

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ180012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 18. April 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Wechsel des Aufenthaltsortes / Obhut / Regelung persönlicher Verkehr**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Pfäffikon vom 22. Februar 2018 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2012; VO.2018.2 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Pfäffikon)

Erwägungen:

I.

1. Der vorliegende Prozess dreht sich um die Frage, ob die Beschwerdegegnerin und Mutter mit dem gemeinsamen Kind der Parteien, C._____, geboren am tt.mm.2012, weg von D._____ nach E._____ ziehen darf. Damit zusammenhängend sind die Fragen der Obhutszuteilung und die Ausgestaltung des Besuchsrechts des nicht obhutsberechtigten Elternteils zu klären.

Die Kammer ist derzeit, wie zu zeigen sein wird (E. II/3.2+4), nur zur Prüfung von vorsorglichen Anordnungen der Vorinstanzen angerufen (vgl. auch act. 8). Das Hauptverfahren ist beim Bezirksrat Pfäffikon hängig.

2.1. Seit September 2013 leben die Eltern getrennt. Mit Entscheid vom 17. November 2015 hat die KESB Bezirk Pfäffikon ZH der Mutter (oder auch: der Beschwerdegegnerin) die (faktische) Obhut zugeteilt und die Betreuungsanteile des Vaters (oder auch: des Beschwerdeführers) geregelt (act. 7/14/57).

Beide Eltern gelangten rund 1 ½ Jahre später an die KESB Bezirk Pfäffikon ZH (fortan: die KESB) und informierten die Behörde darüber, dass die Besuchsrechtsregelung gemäss dem Entscheid vom 17. November 2015 nie eingehalten worden sei (act. 7/14/66-68). Der Vater verlangte bei der KESB die Anpassung der Besuchsrechtsregelung (act. 7/14/70). Die KESB beauftragte in der Folge am 17. August 2017 das kjz Pfäffikon mit der Abklärung der sozialen und familiären Verhältnisse (act. 7/14/73). In der Zwischenzeit stellte die Mutter bei der KESB den Antrag, sie sei berechtigt zu erklären, den Aufenthaltsort von C._____ nach G._____ in E._____ zu wechseln (act. 7/14/81). Der Vater wiederum beantragte, es sei der Mutter die Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes von C._____ zu verweigern und es sei ihm die Obhut über C._____ zuzuteilen (act. 7/14/78).

Da ein solcher Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes gemäss Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB der Zustimmung der KESB bedarf, erweiterte die KESB ihre Abklärungen um die Frage, ob eine Verlegung des Aufenthaltsortes von C._____ nach

E._____ mit dem Kindeswohl vereinbar sei (act. 7/14/85). Im Zwischenbericht vom 11. Oktober 2017 führten die mit der Abklärung beauftragten Personen aus, ein Umzug von C._____ nach E._____ sei gut vertretbar. Es sprächen keine das Kindeswohl gefährdenden Gründe dagegen. C._____ sei in einem Alter, in dem Kinder sich leicht auf Veränderungen einstellen könnten. Ein Wechsel in einen neuen Kindergarten und später der Eintritt in die Schule an einem neuen Ort seien für C._____ zumutbar. C._____ sei gut integriert, er werde auch an einem neuen Ort leicht Anschluss finden. Eine einvernehmliche Lösung zwischen den Eltern betreffend das Besuchsrecht sei gegenwärtig nicht wahrscheinlich. Ob A._____ in der Lage sei, wie von ihm beantragt, C._____ dauerhaft unter der Woche zu betreuen, sei zum jetzigen Zeitpunkt fraglich (act. 7/14/90).

2.2. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2017 wies die KESB den Antrag des Vaters auf Zuteilung der Obhut über C._____ im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ab (Dispositivziffer 1) und genehmigte den Wechsel des Aufenthaltsortes von C._____ nach E._____ (act. 7/3 = 7/14/118, Dispositivziffer 2). Weiter ordnete die KESB im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme ein Besuchsrecht des Vaters an (Dispositivziffern 4 und 5). Die Frist zur Einreichung für den am 17. August 2017 erteilten Auftrag an das kjz Pfäffikon zur Abklärung der sozialen und familiären Verhältnisse von C._____ wurde bis zum 30. April 2018 verlängert (Dispositivziffer 6). Die KESB belehrte zutreffend, dass gegen den Entscheid innert einer Frist von 10 Tagen bzw. gegen Ziffer 2 des Dispositivs innert einer Frist von 30 Tagen ab Zustellung beim Bezirksrat Pfäffikon Beschwerde erhoben werden könne und kein Fristenstillstand gelte (act. 7/14/118 Dispositivziffer 9).

2.3. Auf Beschwerde des Vaters gegen den Entscheid der KESB vom 19. Dezember 2017 beschloss der Bezirksrat Pfäffikon am 22. Februar 2018 was folgt (act. 7/21 = act. 6 S. 16 ff.):

- "I. Auf die Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Bezirk Pfäffikon vom 19. Dezember 2017 betreffend Zuteilung der Obhut (Dispositivziffer 1) und Regelung des persönlichen Verkehrs (Dispositivziffer 3, 4 und 5) wird nicht eingetreten.

- II. Auf die Anträge des Beschwerdeführers bezüglich Reduktion des Unterhaltsbeitrages, Aufhebung der Ferienbeschränkung auf Europa und Telefonkontakte mit C._____ ist nicht einzutreten.
- III. Der Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 des Entscheids der KESB Bezirk Pfäffikon wird die aufschiebende Wirkung entzogen [Wegzugsgenehmigung; Anmerkung durch die Kammer].
- IV. Vom Eingang der Vernehmlassung vom 31. Januar 2018 wird Vormerk genommen.
- V. Die Vernehmlassung (...) werden A._____ zugestellt. A._____ wird eine Frist von 30 Tagen ab Erhalt dieses Beschlusses zur Stellungnahme zur Beschwerdeantwort und zur Vernehmlassung angesetzt.

(...)
- VI. (...)
- VII. Gegen Dispositivziffer I und II dieses Entscheids kann innert 30 Tagen, gegen Dispositivziffer III dieses Entscheides innert 10 Tagen seit dessen Zustellung beim Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer (...) schriftlich Beschwerde erhoben werden. Es gilt kein Fristenstillstand. (...)

Einem allfälligen Rechtsmittel gegen die Dispositivziffer III wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

VIII. (Mitteilungssatz)"

3.1. Die Kammer wies mit Beschluss vom 22. März 2018 den prozessualen Antrag des Vaters ab, es sei der Beschwerde in Bezug auf die Wegzugsgenehmigung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Dispositivziffer III des Beschlusses des Bezirksrates vom 22. Februar 2018; act. 8).

C._____ verbleibt damit für die Dauer des Verfahrens (vor Bezirksrat) bei der Mutter in E._____.

3.2. Dem Beschwerdeführer konnte der Beschluss vom 22. März 2018 nicht zugestellt werden. Die Sendung kam nach der siebentägigen Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück (act. 10). Dem Beschwerdeführer ist mit dem vorliegenden Endentscheid noch einmal ein Exemplar des Beschlusses vom 22. März 2018 (act. 8) zuzustellen, mit dem ausdrücklichen Vermerk, dass die er-

neute Zustellung lediglich die Ermöglichung der Kenntnisnahme des Beschlusses vom 22. März 2018 bezweckt und die Zustellung keine fristauslösende Wirkung hat. Der Beschluss vom 22. März 2018 gilt dem Beschwerdeführer als am 3. April 2018 zugestellt und die belehrte Rechtsmittelfrist begann zu laufen (act. 10, Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

4.1. Im Beschluss vom 22. März 2018 fasste die Kammer den relevanten Sachverhalt und die Prozessgeschichte zusammen (act. 8 S. 2-5). Es kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, grundsätzlich auf diese Erwägungen verwiesen werden. Die voranstehenden und auch nachfolgenden Erwägungen lassen sich teilweise bereits dem Beschluss der Kammer vom 22. März 2018 entnehmen. Sie wurden und werden da wiederholt, wo es der besseren Lesbarkeit des vorliegenden Entscheides dient.

4.2. Die vom Beschwerdeführer in Aussicht gestellten Unterlagen, die seine Beschwerde hätten stützen sollen, sind bis heute nicht beim Obergericht eingetroffen. Die Beschwerdefrist ist mittlerweile abgelaufen. Der Prozess ist spruchreif.

II.

1. Der Beschwerdeführer verlangte mit seiner Beschwerde an das Obergericht vom 28. Februar 2018 die (vorsorgliche) Zuteilung der Obhut über C.____, eventualiter eine faire Regelung des Besuchsrechts (Dispositivziffer I des Beschlusses des Bezirksrates vom 22. Februar 2018) und die Verpflichtung zur Bezahlung von reduzierten Unterhaltsbeiträgen (Dispositivziffer II des Beschlusses des Bezirksrates vom 22. Februar 2018, act. 2 S. 1).

2.1. Die Beschwerde führende Partei hat sich mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen und anzugeben, was am angefochtenen Entscheid ihrer Meinung nach falsch ist. Bei einem Beschwerdeführer ohne anwaltliche Vertretung wird an diese Erfordernisse kein strenger Massstab angelegt. Bei fehlender Auseinandersetzung mit dem Entscheid der Vorinstanz bzw. Begründung in der Beschwerde ist jedoch ohne Weiteres auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.2. Der Beschwerdeführer macht vor Obergericht Ausführungen, weshalb ihm die Obhut über C._____ zuzuteilen sei. Er äussert sich aber mit keinem Wort zu den Erwägungen des Bezirksrates, in welchen ihm der Bezirksrat erklärte, dass er die Frist zur Beschwerde verpasst hatte. Damit ist auf die Beschwerde gegen Dispositivziffer I des Beschlusses des Bezirksrates Pfäffikon vom 22. Februar 2018 nicht einzutreten.

An diesem Ergebnis würde sich allerdings auch dann nichts ändern, wenn der Beschwerdeführer mindestens der Spur nach dargelegt hätte, weshalb ihn keine Fristversäumnis treffen soll: Die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens setzt (auch unter der Officialmaxime) voraus, dass die Beschwerde führende Partei form- und fristgerecht an die Rechtsmittelinstanz gelangt. Eine Beschwerde bzw. die darin enthaltenen Anträge haben rechtzeitig, das heisst vor Ablauf der Rechtsmittelfrist, beim Gericht oder beim Bezirksrat einzutreffen oder müssen innert Frist zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben werden; ist der letzte Tag der Frist ein Samstag, Sonntag oder anerkannter Feiertag, so verlängert sich die Frist auf den ersten folgenden Werktag (Art. 143 Abs. 1 und Art. 142 Abs. 3 ZPO). Der Entscheid der KESB vom 19. Dezember 2017 wurde dem damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 29. Dezember 2017 zugestellt (act. 14/124), mit der richtigen Belehrung, dass gegen die vorsorglichen Anordnungen (und damit gegen Dispositivziffern 1, 3, 4 und 5 des KESB-Entscheides) innert 10 Tagen Beschwerde beim Bezirksrat zu erheben ist und die gesetzlichen Fristenstillstände nicht gelten würden (act. 7/3 S. 7 Dispositivziffer 10). Der letzte Tag der am 29. Dezember 2017 eröffneten 10-tägigen Rechtsmittelfrist war demnach der Montag, 8. Januar 2018. Die am 9. Januar 2018 zur Post gegebene Beschwerde (act. 14/122) an den Bezirksrat erfolgte damit nicht fristgerecht, sondern verspätet. Der Bezirksrat trat demzufolge zu Recht nicht auf die entsprechende Beschwerde ein (act. 7/21 = act. 6 S. 5, S. 16 Dispositivziffer I).

Das Obergericht kann die Fristversäumnis nicht heilen. Das heisst, das Obergericht, wie schon zuvor der Bezirksrat, kann sich von vornherein wegen Fristversäumnis nicht mit der Frage befassen, welchem Elternteil die Obhut während der Dauer des Verfahrens zuzuteilen ist. C._____ bleibt damit für die Dauer des Ver-

fahrens in der Obhut der Mutter. Gleiches gilt für die Überprüfung des von der KESB angeordneten Besuchsrechts während der Dauer des Verfahrens.

2.3. Es bleibt beim Nichteintreten auf die Anträge bezüglich vorsorgliche Obhutsumteilung und vorsorgliche Änderung des Besuchsrechts.

3.1. Der Bezirksrat ist zu Recht auf die Anträge des Beschwerdeführers auf Reduktion des Unterhaltsbeitrages für C._____ nicht eingetreten (act. 6 S. 5, S. 16 Dispositivziffer II). Der Beschwerdeführer wehrt sich dagegen vor Obergericht und beantragt die Festsetzung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 500.-- anstatt von Fr. 800.-- (act. 2 S. 1 und S. 3).

3.2. Das Gericht entscheidet seit 1. Januar 2017 für Familien von unverheirateten Eltern bei einer Unterhaltsklage auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange (Art. 304 Abs. 2 ZPO). Es findet eine sogenannte Kompetenzattraktion beim Gericht statt (das Gericht ist "für alles" zuständig). Wenn aber wie vorliegend auf Antrag eines Elternteils einmal festgesetzte Kinderunterhaltsbeiträge abgeändert werden sollen (vgl. act. 7/14/6a) und die Eltern sich über den neu festzusetzenden Betrag nicht einigen können, so ist das Gericht (und nicht die KESB) zuständig für die Festsetzung des Unterhaltsbeitrages (Art. 286 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 287 Abs. 3 ZGB). Es findet in einem solchen Fall keine Kompetenzattraktion bei der KESB statt, die, wie hier, schon tätig ist im Zusammenhang mit der Regelung der Obhut und des Besuchsrechts. Im vorliegenden Verfahren lässt sich damit die Unterhaltsfrage nicht autoritativ regeln.

4. Dem Bezirksrat wie auch dem Obergericht ist es derzeit verwehrt, die Anträge des Vaters in Sachen Aufhebung der Ferienbeschränkung auf Europa und jederzeitiger telefonischer Kontakt des Vaters mit C._____ (nach der Schule) zu klären (act. 6 S. 5, S. 16 Dispositivziffer II, act. 7/17). Die KESB hat über diese Anträge noch nicht entschieden und vorgemerkt, dass die Beurteilung dieser Anliegen des Vaters nach dem Abschluss der Abklärung der familiären und sozialen Verhältnisse der Familie durch das KJZ erfolgen wird (act. 7/14/73, act. 7/14/85). Es fehlt daher an einem sogenannten anfechtbaren Entscheid. Es ist auf die Beschwerde auch bezüglich dieser Anträge nicht einzutreten.

5. Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und sie ist daher abzuweisen, soweit auf sie überhaupt einzutreten ist. Die Akten des Bezirksrates (mit KESB-Akten) gehen ohne Abwarten der Rechtsmittelfrist an das Bundesgericht an den Bezirksrat zurück zur Fortführung des Hauptverfahrens.

III.

1. Der Beschwerdeführer unterliegt mit seiner Beschwerde vollumfänglich. Diesem Ausgang entsprechend sind die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Stichhaltige Gründe für eine andere Kostenverlegung sind nicht ersichtlich.

2. Es liegt keine vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Die Entscheidgebühr ist daher gemäss § 12 Abs. 1-2 GebV OG gestützt auf § 8 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG festzusetzen, wobei von einem leichten Fall auszugehen ist. Mangels Umtrieben ist der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage eines Exemplars von act. 8 zur Kenntnisnahme, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Pfäffikon sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Pfäffikon, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: