbote die Sen-

- 5 - dung dem Adressaten oder einer zur Entgegennahme bevollmächtigten Person übergebe. Die Darstellung des Beschwerdeführers vermag die Richtigkeit der Schlussfolgerung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für den vorliegenden Fall nicht in Zweifel zu ziehen. Die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach er von der Nachmieterin die eingeschriebene Sendung am 15. Februar 2020 erhalten habe, er sich damals nicht erkundigt habe, wie sie zu dem Brief gekommen sei, gelegentlich liege jedoch Post an ihn in ihrem Briefkasten, weil der Pöstler sie irgendetwem Exnachbarn übergebe, sind zu unbestimmt und lassen sich nicht auf Plausibilität überprüfen. Es bleibt daher bei der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach im Grundsatz davon auszugehen ist, dass die Zustellung einer Postsendung an den rechtmässigen Adressaten erfolgt. Es ist auf die

Bestätigung der Post ab- zustellen, wonach dem Beschwerdeführer – oder einer dazu bevollmächtigten Person – am 31. Januar 2020 der Beschluss der KESB vom 21. Januar 2020 zu- gestellt worden war (KESB-act. 131, KESB-act. 136). Die Frist zur Einreichung der Beschwerde lief daher unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochen- ende am Montag, 2. März 2020 ab (Art. 142 ZPO). Die Beschwerde wurde jedoch erst am

E. 5.1

Der grundsätzliche Anspruch des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht ist unbestritten. Er ergibt sich nicht nur aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch

- 8 - auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), sondern auch aus Art. 449b Abs. 1 ZGB. Danach hat jede am Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbe- hörde beteiligte Person Anspruch auf Akteneinsicht, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen (Pra 2006 S. 336, S. 341; BGer 5A 502/2013 vom 5. Dezember 2013, E. 4.2.; BSK Erw.Schutz-Auer/Marti, N 6 ff. zu Art. 449b ZGB). Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer die Akten am Ort der vorinstanzli- chen Behörden einsehen, er Notizen und auch diverse Kopien erstellen lassen konnte. Umstritten ist vorliegend der Inhalt des Akteneinsichtsrechts. Fraglich ist, ob neben dem Anspruch auf Studium der Akten und der Möglichkeit, sich Auf- zeichnungen zu machen, Anspruch auf Anfertigung sämtlicher Fotokopien eines Dossiers besteht.

E. 5.2

Im bereits zitierten Beschluss vom 28. September 2020, OGer PQ200047, wurde im Rahmen der Kostenfolge erwogen, das Akteneinsichtsrecht umfasse im Grundsatz auch das Recht, gegen Bezahlung Kopien (sämtlicher Akten) herstel- len zu lassen. Dieses Recht könne zwar in einem konkreten Fall als Schutzmass- nahme eingeschränkt werden, aber nicht mit der alleinigen Begründung, das Ko- pieren sämtlicher Akten würde übermässige Umstände verursachen. Diese der Erhebung der Beschwerde zugrunde liegende Sichtweise habe der Beschwerde- führer nicht zu vertreten. Es rechtfertige sich daher trotz formellen Unterliegens des Beschwerdeführers auf die Erhebung von Kosten für dieses Beschwerdever- fahren zu verzichten (OGer PQ200047, Beschluss vom 28. September 2020, S. 3 f., E. III.). Diese Darstellung ist verkürzt und verlangt nach weiteren Ausführungen. Zu unterscheiden ist zwischen dem Inhalt des Akteneinsichtsrechts, hier dem An- spruch auf Anfertigung von Fotokopien ("wie wird das Akteneinsichtsrecht ausge- übt"), und den Schranken des Einsichtsrechts, welche sich im materiellen Recht finden (Art. 449b Abs. 1 ZGB). Die Schranken des Einsichtsrechts ergeben sich aus einer Abwägung der einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der anderen Seite. Führt die konkrete Abwägung der Interessen zum Ergebnis, dass ein dem Akteneinsichtsrecht überwiegendes

- 9 - öffentliches oder privates Interesse entgegensteht, so wird die Einsicht in das fragliche Aktenstück im Sinne einer Schutzmassnahme verweigert. Diese Interes- senabwägung ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Auseinandersetzung. 5.3.1. Gegenstand der Auseinandersetzung ist der Inhalt, die Art und Weise der Ausübung des Akteneinsichtsrechts: Dem Betroffenen muss es grundsätzlich er- laubt sein, am Ort der urteilenden Behörde die gewünschte Anzahl der Fotoko- pien auf eigene Kosten herzustellen (BGer 5A 502/2013 vom 5. Dezember 2013, E. 4.2.). Der Anspruch auf Anfertigung von Fotokopien ist insofern bedingt, als die höchstrichterliche Rechtsprechung dahingehend zusammengefasst werden kann, als daraus der Behörde kein

unverhältnismässiger Aufwand entstehen darf (bspw. BGE 125 II 321 e. 3 = Pra 2000 Nr. 44). Der Betroffene kann im Rahmen des Zumutbaren auf eigene Kosten Fotokopien erstellen (lassen) (BSK Erw.Schutz- Auer/Marti, N 7 zu Art. 449b ZGB). Der Bezirksrat verweigert aus Gründen des übermässigen Aufwandes das Kopieren des gesamten Dossiers (BR-act. 14 S. 2, E. 2). Er beruft sich demzufolge darauf, dass es ihm nicht zumutbar (gewesen) sei, das gesamte Dossier zu kopieren. 5.3.2. Die Akteneinsicht dient dazu, Einsicht in die Akten zu nehmen, die geeignet sind, Grundlage des Entscheides zu bilden. Daraus fliesst auch der Anspruch, im Hinblick auf die Ergreifung eines Rechtsmittels Einsicht in diejenigen Akten nehmen zu können, die Grundlage des anzufechtenden Entscheides gebildet haben (N. von Werdt, die Beschwerde in Zivilsachen, Bern 2010, S. 202, N 859 mit Hinweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung). Anfechtungsobjekt ist der von der KESB mit Sammelbeschluss vom 21. Januar 2020 angeordnete Wechsel der Beistandsperson. Die Massnahmeführung muss im Hinblick auf organisatorische Veränderungen im zuständigen Sozialzentrum auf die Berufsbeiständin M. _____ übertragen werden (E. I./3.). Nur darum geht es. Der Wechsel der Person des Beistandes ist bereits in grundsätzlicher Hinsicht eine vergleichsweise wenig bedeutende Frage (OGer PQ170002 vom 23. März 2017). Hinzu kommt vorliegend, dass die zu ersetzende Berufsbeiständin

- 10 - H. _____ wenig Zeit mit C. _____ verbringen konnte (vgl. KESB-act. 124), dass dementsprechend nicht von der Etablierung eines langjährigen Vertrauensverhältnisses gesprochen werden kann, der Wechsel allein aus organisatorischen Gründen erfolgt und eine Mandatsträgerin (Berufsbeiständin) durch eine andere Mandatsträgerin abgelöst werden soll. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers vor Bezirksrat (BR-act. 1 S. 2) nahm sich die KESB seinem Anliegen auf Einsetzung eines Privatbeistands an und verschob mehrfach auf Wunsch des Beschwerdeführers den Anhörungstermin (KESB-act. 53, act. 49, act. 47, act. 46, act. 43, act. 42, act. 37, act. 35, act. 34, act. 21). Heute geht es nicht mehr darum, ob die Privatperson, Herr N. _____, die Beistandschaft für C. _____ übernehmen soll. Die Kammer hat im bereits zitierten Entscheid vom 14. September 2017 die Sicht der KESB und des Bezirkrates bestätigt, wonach es vorliegend sinnvoll ist, eine Berufsbeiständin statt der vom Beschwerdeführer bezeichneten Person einzusetzen (KESB-act. 94 S. 7, KESB-act. 87). Das Bundesgericht wies, wie bereits erwähnt, eine dagegen gerichtete Beschwerde des Beschwerdeführers ab (KESB-act. 106). Der Beschwerdeführer wurde mit Schreiben des Stellenleiters des zuständigen Sozialzentrums vom 5. Dezember 2019 über den bevorstehenden Wechsel der Mandatsträgerin orientiert und aufgefordert, innert Frist Einwände gegen die designierte Beiständin zu machen (KESB-act. 134). Der Beschwerdeführer erklärt, den Brief nicht erhalten zu haben (BR-act. 1 S. 2). Der Brief wurde allerdings nicht als "unzustellbar" dem Sozialzentrum retourniert, was dafür spricht, dass der Beschwerdeführer den Brief erhielt (KESB-act. 133). Dennoch kann die Darstellung des Beschwerdeführers nicht rechtsgenügend widerlegt werden. Der Beschwerdeführer muss sich indessen entgegenhalten lassen, dass er spätestens im Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat Einwände gegen die designierte Mandatsträgerin M. _____ hätte vorbringen müssen. Das hat er nicht getan (BR-act. 1 S. 2). Der Beschwerdeführer führt vor Obergericht nicht an, dass mangels Dossierkopien sein Recht, Einwände zu erheben, verletzt worden wäre. Es bleibt daher dabei, dass der Beschwerdeführer keine Gründe gegen die Ernennung von M. _____ zur Beiständin von C. _____ genannt hat.

- 11 - 5.3.3. Wenn der Bezirksrat unter diesen Umständen den Beschwerdeführer darauf verwies, es würden die für die Begründung des Rechtsmittels relevanten Aktenstücke kopiert, aber nicht das gesamte Dossier, ist das nicht zu beanstanden. Das Dossier umfasst bis in das Jahr 2012 zurückgehende Akten (KESB-act. 41/1-2). Nur wenige, nämlich die bereits zitierten, Aktenstücke haben eine Relevanz für die vorliegende Streitsache. Von diesen Akten konnte der Beschwerdeführer Kopien erstellen lassen. Um abschliessend auch das noch zu erwähnen: Der Beschwerdeführer hat bei der KESB immer wieder Akteneinsicht bekommen und er konnte sich auch die gewünschten Kopien anfertigen lassen (act. 51, act. 53, act. 54).

E. 5.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bezirksrat das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt, indem er nicht das gesamte Dossier für den Beschwerdeführer kopierte.

E. 6

Demnach ist festzuhalten, dass die Beschwerde abzuweisen ist. III. Ist die Beschwerde abzuweisen, dann wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist Umstände halber im untersten Bereich der von der einschlägigen Gebührenverordnung des Obergerichts vorgegebenen Bandbreite auf Fr. 500.-- festzusetzen. Eine Parteientschädigung ist keine zuzu- sprechen (Art. 95 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor Obergericht (act. 2 S. 2) kann nicht entsprochen werden. Die vorstehenden Erwägungen zeigen auf, dass der Standpunkt des Beschwerdeführers nach Massgabe von Art. 117 lit. b ZPO aussichtslos ist. Ob der Beschwerdeführer mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist, braucht daher nicht mehr geprüft zu werden (act. 2 S. 3).

- 12 - Es wird beschlossen:

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