

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ180088-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss und Urteil vom 15. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Genehmigung Schlussbericht**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Affoltern vom 25. Oktober
2018 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2009; VO.2017.41 (Kindes- und Erwachsenens-
schutzbehörde Affoltern)**

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. A. _____ (Beschwerdeführerin) und B. _____ (Beschwerdegegner) sind die Eltern von C. _____ (geb. tt.mm.2009). Die Parteien befinden sich in einem Scheidungsverfahren. Für die Dauer des Scheidungsverfahrens wurde u.a. der persönliche Verkehr zwischen dem Beschwerdegegner und dem Kind gerichtlich festgelegt sowie für das Kind eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet.

1.2. Bis am 31. Juli 2017 wurde die Beistandschaft von der KESB Bezirk Affoltern (nachfolgend: KESB) geführt. Beistand war D. _____. Mit Beschluss vom 13. Juli 2017 übernahm die KESB der Stadt Zürich die Beistandschaft per 1. August 2017, und es wurde eine neue Beiständin bestimmt.

1.3. Am 7. September 2017 erstattete der frühere Beistand D. _____ den Schluss-Rechenschaftsbericht (nachfolgend: Schlussbericht) für die Zeit vom 17. März 2016 bis am 31. Juli 2017 (act. 7/3/3). Mit unbegründetem Entscheid Nr. 580 vom 4. Oktober 2017 genehmigte die KESB den Schlussbericht und die Entlassung des Beistandes aus dem Amt (act. 7/7/133). Der begründete Entscheid Nr. 771 der KESB datiert vom 23. November 2017 (act. 7/3/2).

1.4. Am 18. Dezember 2017 erhob die Beschwerdeführerin gegen den Entscheid Nr. 771 der KESB vom 27. November 2018 Beschwerde beim Bezirksrat Affoltern (nachfolgend: Bezirksrat) (act. 7/1). Mit Eingabe vom 31. Januar 2018 ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde (act. 7/9). Nach Durchführung des Schriftenwechsels (act. 7/12 [Stellungnahme des Beschwerdegegners] und act. 7/16 [Replik der Beschwerdeführerin]) wies der Bezirksrat Affoltern die Beschwerde mit Urteil vom 25. Oktober 2018 ab, soweit darauf einzutreten war (act. 3 = act. 6 [Obergerichtsexemplar]).

1.5. Am 27. November 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen das Urteil des Bezirkesrates Affoltern vom 25. Oktober 2018 Beschwerde beim Obergericht und stellte folgenden Antrag (act. 2 S. 2):

"Es sei der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern (Entscheid Nr. 771) vom 23. November 2017 aufzuheben und dem Schlussbericht des vormaligen Beistandes von C._____, D._____, für die Zeit vom 17. März 2016 bis 31. Juli 2017 die Genehmigung zu verweigern.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.6. Mit Eingabe vom 1. März 2019 orientiert die Beschwerdeführerin das Obergericht über eine Stellungnahme des ehemaligen Beistandes D._____ vom 18. Januar 2018 an die KESB, welche dieser im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren beim Bezirksrat eingereicht hatte und von welcher die Beschwerdeführerin erst im Verlauf des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens Kenntnis erlangt hatte (act. 8 und 9).

1.7. In seiner Stellungnahme vom 15. April 2019 stellte der Beschwerdegegner folgenden Antrag (act. 12):

"Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MwSt.) zu lasten der Beschwerdeführerin. Jedenfalls seien zu lasten des Beschwerdegegners keine Kosten- und Entschädigungsfolgen auszufallen".

1.8. Die Stellungnahme wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zugestellt (act. 13 und 14).

1.9. Die Akten des Bezirkrates (act. 7) sowie der KESB Affoltern (act. 7/7/1-179) und Zürich (act. 7/29/1-38) wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles

2.1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR 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 (§ 63 EG KESR) und als zweite das Obergericht (§ 64 EG KESR und § 50 lit. a GOG). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können nur Entscheide des Bezirkesrates sein, nicht hingegen solche der KESB. Im vorliegenden Fall beantragt die Beschwerdeführerin, der Entscheid Nr. 771 der KESB vom 23. November 2017 sei aufzuheben und dem Schlussbericht des früheren Beistandes D. _____ sei die Genehmigung zu verweigern. Da sich die Beschwerde ans Obergericht nur gegen einen Entscheid des Bezirkesrates richten kann, sind diese Anträge grundsätzlich nicht zulässig. Der Entscheid der KESB ist nicht Anfechtungsobjekt.

2.2. Allerdings kann der Begründung der Beschwerde genügend klar entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Urteils des Bezirkesrates beantragt, soweit der Bezirksrat die Beschwerde gegen den Entscheid Nr. 771 der KESB vom 27. November 2017 im Zusammenhang mit der Genehmigung des Schlussberichtes des früheren Beistandes abgewiesen hatte. Weitere Beanstandungen, mit denen sich die KESB und der Bezirksrat noch zu befassen hatten, sind nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor Obergericht (act. 2 S. 9 Rz. 5 a.E.). Es ist daher klar, dass im Beschwerdeverfahren vor Obergericht nur noch überprüft werden muss, ob die KESB den Schlussbericht des früheren Beistandes D. _____ zu Recht genehmigt und der Bezirksrat eine dagegen erhobene Beschwerde zu Recht abgewiesen hatte. Auf die Beschwerde kann eingetreten werden.

3. Materielles

3.1. Wenn das Amt der Beistandsperson endet, erstellt diese einen Schlussbericht, der von der Erwachsenenschutzbehörde zu prüfen und zu genehmigen ist (Art. 425 ZGB). Im Unterschied zu den periodischen Berichterstattungen, die primär ein Steuerungsinstrument für die Weisungsbefugnis der KESB an die Beistandspersonen sind, dient der Schlussbericht der Beistandsperson der Information und nicht der Überprüfung Beistandschaft. Die Genehmigung ist auszusprechen, soweit der Schlussbericht der Informationspflicht genügt; mit ihr wird dem

Beistand keine Decharge erteilt, und allfällige Haftungsansprüche bleiben unberührt (BGE 5A_494/2013 vom 6. September 2013, E. 2.2 mit Hinweisen).

3.2. Der umstrittene Schlussbericht des Beistandes D._____ betrifft die Zeit vom 17. März 2016 bis zum 31. Juli 2017. In diesem 8-seitigen Dokument wird die gut 16 Monate dauernde Beistandschaft dargestellt. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Beobachtungen und Einschätzungen des Beistandes auf persönlichen Wahrnehmungen beruhen. Und es ist auch naheliegend, dass die involvierten Personen unterschiedliche Wahrnehmungen haben können. Da der Beistand über die Verhältnisse aufgrund seiner Nähe zum Geschehen am besten orientiert ist, ist es angezeigt, dass sich die KESB bei der Prüfung der Genehmigung - und erst Recht die Beschwerdeinstanzen bei einer Beschwerde gegen den Genehmigungsentscheid - eine gewisse Zurückhaltung auferlegen.

3.3. Im beanstandeten Schlussbericht hielt der frühere Beistand D._____ fest, dass die Beschwerdeführerin am 15. April 2016 zum Termin unentschuldigt nicht erschienen sei (act. 7/132 S. 2). In seiner Vernehmlassung an die KESB vom 11. Januar 2018 räumte D._____ ein, dass diese Feststellung falsch sei und gestrichen werden müsse (act. 9 S. 3 Rz. 4). Da die Beschwerdeführerin von diesem Dokument offenbar erst im Verlauf des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens Kenntnis erlangt hatte (act. 8), kann sie diesen Hinweis als zulässiges Novum ins laufende Beschwerdeverfahren einbringen. Nachdem der frühere Beistand D._____ selbst ausgeführt hatte, dass die erwähnte Feststellung falsch sei, ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen und die entsprechende Passage im Schlussbericht vom 7. September 2017 zu streichen.

3.4. In erster Linie geht es der Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde aber darum durchzusetzen, dass im angefochtenen Schlussbericht hätte darauf hingewiesen werden müssen, der Beschwerdegegner habe vor C._____ onaniert (act. 2 S. 5 Rz. 4.1). Das Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner wegen sexuellen Handlungen mit Kindern ist am 9. Februar 2016 rechtskräftig eingestellt worden (act. 7/7/38). Es besteht daher kein Anlass, diese Vorwürfe, die sich im Strafverfahren nicht erhärten liessen, im Schlussbericht erneut aufzugreifen.

3.5. Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin, dass verschiedene, in der Beschwerdeschrift aufgelistete Aussagen im Schlussbericht in den Akten keine Stütze fänden (act. 2 S. 5 f. Rz. 4.2). Diesbezüglich ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich darauf zu behaupten, dass die aufgelisteten Aussagen unrichtig seien. Sie legt jedoch nicht dar, zu welchen exakten Aktenstellen die gerügten Aussagen in Widerspruch stehen sollen. Und sie führt auch nicht aus, was anstelle der beanstandeten Aussagen zutreffend sein soll. Es ist nicht Sache der obergerichtlichen Beschwerdeinstanz, sich aufgrund der Akten ein Bild über die Beistandschaft in der Zeit 17. März 2016 bis 31. Juli 2017 zu machen, solange die Beschwerdeführerin nicht genau angibt, welche Feststellung oder welche persönlichen Einschätzung des früheren Beistandes welcher Aktenstelle widerspricht.

3.6. Immerhin konkretisiert die Beschwerdeführerin in Bezug auf einen Punkt ihrer langen Liste der gerügten Aussagen ihre Kritik: So macht sie unter Hinweis auf ihre Beschwerdebeilage 14 geltend, es sei falsch, dass Prof. Dr. E._____ am 28. November 2016 einen stationären Aufenthalt von C._____ in der Kinderpsychiatrie ... befürwortet habe (act. 2 S. 6 f. Rz. 4.2 unter Hinweis auf act. 7/2/14). Allerdings stützt die Beschwerdebeilage 14 ihre Kritik nicht. In dieser Telefonnotiz wird festgehalten, dass Prof. Dr. E._____ gegenüber dem früheren Beistand D._____ festgehalten hatte, *"dass die Therapie von C._____ hier begonnen hat und dass aktuell die Situation von C._____ schwierig ist und er viel Symptome aufweist"*. Zwar wird in der Telefonnotiz die Notwendigkeit eines stationären Aufenthaltes von C._____ in einer kinderpsychiatrischen Institution nicht explizit erwähnt, doch kann daraus auch nicht auf das Gegenteil (dass ein stationärer Aufenthalt *nicht* befürwortet worden wäre) geschlossen werden, weil denkbar ist, dass in einem Telefongespräch etwas besprochen wurde, das keinen Eingang in eine zusammenfassende Telefonnotiz gefunden hat. Allein aufgrund der Telefonnotiz kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass Prof. E._____ "bestreitet", jemals einen stationären Aufenthalt thematisiert zu haben (so act. 2 S. 7 oben).

3.7. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass das Schreiben der Psychiatrischen Universitätsklinik vom 22. Juli 2017 keinen Eingang in die Akten und den Schlussbericht gefunden habe (act. 2 S. 7 f. Rz. 4.3). Die Beschwerdeführerin zitiert verschiedene Stellen aus diesem Bericht und schliesst daraus, dass der beanstandete Schlussbericht hätte anders ausfallen müssen, wenn das Schreiben vom 22. Juli 2017 berücksichtigt worden wäre. Auch diesbezüglich kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Der Beschwerde kann nicht entnommen werden, welche Stellen des Schlussberichtes inwieweit anders hätten formuliert werden sollen, wenn das erwähnte Schreiben berücksichtigt worden wäre. Aufgrund der pauschalen Rügen der Beschwerdeführerin ist für die Beschwerdeinstanz nicht möglich zu beurteilen, welche exakten Stellen im Schlussbericht des früheren Beistandes D._____ falsch sein sollen und wie sie hätten anders und richtig formuliert werden sollen.

3.8. Soweit die Beschwerdeführerin sodann eine Falschdarstellung der Aussagen von Prof. Dr. E._____ rügt (act. 2 S. 8 Rz. 4.4), ist auf das bereits Gesagte zu verweisen (E. 3.6.). Wie es sich mit einer angeblichen Falschdarstellung der Aussagen der Psychologin F._____ verhalten soll (act. 2 S. 8 Rz. 4.4), wird aufgrund der vorliegenden Beschwerde nicht klar, und ein Verweis auf die Begründung im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren ist unzulässig.

3.9. Insgesamt ist nur in Bezug auf einen nebensächlichen Punkt klar, dass eine Feststellung im beanstandeten Schlussbericht (unentschuldigtes Nichterscheinen der Beschwerdeführerin zur Besprechung vom 15. April 2016) falsch ist (E. 3.3.). Im Übrigen gibt es aufgrund der unsubstantiierten bzw. unbegründeten Vorbringen (E. 3.4 bis E. 3.8) keinen Anlass, die Beobachtungen und Einschätzungen des mit der Sache vertrauten ehemaligen Beistandes D._____ in Frage zu stellen, und erst recht ist es unmöglich anzugeben, was richtigerweise im Schlussbericht stehen sollte. Vielmehr genügt der Schlussbericht der Informationspflicht des Beistandes, mit Ausnahme einer nebensächlichen Feststellung.

4. Unentgeltliche Rechtspflege; Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Beschwerde ist in einem Nebenpunkt gutzuheissen (E. 3.3. [unentschuldigtes Nichterscheinen der Beschwerdeführerin zur Besprechung vom 15. April 2016]), im Übrigen aber abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (E. 3.4 bis E. 3.8). Weil der zu korrigierende Nebenpunkt im Gesamtkontext des beanstandeten Schlussberichtes vernachlässigbar ist, ist vom vollständigen Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen. Die Beschwerdeführerin wird daher kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Beschwerdeführerin stellt keinen prozessualen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, sondern begnügt sich damit, in der Begründung um unentgeltliche Rechtspflege nachzusuchen (act. 2 S. 9 Rz. 9). Ob dies genügt, kann dahin gestellt bleiben, da sich die Beschwerde ohnehin als aussichtslos erweist: Die Beschwerde ist zwar in einem praktisch bedeutungslosen Nebenpunkt gutzuheissen, im übrigen aber abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, da nicht ausgeführt wird, gegen welche exakten Aktenstellen die Informationen im Schlussbericht verstossen sollten, und da sich auch nicht erschliesst, wie der Schlussbericht bei Berücksichtigung bestimmter Dokumente hätte lauten sollen. Vielmehr hat der frühere Beistand D. _____ in seinem 8-seitigen Schlussbericht in einer Weise über die gut 16 Monate dauernde Beistandschaft informiert, die nicht zu beanstanden ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
2. Schriftlich Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, und folgender Satz auf Seite 2 des "Schluss-Rechenschaftsberichtes" des früheren Beistandes D. _____ vom 7. September 2017 wird ersatzlos gestrichen: *"15.4.2016 Kindsmutter erscheint unentschuldigt nicht zum Termin"*.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung von Fr. 600.00 (inkl. MWST) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Affoltern sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Affoltern, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: