

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NQ120039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## Beschluss und Urteil vom 20. August 2012

in Sachen

A.\_\_\_\_\_,  
Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Weiterführung der Beistandschaft**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates Andelfingen vom 9. Juli 2012 i.S. B.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006; VO.2012.39 (Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_)**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Berufungsklägerin ist die Mutter des am tt.mm.2006 geborenen B.\_\_\_\_\_. Mit Urteil des Einzelrichters des Bezirks Andelfingen vom 3. Juni 2008 wurde die Ehe der Kindseltern geschieden und das Kind unter die elterliche Sorge der Berufungsklägerin gestellt (act. 4/3, Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Das Gericht ordnete die Weiterführung der im Rahmen des Eheschutzverfahrens errichteten Beistandschaft zur Regelung und Überwachung des Besuchsrechts durch die zuständige Vormundschaftsbehörde an und der Beistand wurde mit der Aufgabe betraut, das Besuchsrecht festzulegen und zu überwachen sowie die mit der Durchführung des Besuchsrechts zu treffenden Einzelheiten zu regeln (act. 4/3, Dispositiv-Ziff. 3 Abs. 1 und 2). Ein Besuchsrecht legte der Scheidungsrichter nicht fest.

2. Am 4. August 2009 übernahm die Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ die bis dahin von der Vormundschaftsbehörde D.\_\_\_\_\_ geführte Beistandschaft. Letztere beschloss am 7. Juli 2009 die Weiterführung der Beistandschaft (was unangefochten blieb) und – bis auf weiteres – die Sistierung des Besuchsrechts des Kindsvaters. Dem Beistand räumte sie die Befugnis ein, bei veränderten Verhältnissen wiederum ein begleitetes Besuchsrecht inklusive Festlegung des Umfangs und der Modalitäten festzusetzen. Der Kindsvater wehrte sich gegen die Sistierung und verlangte im Beschwerdeverfahren die Festlegung eines üblichen Besuchsrechts. Der Bezirksrat Andelfingen hob mit Beschluss vom 1. Oktober 2009 die angeordnete Sistierung des gar nie festgelegten Besuchsrechts aufsichtsrechtlich auf und trat im Übrigen auf die Beschwerde nicht ein (act. 4/4). Den dagegen erhobenen Rekurs zog der Kindsvater zurück (act. 4/5).

3. Mit Beschluss vom 27. März 2012 genehmigte die Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ den Bericht des Beistandes für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 und sie beschloss wiederum die Weiterführung der Beistandschaft durch den bisherigen Beistand (act. 4/6). Hiegegen erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte, es sei der Beschluss des Gemeinderates (Vormundschaftsbehörde) C.\_\_\_\_\_ und die bestehende Beistand-

schaft mangels örtlicher und sachlicher Zuständigkeit aufzuheben. Sodann beantragte sie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung ihres Rechtsvertreters als unentgeltlicher Rechtsbeistand. Mit Beschluss vom 9. Juli 2012 trat der Bezirksrat Andelfingen auf die Beschwerde nicht ein und wies das Armenrechtsgesuch der Berufungsklägerin ab (act. 9).

4. Gegen diesen Entscheid richtet sich die Berufung vom 20. Juli 2012, mit welcher die Berufungsklägerin wie bereits vor Vorinstanz die Aufhebung der Beistandschaft und die Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege sowohl für das vorinstanzliche wie auch für das Berufungsverfahren verlangt (act. 2). Mit Präsidialverfügung vom 2. August 2012 wurde den Vorinstanzen Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben (act. 10). Der Bezirksrat nahm mit Eingabe vom 14. August 2012 Stellung (act 14), die Vormundschaftsbehörde verzichtete auf eine Stellungnahme und verwies auf jene im Beschwerdeverfahren (act. 15).

## II.

1. Gegen Entscheide der Bezirksräte in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 90 bis 456 ZGB) sind gemäss § 187 GOG die Rechtsmittel der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) zulässig. Das Verfahren richtet sich unter Vorbehalt von § 187 ff. GOG nach den Bestimmungen über die Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO. Die angerufene Instanz erweist sich damit als zuständig. Die Berufung erging rechtzeitig (act. 8/11 S. 5; Versand: 12. Juli 2012). Die Vorinstanz bejahte zu Recht die Beschwerdelegitimation der Berufungsklägerin gestützt auf Art. 420 Abs. 1 und 2 ZGB. Diese ist auch im Berufungsverfahren gegeben.

2. Die Vorinstanz erwog, dass die Besuchsrechtsbeistandschaft seit dem letzten persönlichen Kontakt zwischen dem Kind und dem Vater am 1. April 2009 inaktiv sei. Durch die Weiterführung dieser inaktiven Beistandschaft sei die Berufungsklägerin nicht betroffen. Ein Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Beschlusses sei weder ersichtlich noch vorgebracht. Möglicher-

weise werde in dem beim Bezirksgericht Andelfingen hängigen Verfahren auch über die Weiterführung der Besuchsrechtsbeistandschaft entschieden. Sollte dies nicht der Fall sein, werde nach rechtskräftigem Entscheid über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Besuchsrechts des Kindsvaters allenfalls ein Entscheid der dann zuständigen Vormundschaftsbehörde erfolgen müssen. Welche Behörde dies sein werde, könne nicht entschieden werden (act. 9).

3. Die Berufungsklägerin weist im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz darauf hin, der Beistand habe mangels eines festgelegten Besuchsrechts keine Aufgabe und könne ein Besuchsrecht auch nicht in eigener Kompetenz festlegen. Die Festlegung des Besuchsrechts falle unbestrittenermassen in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Andelfingen, wo derzeit das vom Kindsvater anhängig gemachte Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils pendente sei, in welchem auch das Kindesbesuchsrecht sowie die Besuchsbeistandschaft Prozessgegenstand bildeten. Fest stehe sodann, dass aufgrund des Wohnortswechsels jedenfalls keine örtliche Zuständigkeit in C.\_\_\_\_\_ bestehe. Die Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ sei weder in sachlicher noch in örtlicher Hinsicht zuständig. Vielmehr fehle es für die Weiterführung der Beistandschaft an jeglicher gesetzlicher Grundlage. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei sie durch die Beistandschaft sodann sehr wohl beschwert, da der Beistand nach der Sistierung des Besuchsrechts im Jahre 2009 regelmässig Treffen zwischen den Eltern angeordnet habe, um dem Vater zu ermöglichen, mittels Besprechungen von der Entwicklung des Sohnes zu erfahren. Die Beistandschaft sei daher nicht inaktiv gewesen (act. 2 S. 5 - 10).

4. Vorab ist in formeller Hinsicht festzustellen, dass sich sowohl die Beschwerde an den Bezirksrat wie auch die Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz inhaltlich einzig gegen die Weiterführung der mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 3. Juni 2008 angeordneten Besuchsrechtsbeistandschaft richtet. Während sich dies aus der Berufungsschrift klar ergibt (act. 2 S. 2 Ziff. 2), erscheint die Beschwerdeschrift insoweit unklar, als in Ziff. 1 die Aufhebung des vormundschaftlichen Beschlusses vom 27. März 2012 als Ganzes verlangt wird und erst in Ziff. 2 die Aufhebung der Beistandschaft (act. 8/1 S. 2). Die Genehmigung des

Berichtes über die Beistandschaft für die Zeit vom 1. Januar 2011 - 31. November 2011 (Ziff. 1 des Beschlusses) wird in der Beschwerde nicht thematisiert und hat als unangefochten zu gelten.

5. Für Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist unter Vorbehalt der gerichtlichen Zuständigkeit im Rahmen eines Eheschutz-, Scheidungs- oder Abänderungsverfahrens die Vormundschaftsbehörde zuständig (Art. 275 Abs. 1 und 2 ZGB). Solange noch keine Anordnung besteht, kann der persönliche Verkehr nicht gegen den Willen des sorgeberechtigten Elternteils ausgeübt werden (Art. 275 Abs. 3 ZGB). Hat das Gericht die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu regeln, dann schliesst das sachlich zwingend auch die Regelung bzw. Anpassung von Kindesschutzmassnahmen ein (Peter Breitschmid, BSK ZGB I, 4. Aufl., Art. 315b N 3 und N 10a).

Es steht fest, dass bis heute weder das Gericht noch die Vormundschaftsbehörde ein Besuchsrecht für den nicht sorgeberechtigten Kindsvater festgelegt hat. Es ist hierüber seit 2009 ein Verfahren betreffend Änderung bzw. Ergänzung des Scheidungsurteils vom 3. Juni 2008 am Bezirksgericht Andelfingen rechtshängig (act. 8/10 und act. 12). Die Festlegung eines Besuchsrechts liegt damit in der alleinigen sachlichen Zuständigkeit des Gerichts und es bestand im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides kein Raum für Anordnungen seitens der Vormundschaftsbehörde.

Gemäss Art. 315a Abs. 3 ZGB bleiben die vormundschaftlichen Behörden auch im Falle der gerichtlichen Zuständigkeit befugt ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen (Ziff. 1) oder die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann (Ziff. 2). Beides trifft in casu nicht zu. Die Vormundschaftsbehörde hat vor dem gerichtlichen Verfahren kein Kindesschutzverfahren eingeleitet. Ihr Auftrag beruht auf dem Scheidungsurteil vom 3. Juni 2008. Er hat die Regelung und Überwachung des Besuchsrechts zum Inhalt und – im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht – die positive Einwirkung des Beistandes auf die Eltern als deren Ratgeber und Vermittler. Ohne Festlegung eines Besuchsrechts blieb auch dessen Überwachung inhaltsleer, nachdem

sich die Kindsmutter mit den Besuchen nicht mehr einverstanden erklärt hatte. Dass zum Schutz des Kindes die Weiterführung der Beistandschaft notwendig und dringlich wäre, ist nicht ersichtlich. Ein Grund für die ausnahmsweise sachliche Zuständigkeit ist damit nicht gegeben. Sie kann auch nicht damit begründet werden, dass die Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ mangels Festlegung des Besuchsrechts nicht beurteilen kann, ob die Weiterführung der Beistandschaft notwendig ist wie sie in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde geltend macht (act. 8/4 S. 2/3) oder damit, dass es ihr nicht sinnvoll erscheinen mag, die Beistandschaft aufzuheben, nur um sie aufgrund eines neuen Gerichtsentscheides wieder zu errichten.

6. Es ist unbestritten und steht fest, dass die Berufungsklägerin am 15. August 2011 nach E.\_\_\_\_\_ umgezogen ist (act. 13), d.h. nunmehr gut ein Jahr nicht mehr in C.\_\_\_\_\_ wohnt. Damit entfällt auch die örtliche Zuständigkeit der dortigen Vormundschaftsbehörde (Art. 275 Abs. 1 ZGB und Art. 315 Abs. 1 ZGB). Folgerichtig beantragte der Beistand in seinem Rechenschaftsbericht denn auch der Vormundschaftsbehörde die Übernahme der Massnahme durch die neu zuständige Wohnortsgemeinde. Die Vormundschaftsbehörde F.\_\_\_\_\_ trat auf das Gesuch nicht ein. Sie bejahte zwar ihre örtliche Zuständigkeit, verneinte aber die sachliche Zuständigkeit zufolge des beim Bezirksgericht anhängigen Abänderungsverfahrens (act. 8/5/17). In der Folge beschloss die Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ – ohne weitere Begründung – die Weiterführung der Beistandschaft (act. 4/6 S. 2/3).

Der Hinweis der Vorinstanz, die Berufungsklägerin habe mehrmals ihren Wohnort gewechselt vermag – auch wenn dies zutreffen würde – die örtliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ ebenso wenig zu begründen wie der Hinweis auf das auf den 1. Januar 2013 in Kraft tretende neue Erwachsenen- und Kindesschutzrecht. Gegenüber der Vormundschaftsbehörde F.\_\_\_\_\_ erklärte die Berufungsklägerin ausdrücklich ihre Absicht dauernden Verbleibens an ihrem heutigen Wohnort E.\_\_\_\_\_ (act. 8/5/17 S. 2), nach ihrer unwiderlegten Schilderung wird ihr Lebensunterhalt von ihrem jetzigen Partner finanziert und sie selbst

ist in Erwartung eines Kindes und kümmert sich um die Erziehung ihrer beiden Kinder (act. 2 S. 11 Rz 47). Der Wohnsitzwechsel erscheint damit ausgewiesen.

Art. 377 ZGB, soweit auf Beistandschaften im allgemeinen überhaupt anwendbar, kommt entgegen der Auffassung der Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 14. August 2012 (act. 14 S. 1/2) für die als Kindesschutzmassnahmen angeordneten Beistandschaften nicht zur Anwendung. Es gelten vielmehr die Bestimmungen von Art. 315, 315a und 315b ZGB (Thomas Geiser, BSK ZGB I, 4. Aufl., Art. 377 N 2; Art. 396 N 3). Der Vollzug einer rechtskräftig angeordneten Massnahme ist dabei der Behörde am neuen Wohnsitz zu übertragen. Diese wäre auch bei einem negativen Kompetenzkonflikt mit dem Aufenthaltsort ausschliesslich kompetent (Peter Breitschmid, a.a. O., Art. 315 - 315b, N 18 und 19; BGE 129 I 419).

Die örtliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ ist damit nicht mehr gegeben und dem Entscheid betreffend die Weiterführung der Besuchsrechtsbeistandschaft fehlte eine notwendige Grundlage. Die von der Vormundschaftsbehörde C.\_\_\_\_\_ angeordnete Weiterführung der Beistandschaft ist damit auch aus diesem Grund in Gutheissung von Ziff. 2 der Berufung aufzuheben.

7. Würde vom Gericht oder der zuständigen Vormundschaftsbehörde gar kein Besuchsrecht angeordnet, erübrigte sich auch eine Besuchsrechtsbeistandschaft, da der Beistand nicht eine nicht existierende Regelung herbeiführen kann und die Besuchsrechtsbeistandschaft nicht zu einer Delegation der behördlichen Verantwortung für den Entscheid über die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung auf die mit der Durchführung solcher Massnahmen betrauten Stellen führen darf (Peter Breitschmid, a.a.O., Art. 308 N 14 und 17; BGE 126 III 219ff.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 2. Juli 2012, E. II/3.2, NQ120024).

Der dem Beistand im Scheidungsurteil übertragenen Aufgabe, die "Regelung und Überwachung des Besuchsrechts im Sinne von Art. 308 ZGB" ist die Grundlage solange entzogen bis ein Besuchsrecht festgelegt ist. Dem Beistand wurde im Scheidungsurteil in diesem Zusammenhang auch übertragen, "positiv auf die Eltern einzuwirken sowie als deren Ratgeber und Vermittler zu amten" (act. 4/3 S. 2 Ziff. 3). Sowohl im Entscheid des Bezirksrates Andelfingen vom 1. Oktober 2009

(act. 4/4 S. 5) wie auch von der Berufungsklägerin selbst (act. 2 S. 8 Rz 31) wird denn auch darauf hingewiesen, dass seit Juni 2009 regelmässige Informationsgespräche zwischen den Eltern stattfinden, bei denen der Kindsvater über die Entwicklung des Sohnes orientiert wird. Insoweit erweist sich die Beistandschaft weder inaktiv wie die Vorinstanz annimmt noch inhaltsleer. Ein Interesse der Berufungsklägerin an der Aufhebung des Beschlusses über die Weiterführung der Besuchsrechtsbeistandschaft ist deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz zu bejahen. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz ist daher in Gutheissung von Ziff. 1 der Berufung aufzuheben.

### III.

1. Die Berufungsklägerin beantragte sowohl vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 10 f.). Diese umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie von Gerichtskosten wie auch die Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist und setzt neben der prozessualen Bedürftigkeit voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 und Art. 118 ZPO bzw. § 16 VRG).

2. Erweisen sich Beschwerde und Berufung als begründet und ist der vorinstanzliche Beschluss aufzuheben, dann fallen für die Berufungsklägerin weder im Beschwerde- noch im Berufungsverfahren Kosten an. Insoweit werden ihre Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos. Sind Beschwerde und Berufung begründet, dann sind sie selbstredend nicht aussichtslos. Aufgrund der geschilderten, unwiderlegten Darstellung ihrer derzeitigen Lebenssituation erscheint sodann auch die Bedürftigkeit gegeben. Schliesslich ergibt sich aufgrund des Verfahrensgangs ohne weiteres, dass die selbst nicht rechtskundige Berufungsklägerin zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen war. Es ist ihr deshalb in Gutheissung von Ziff. 3 der Berufungsanträge sowohl für das Verfahren vor Bezirksrat wie auch für das Berufungsverfahren in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechts-

beistand zu bestellen. Ihr Rechtsvertreter wird eingeladen seine Rechnung bei den beiden Instanzen für das jeweilige Verfahren separat einzureichen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Berufungsklägerin wird für das Verfahren vor Bezirksrat und im Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

**und erkannt:**

1. Der Beschluss des Bezirkrates Andelfingen vom 9. Juli 2012 wird aufgehoben.
2. Dispositiv Ziff. 2 - 4 des Beschlusses der Vormundschaftsbehörde C. \_\_\_\_\_ vom 27. März 2012 werden aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, die Vormundschaftsbehörde C. \_\_\_\_\_, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Andelfingen, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Beschwerde 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: