

# ZH\_OBERGERICHT PQ230059 vom 7. Dezember 2023

ZH Obergericht, 2023-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PQ230059](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ230059)

FR: ZH\_OBERGERICHT PQ230059 du 7 décembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT PQ230059 del 7 dicembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind die geschiedenen Eltern von D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, und von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016. Mit Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Affoltern wurden die beiden Töchter unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen, die Obhut der Mutter zugeteilt und der persönliche Kontakt des Vaters zu den Kindern geregelt. Ausserdem wurde zur Unterstützung der Kindseltern mit Rat und Tat in Bezug auf medizinische Fragen eine Beistandschaft i.S. von Art. 308 ZGB errichtet (KESB act. 50). Mit Entscheid vom 20. Mai 2021 erweiterte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern (nachfolgend KESB) diese Beistandschaft auf eine solche nach Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB mit einer entsprechenden Ausweitung des Auftrags (KESB act. 106). Mit Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. April 2022 wurden die Töchter unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt (KESB act. 201).

### E. 2

Nachdem der Vater am 16. Mai 2023 bei der KESB eine Gefährdungsmeldung eingereicht hatte (KESB act. 207), beantragte die Mutter am 6. Juli 2023 eine vorsorgliche Änderung der Betreuungsregelung, insbesondere die Absage der Sommerferien der Kinder mit dem Vater und die Einschränkung der übrigen Kontakte auf begleitete Kontakte an jedem zweiten Wochenende (KESB act. 271/1). Die KESB holte eine Stellungnahme der Beiständin ein (KESB act. 281), führte einen Hausbesuch bei der Mutter durch (KESB act. 290) und ernannte Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ als Kindesverfahrensvertretung für C.\_\_\_\_\_ (KESB act. 291).

### E. 3

Mit Entscheid eines Behördenmitglieds in Einzelzuständigkeit vom 13. Juli 2023 wurde die Betreuungsregelung mit Bezug auf C.\_\_\_\_\_ superprovisorisch abgeändert und ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet (KESB act. 294). Nach einer getrennten Anhörung beider Parteien bestätigte die KESB mit Entscheid

- 3 - vom 8. August 2023 diese Änderung der Betreuungsregelung als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens. Ferner wurde eine sozialpädagogische Familienbegleitung bei der Mutter sowie die Aufnahme bzw. Weiterführung einer Mediation zwischen den Eltern angeordnet. Einer Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (KESB act. 341).

### E. 4

Mit Eingabe vom 21. August 2023 erhob der Vater gegen diesen Entscheid Beschwerde an den Bezirksrat, wobei er in der Sache die Aufhebung der Änderung der

Betreuungsregelung und in prozessualer Hinsicht die Erteilung der auf- schiebenden Wirkung beantragte (BR act. 1). Nach Einholung von (ablehnend ausgefallenen) Stellungnahmen der Mutter und des Kindesvertreters wies der Be- zirksrat den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Be- schluss vom 15. September 2023 ab (BR act. 14 = act. 7).

#### **E. 5**

Gegen den Beschluss des Bezirksrats vom 15. September 2023 erhob der Vater mit Eingabe vom 25. September 2023 (act. 2) Beschwerde mit dem Antrag: 1. Es sei Dispositiv Ziffer I. des Beschlusses des Bezirksrats Affol- tern vom 15. September 2023, VO.2023.2/3.02.00, aufzuheben und es sei der Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern NR. 2023.0649 vom

#### **E. 8**

August 2023 (KESB act. 341 S. 6 Ziff. 15) gegen den Widerspruch des Vaters daran fest.

- 11 - Damit stellt die Beiständin eine Parallele her zwischen dem prozessualen Verhal- ten des Vaters zum einen gegenüber der Mutter und zum andern gegenüber Fachpersonen wie ihr und überträgt dieses auf sein Verhalten gegenüber C.\_\_\_\_\_. Der Umgang mit den Parteien kann für Behörden und Fachpersonen herausfordernd sein, vor allem in Materien, wo die persönliche Betroffenheit be- sonders hoch ist, wie im Familienrecht, und wenn er nicht oder nur teilweise durch Anwälte vermittelt wird. Ein mehr oder weniger geschicktes Auftreten und wie gut jemand beraten ist bzw. sich beraten lässt, sollte sich jedoch nicht auf die materi- elle Beurteilung auswirken. Ob das Verhalten des Vaters im Verfahren angemessen ist und auf sein Verhal- ten gegenüber C.\_\_\_\_\_ schliessen lässt, betrifft nicht den Bereich der fachlichen Expertise der Beiständin, sondern sie urteilt darüber aufgrund von eigenen Erleb- nissen und Beobachtungen, wobei unklar ist, wie stark ihre persönliche Betroffen- heit darin eingeflossen ist. Die KESB hätte diese Einschätzung daher nicht unge- prüft übernehmen dürfen, zumal sie der Schilderung von D.\_\_\_\_\_ widerspricht, die - zumindest vor dem Einsatz der professionellen Besuchsbegleitung, die im Übrigen ebenfalls keine einschlägigen Vorfälle schildert (vgl. act. 25/1-3) - am ehesten in der Lage war, über die Verhältnisse im Haushalt des Vaters zu berich- ten.

#### **E. 9**

In einer Nachricht vom 29. Juni 2023 berichtete die Beiständin der KESB über eine Mitteilung der Kindergärtnerin, dass es mit C.\_\_\_\_\_ seit zwei bis drei Wochen sehr schwierig sei im Kindergarten. Sie habe viele Konflikte und reagiere komisch, wenn sie darauf angesprochen werde. Dieses Verhalten sei neu und tre- te seit dem Weggang von D.\_\_\_\_\_ auf (KESB act. 250). Der Bezirksrat verknüpfte die beobachteten Verhaltensauffälligkeiten im Kinder- garten mit der damals unmittelbar bevorstehenden Einschulung nach den Som- merferien und erwog, damit die Einschulung gut gelinge, sei eine sofortige Entlas- tung von C.\_\_\_\_\_ angezeigt, sonst bestehe das Risiko, dass sich diese Verhal- tensauffälligkeiten weiterzögen (act. 7 S. 13). Mit Bezug auf die Einschulung war eine zeitliche Dringlichkeit gegeben, die inzwischen allerdings weggefallen ist, weil die Einschulung seither erfolgt ist.

- 12 - Dazu ist anzumerken, dass die in der Nachricht der Beiständin vom 29. Juni 2023 erwähnte Beobachtung der Kindergärtnerin, als der Vater einmal zu Besuch ge- kommen sei, "habe C.\_\_\_\_\_ es super gemacht und sich an alle Regeln gehalten. Kaum sei er weg

gewesen, habe sie nur noch Seich gemacht, nicht mehr gefolgt, den Unterricht gestört" (KESB act. 250), einen positiven Einfluss des Vaters auf das auffällige Verhalten von C.\_\_\_\_\_ beschreibt. Obwohl auch angepasstes Verhalten problematisch sein kann, deutet das zumindest auf den ersten Blick nicht darauf hin, dass die Einschränkung des Kontakts zum Vater die geeignete So- fortmassnahme als Reaktion auf die beobachteten Verhaltensänderungen war.

#### **E. 10**

Als Ursache für die Verhaltensänderung von C.\_\_\_\_\_ nennen die Kinder- gärtnerin und mit ihr die Beiständin den Weggang von D.\_\_\_\_\_: Im Mai 2023 hat- te die ältere Schwester D.\_\_\_\_\_ den Haushalt der Mutter verlassen und wohnt seither bei der Familie einer Freundin. Die Warnungen des Vaters vor dieser Ent- wicklung bzw. vor dem Verhalten der Mutter, das er als Ursache dafür sah, führ- ten zur Wiederaufnahme des Verfahrens der KESB und zum Erlass der bei der Vorinstanz angefochtenen vorsorglichen Massnahme. Die beiläufige Erwähnung an dieser und an anderen Stellen täuscht über die Erschütterung hinweg, welche dieses Ereignis für das ohnehin schon belastete familiäre System bedeutete, wo- rauf auch der Kindesvertreter hinweist (act. 23 S. 4 Ziff. 9). Wenn es eine zeitliche Dringlichkeit gab, die ein sofortiges Handeln erforderte, entstand sie durch dieses Ereignis. Der Bezirksrat bezeichnet D.\_\_\_\_\_ als Ressource, der C.\_\_\_\_\_ im Loyalitätskon- flikt Halt gegeben habe, und die sie durch den Auszug von D.\_\_\_\_\_ bei der Mutter verloren habe (act. 7 S. 12). Beim Hausbesuch der KESB erzählte C.\_\_\_\_\_, dass sie D.\_\_\_\_\_ vermisste und dass sie diese seither nur sehe, wenn sie beim Vater sei (KESB act. 290). Anscheinend ist der Vater befreundet mit Frau Ursprung, der Mutter der Freundin, bei der D.\_\_\_\_\_ wohnt, was die Mutter sehr ungerne sieht (vgl. KESB act. 271/1). Dass diese Konstellation zwischen den Eltern für Span- nungen sorgt und in Rechtsschriften ausgeschlachtet wird, überrascht nicht. Dass davon eine schädliche Auswirkung auf C.\_\_\_\_\_ ausgehen würde, ist jedoch nicht ersichtlich. Nachdem sie kürzlich von ihrer Schwester getrennt wurde, erscheint

- 13 - die Einschränkung des Kontakts zum Vater vielmehr ungünstig, umso mehr als der verbleibende Kontakt zur Schwester dadurch unvermeidlich noch mehr einge- schränkt wird. Der KESB war diese Problematik bewusst und sie räumte ein, aufgrund der vor- sorglichen Anordnung begleiteter Kontakte würden diese Kontakte allenfalls spär- licher ausfallen (KESB act. 341 S. 12 Ziff. 39). Was die KESB dagegen vorkehrte - die Erteilung des Auftrages an die Beiständin, ausreichende Kontakte zwischen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zu organisieren, zu koordinieren und zu überwachen - ist untauglich, weil es keinen Rahmen für solche Kontakte gibt, solange D.\_\_\_\_\_ nicht zu ihrer Mutter zurückkehrt und C.\_\_\_\_\_ sie nicht an ihrem gegenwärtigen Aufenthaltsort besuchen darf, weil sie dort - ohne professionelle Begleitung und ausserhalb der vorgegebenen Zeiten - dem Vater begegnen könnte.

#### **E. 11**

Im superprovisorischen Entscheid der KESB vom 13. Juli 2023 wird die Si- tuation so dargestellt, wie wenn ein sofortiges Handeln unumgänglich und der Abbruch oder eine wesentliche Einschränkung des Kontakts zum einen Elternteil unvermeidlich wäre. Da ein abrupter Kontaktabbruch zur Mutter nicht zum Wohl von C.\_\_\_\_\_ sei, könne diese Situation nur mit einer Einschränkung des Kontakts zum Vater beruhigt werden (KESB act. 294 S. 5 Ziff. 14). Mit diesen Ausführun- gen stellt die KESB einen Kontaktabbruch zur

Mutter der blossen Einschränkung des Kontakts gegenüber dem Vater als mildere Alternative gegenüber. Der Bezirksrat betont in diesem Sinn, dass das Besuchsrecht des Vaters nicht gänzlich beschränkt werde (act. 7 S. 13). Es ist zwar richtig, dass die angeordnete Begleitung keinen völligen Kontaktabbruch zu C.\_\_\_\_\_ bedeutet. Angesichts der bekanntermassen fehlenden Verfügbarkeit einer professionellen Besuchsbegleitung am Wochenende musste der KESB jedoch bewusst sein, dass das von ihr angeordnete professionell begleitete Besuchsrecht nur in stark reduziertem Umfang würde umgesetzt werden können (vgl. act. 2 S. 4 Ziff. 10), so dass die von ihr angeordnete Begleitung zwar nicht auf dem Papier, aber in der Realität eine sehr starke Einschränkung des zeitlichen Umfangs des Kontakts bedeuten würde.

- 14 - Die vorsorgliche Änderung der Betreuungsregelung durch die KESB schränkte den Kontakt des Vaters zu C.\_\_\_\_\_ daher nicht nur durch die Begleitung, sondern faktisch auch im Umfang stark ein. Ein so schwerwiegender Eingriff erfordert eine sorgfältige Prüfung der Verhältnismässigkeit und das gilt auch für die Einschränkung des rechtlichen Gehörs durch die superprovisorische Anordnung und den Entzug der aufschiebenden Wirkung, die dazu führt, dass eine Überprüfung erst hinterher stattfindet. Das sucht man in den vorinstanzlichen Entscheiden vergebens, und auch der Kindesvertreter stellt die Behauptung auf, die erforderliche Dringlichkeit für die sofortige Umsetzung der Massnahme sei gegeben (act. 23 S. 5 Ziff. 11), ohne dafür eine einlässliche Begründung zu liefern.

## **E. 12**

Was zur Begründung für den Erlass einer superprovisorischen Anordnung und den Entzug der aufschiebenden Wirkung angeführt wird, geht nicht über das hinaus, was es grundsätzlich für die Anordnung einer solchen Massnahme braucht, und genügt nicht, um eine besondere Dringlichkeit darzutun, die für den Entzug der aufschiebenden Wirkung nötig wäre. Als schädliche Nebenwirkung der angeordneten Massnahme hinzu kommt die damit verbundene zusätzliche Einschränkung des für C.\_\_\_\_\_ gegenwärtig besonders wichtigen Kontakts zur älteren Schwester D.\_\_\_\_\_. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Beschwerde des Vaters gegen die Anordnung der KESB an den Bezirksrat ist die aufschiebende Wirkung zu erteilen. III. Es handelt sich um einen Zwischenentscheid in einem Streit um Kinderbelange. Beiden Parteien ist zuzubilligen, dass sie in der Prozessführung durch die Kindesinteressen motiviert werden, bzw. von ihrer Sicht davon, auch wenn sich diese voneinander unterscheiden. Die Kosten, zu denen auch die Entschädigung des Kindervertreeters gehört, die nach der Einreichung einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen festgesetzt wird, sind daher nicht nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen, sondern den Parteien je hälftig zu auferlegen, und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

- 15 - Es wird erkannt:

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