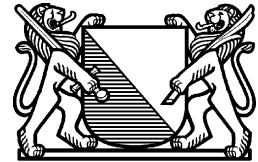


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190014-O/U02

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 5. Juni 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Aufhebung Beistandschaft**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Uster vom 14. Januar 2019; VO.2019.1 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster)

Erwägungen:

1. Die Parteien sind die geschiedenen Eltern der Kinder C._____, geboren am tt.mm.2002, und D._____, geboren am tt.mm.2004, die unter der alleinigen Obhut und elterlichen Sorge der Beschwerdegegnerin stehen.

Die Vorgeschichte ist der Kammer aus verschiedenen Verfahren bekannt. An dieser Stelle wird auf ihre Wiedergabe verzichtet und stattdessen auf die entsprechenden Verfahren verwiesen (PQ150081, PQ160074, PQ160086, PQ170004, PQ170005 und zuletzt PQ170012 mit Urteil vom 29. Juni 2017).

2. Am Anfang dieses Rechtsmittelverfahrens steht ein Entscheid vom 29. November 2018, mit dem die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster (fortan KESB) die für die Kinder bestehende Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB aufgehoben hat.

Gegen diesen Entscheid erhob der Vater am 5. Januar 2019 Beschwerde an den Bezirksrat Uster mit den Anträgen (BR act. 1):

1. Der Entscheid sei aufzuheben, dies superprovisorisch.
2. Die Beistandschaft sei fortzuführen, dies ebenfalls superprovisorisch.
3. Der Rechenschaftsbericht sei NICHT zu genehmigen.
4. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung sei superprovisorisch aufzuheben.
5. Für die "Neudefinition" der Beistandschaft und die Ausdehnung des B-Rechts, denn dieses sei nun unbedingt auszuweiten, aufgrund der Erfolge neben den Schulferien, sei innert 1 Woche zu befinden und das Geschäft innert dieser Frist ans Obergericht weiter zu leiten (...).

3. Mit Beschluss vom 14. Januar 2019 wies der Bezirksrat die superprovisorischen Massnahmebegehren ab und trat auf das Begehren um Neudefinition der Beistandschaft und Ausdehnung des Besuchsrechts nicht ein. Ein mit der Beschwerdeschrift eingereichter USB-Stick wurde aus dem Recht gewiesen und dem Beschwerdeführer ungelesen retourniert (act. 6).

Nach Anhörung der Gegenpartei erteilte der Bezirksrat inzwischen mit Beschluss vom 7. März 2019 der Beschwerde gegen den Entscheid der KESB vom 29. November 2018 die aufschiebende Wirkung wieder, welche die KESB im angefochtenen Entscheid entzogen hatte (BR act. 21).

4. Mit Eingabe vom 24. Februar 2019 (persönlich überbracht am 25. Februar 2019) erhob der Vater Beschwerde gegen den Beschluss des Bezirksrats vom 14. Januar 2019, der ihm am 25. Januar 2019 zugestellt worden war (BR act. 6) mit den Anträgen (act. 2):

Dispositivziffer IV des eingangs erwähnten und beigelegten Beschlusses sei aufzuheben und durch das Gericht sei die Beistandschaft zu definieren und der Beiständin konkrete Aufträge zu erteilen, so wie es das Gericht im Urteil angedacht hatte mit dem Satz: "Die Beistandschaft bleibt auf alle Fälle bestehen." Dabei soll das Alter der Söhne mitberücksichtigt werden.

Der Memory-Stick sei zuzulassen und / oder mir die Frist zu setzen bis wann ich ihn abschreiben muss.

Von den weiteren Ergänzungen sei Vormerk zu nehmen und sie seien ins Verfahren aufzunehmen, unabhängig davon wo es weitergeführt wird (OG und / oder B-Rat).

Im Sinne einer Sprungbeschwerde soll das Obergericht über sämtliche Anträge meiner Beschwerde per sofort befinden! Damit gemeint ist meine gesamte Eingabe an den B-Rat Uster vom 5.01.2018.

5. Mit Entscheid vom 15. April 2019 (act. 8) trat die Kammer auf die Anträge Absatz 1, 3 und 4 nicht ein. Mit Bezug auf den Antrag Absatz 2, der Memory-Stick sei zuzulassen oder es sei eine Frist anzusetzen, bis der Beschwerdeführer ihn abschreiben müsse, wurde der Beschwerdegegnerin eine Frist zur Stellungnahme angesetzt, die unbenutzt abgelaufen ist.

6. Mit Präsidialverfügung vom 25. April 2019 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine einmalige, nicht erstreckbare Frist, "um dem Bezirksrat die in Form eines Memory-Sticks am 5. Januar 2019 eingereichten Dokumente nachzureichen" (act. 10). Daraufhin stellte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 7. Mai 2019 (act. 12) ein Sistierungsgesuch und wollte auf die Kostenaufgabe im Entscheid vom 15. April 2019 zurückkommen. Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 (act. 14) wurde ihm mitgeteilt, dass über sein Sistierungsgesuch später entschie-

den werde, und mit Bezug auf die Kostenaufgabe wurde er auf den Rechtsmittelweg verwiesen. Die Beschwerdegegnerin erhielt diese Schreiben zur Kenntnisnahme in Kopie, ohne dass sie sich dazu äusserte (act. 15). Mit diesem Entscheid wird das Verfahren abgeschlossen, so dass es sich erübrigt, auf das Sistierungsgesuch einzugehen.

7. Der Bezirksrat qualifizierte einen vom Beschwerdeführer mit seiner vorinstanzlichen Beschwerde eingereichten USB-Stick als Eingabe und liess ihn gestützt auf Art. 130 ZPO nicht zu (act. 6). Das stellt einen Endentscheid dar, gegen den grundsätzlich die Beschwerde zulässig ist.

8. Der Bezirksrat hielt dem Beschwerdeführer im angefochtenen Entscheid vom 14. Januar 2019 vor, er habe nicht ausgeführt, "zu welchem Zweck und mit welchen Dokumenten" er zusammen mit der Beschwerdeschrift einen USB-Stick zu den Akten gereicht habe.

Der Bezirksrat verwies auf die Bestimmung von Art. 130 ZPO, nach der Eingaben dem Gericht in Papierform und unterzeichnet oder elektronisch mit einer anerkannten elektronischen Signatur einzureichen sind, wobei das Gericht bei elektronischer Übermittlung verlangen kann, dass die Eingabe und die Beilagen in Papierform nachgereicht werden.

Der USB-Stick sei "daher aus dem Recht zu weisen und ungelesen zu retournieren," wobei es dem Beschwerdeführer freistehe, die entsprechenden Dokumente in Papierform nachzureichen (act. 6 S. 3 E. 4).

9. Der Beschwerdeführer verlangt, der mit seiner Beschwerde an den Bezirksrat eingereichte USB-Stick sei als wichtiges Beweismittel zuzulassen. Er belege, dass es nicht so sei, wie die Behörden und die Beschwerdegegnerin behaupteten, dass alles funktionieren würde und die Söhne selbst entscheiden könnten, wann sie bei ihm sein wollten. Im Text seiner Eingabe an den Bezirksrat sei genügend darauf verwiesen und Bezug genommen worden, sogar mit Telefonlistenauszug. Abgeschrieben werde er nicht denselben Aussagecharakter haben, aber er werde ihn gerne abschreiben, falls notwendig. Er gehe davon aus, wenn der Bezirksrat

schreibe, das Gericht könne das verlangen, sei das Obergericht gemeint (act. 2 S. 4).

10. Mit der während des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens erlassenen Verfügung vom 25. April 2019 erwog der Bezirksratspräsident, der Bezirksrat habe im angefochtenen Entscheid dem Beschwerdeführer zwar freigestellt, die auf dem Memory-Stick befindlichen Dokumente in Papierform nachzureichen, es aber unterlassen, dies im Dispositiv festzuhalten und dem Beschwerdeführer dafür eine Nachfrist anzusetzen, was nachzuholen sei, nachdem der Beschwerdeführer dies im Beschwerdeverfahren vor Obergericht moniere (act. 10 S. 3 E. 4).

Mit dieser Verfügung zog der Präsident des Bezirksrat den Beschluss vom 14. Januar 2019 mit Bezug auf die Behandlung des USB-Sticks teilweise in Wiedererwägung und kam dem Eventualantrag Abs. 2 des Beschwerdeführers nach.

In der Sache ist die Wiedererwägung von angefochtenen Entscheiden von Gesetzes wegen vorgesehen (Art. 450d Abs. 2 ZGB). Der kantonale Gesetzgeber beschränkte diese Möglichkeit zwar auf das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren (§ 68 Abs. 2 EG KESR). Bei prozessleitenden Entscheiden ist eine Wiedererwägung aber generell zulässig.

Die Ansetzung einer Nachfrist, um den aus dem Recht gewiesenen USB-Stick abzuschreiben in der Verfügung vom 25. April 2019 führt grundsätzlich zur Gegenstandslosigkeit des entsprechenden Eventualantrags des Beschwerdeführers. Dessen ungeachtet bleibt über seinen Hauptantrag auf Zulassung des USB-Sticks zu entscheiden.

Indem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer während laufendem Beschwerdeverfahren eine einmalige, nicht erstreckbare Frist für die Einreichung einer Abschrift des USB-Sticks ansetzt, zwingt sie ihn, eine Abschrift des USB-Sticks zu erstellen, bevor der Entscheid über seinen Hauptantrag auf Zulassung des USB-Sticks gefallen ist, will er nicht riskieren, dass die Abschrift wegen Verspätung nicht zugelassen wird, sollte sein Hauptantrag abgewiesen werden.

Das Verhältnis zwischen Haupt- und Eventualantrag wird dadurch auf den Kopf gestellt. Um diese Folge zu vermeiden, wäre dem Beschwerdeführer die Frist zur Nachreichung einer Abschrift des USB-Sticks in dieser Entscheidung nochmals neu anzusetzen, würde sein Hauptantrag nicht gutgeheissen.

11. Es ist ein verbreitetes Missverständnis, die überkommene Formulierung, etwas werde "aus dem Recht gewiesen", bedeute, der entsprechende Gegenstand verschwinde spurlos aus den Akten. Davon ging anscheinend auch die Vorinstanz aus, als sie den nicht zugelassenen USB-Stick dem Beschwerdeführer "ungelesen retourniert(e)" (act. 7 S. 5 Disp.-Ziff. II. a.E.).

Wird eine Eingabe oder eine Beilage nicht zugelassen, muss dieses Aktenstück aufbewahrt werden, um eine Überprüfung dieses Entscheids im Rechtsmittelverfahren zu ermöglichen. Dass sein Inhalt den Verfahrensausgang beeinflusst, ist mit geeigneten Mitteln zu verhindern, etwa mit der Aufbewahrung in einem verschlossenen Umschlag, der von der Akteneinsicht ausgenommen ist.

Der Bezirksrat durfte den nicht zugelassenen USB-Stick dem Beschwerdeführer daher nicht sogleich zurückschicken, sondern hätte ihn bis zur Erledigung seines Verfahrens und dem Abschluss eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens aufbewahren müssen.

12. Der Bezirksrat qualifiziert den USB-Stick als Eingabe i.S. von Art. 130 ff. ZPO. Er scheint von der Vorstellung auszugehen, auf dem USB-Stick befänden sich Dokumente, die der Beschwerdeführer auch auf Papier einreichen könnte, wobei der Bezirksrat betont, diese Dokumente nicht zu kennen.

In der vorinstanzlichen Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers wird der USB-Stick wie folgt eingeführt (BR act. 1 S. 19):

"Was sich dann abspielte kann man sich nicht vorstellen und war Telefonterror vom Allerfeinsten, wie auf beiliegendem Stick im Verzeichnis "Einsprache kesb" zu ersehen ist. Diesen Stick hätte ich nach Abschluss des Verfahrens gerne wieder retour. Die KM versuchte 3 Mal auf dem Festnetz anzurufen und mindestens so viele Male D. _____ auf dem Händi."

Als einzige Datei befindet sich auf dem USB-Stick in einem Ordner mit der Bezeichnung "Einsprache kesb" eine MTS-Videodatei mit der Bezeichnung "00088", Änderungsdatum 29.12.2018 10:59 und einer Grösse von 913'152 KB (vgl. act. 3/12). Es ist davon auszugehen, dass in dieser Filmdatei das vom Beschwerdeführer an der zitierten Stelle erwähnte Ereignis aufgezeichnet ist, das am 29. Dezember 2018 stattgefunden habe, wie aus seiner übrigen Darstellung hervorgeht.

Beim USB-Stick handelt es sich demnach nicht um eine Eingabe, sondern um ein Beweismittel, so dass die vom Bezirksrat zur Anwendung gebrachten Bestimmungen von vornherein nicht einschlägig sind. Im Katalog der Beweismittel nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 168 Abs. 1 ZPO) gilt ein Film als Urkunde (Art. 177 ZPO). Eine Filmaufzeichnung soll in der Regel belegen, dass ein bestimmtes Ereignis stattgefunden hat und / oder wie es sich abgespielt hat. Eine Verschriftlichung hat nicht den gleichen Beweiswert und ist daher allenfalls ein Hilfsmittel, aber kein tauglicher Ersatz.

Der vom Beschwerdeführer eingereichte USB-Stick ist daher zuzulassen, ohne dass der Beschwerdeführer seinen Inhalt zu Papier bringen muss. Das sagt nichts darüber aus, ob sich dieses Beweismittel für den Entscheid in der Sache als wesentlich erweist und wie es zu würdigen ist.

13. Mit Bezug auf den USB-Stick ist die Beschwerde daher gutzuheissen und der USB-Stick ist im vorinstanzlichen Verfahren als Beweismittel zuzulassen. Der vom Beschwerdeführer in diesem Verfahren erneut eingereichte USB-Stick (act. 3/12) ist dem Bezirksrat zuhanden seiner Akten zu übermitteln.

14. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Eine Entschädigung wurde nicht beantragt und wäre unabhängig davon auch nicht geschuldet, weil sich die Beschwerdegegnerin nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizierte.

15. Ein Entscheid über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten ist einem Kind zu eröffnen, welches das 14. Altersjahr vollendet hat (Art. 301 lit. b ZPO). Diese Voraussetzung erfüllen beide Kinder der Parteien.

Die Materialien geben keine Auskunft darüber, was mit dem Begriff 'Entscheid' gemeint ist. Die Lehre subsumiert darunter neben Endentscheiden auch Zwischenentscheide, welche die Rechtsstellung des Kindes tangieren (ZK ZPO-Schweighauser Art. 301 N 6). Das trifft auf vorsorgliche Massnahmen zu, nicht jedoch für prozessleitende Entscheidungen, wie sie den Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens bilden. Von einer Mitteilung dieses Entscheides an die Kinder der Parteien ist daher abzusehen.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer II. des Beschlusses des Bezirksrats Uster vom 14. Januar 2019 wird aufgehoben und der vom Beschwerdeführer zusammen mit der Beschwerdeschrift eingereichte USB-Stick wird zugelassen und dem Bezirksrat zu seinen Akten übermittelt.
2. Kosten fallen ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster, das Gemeindeamt des Kantons Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten und unter Beilage von act. 3/12 – an den Bezirksrat Uster, je gegen Empfangsschein.
4. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Gerichtsschreiberin:

A. Götschi

versandt am: