

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 14. Juni 2019

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin

betreffend **Anordnung Beistandschaft / begleitete Übergaben / angeordnete
Beratung**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer I des Bezirksrates Zürich
vom 4. April 2019 i.S. C.**_____, geb. tt.mm.2015; VO.2019.30 (Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C._____, geb. tt.mm.2015. Ihnen steht die elterliche Sorge für C._____ gemeinsam zu. Das Kind zog – nachdem zwischen den Parteien nach Einholung eines familienpsychologischen Gutachtens zur Frage des Aufenthaltsorts von C._____ eine Vereinbarung zustande gekommen war – im September 2018 mit der Mutter von .../D nach Zürich, wo es seither lebt. Der Vater lebt in Deutschland. Über das Besuchsrecht des Vaters liegt eine vom Amtsgericht Giessen genehmigte Vereinbarung vor. Weil es im Zusammenhang mit der Umsetzung zu Schwierigkeiten kam, beschloss die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (KESB) mit Beschluss Nr. 1033 vom 19. Februar 2019 (KESB-act. 33 = BR-act. 1/1), dass die nächsten vier Übergaben zur Ausübung des Besuchsrechts durch den Kinderschutzbund D._____ [Stadt in Deutschland] begleitet werden und dort stattfinden sollen (Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses). Gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB wurde für die Eltern eine an den Kinderbelangen orientierte Beratung durch den Kinderschutzbund D._____ angeordnet, und es wurden die Eltern gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB angewiesen, an 4 Beratungsgesprächen à maximal 60 Minuten teilzunehmen (Dispositiv-Ziff. 2 - 4 des Beschlusses, sowie Dispositiv Ziff. 5 und 6 mit Regelung der Information nach durchgeführter Beratungsgesprächen und Kostengutsprache für den Kinderschutzbund D._____). Für C._____ wurde alsdann eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet, u.a. mit den Aufgaben, die Eltern bei der Organisation der Betreuungsregelung zu unterstützen und zu beraten und einvernehmliche Lösungen für den persönlichen Verkehr nach Eintritt von C._____ in den Kindergarten zu erzielen. Zum Beistand wurde E._____ ernannt (Dispositiv Ziff. 7 und 8). Einer allfälligen Beschwerde gegen den Beschluss wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositiv Ziff. 11).
2. Am 19. März 2019 erhob der Vater und Beschwerdeführer per Fax "Widerspruch zum Beschluss Beistandschaft/begleitete Übergaben/angeordnete Beratung Nr. 1033 vom 19. 02. 2019, Posteingang 23. 02. 219" bei der KESB (BR-act.

1). Die Eingabe wurde am 20. März 2019 zuständigkeitshalber an den Bezirksrat Zürich überwiesen (act. 2). Am 21. März 2019 wurde der Beschwerdeführer vom juristischen Sekretariat des Bezirksamts per E-Mail unter Verweis auf Art. 450 Abs. 3 ZGB darauf hingewiesen, dass eine Fax-Eingabe nicht zulässig sei und die Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen sei (BR-act. 3/1). Per E-Mail bedankte sich der Beschwerdeführer für die Hinweise und teilte mit, dass er seinen "Widerspruch per Fax, postalisch und für Sie zur Kenntnis in der Anlage der E-Mail erneut auf den Weg gebracht" habe (BR-act. 3/2). Die vom Beschwerdeführer unterzeichnete Beschwerde ging per Post am 27. März 2019 beim Bezirksrat ein (Übergabe an die Deutsche Post am 22. März 2019; Ankunft an Grenzstelle im Bestimmungsland am 26. März 2019; BR-act. 4 mit dazugehörigem Umschlag sowie BR-act. 6). Mit Beschluss vom 4. April 2019 trat der Bezirksrat nicht auf die Beschwerde ein (BR-act. 7 = act. 6). Der Entscheid wurde der Rechtsabteilung des Bezirksgerichts Zürich zuhanden des Beschwerdeführers am 8. April 2019 zugestellt (BR-act. 8/1).

3. Am 27. Mai 2019 erhob der Beschwerdeführer bei der Kammer Beschwerde gegen diesen Entscheid (act. 2). Es wurden die Akten des Bezirksamts und der KESB beigezogen (act. 4). Diese gingen am 11. bzw. 12. Juni 2019 hierorts ein (act. 5 und act. 7/1-8 sowie act. 8 und act. 9/1-110). Weiterungen erweisen sich als nicht notwendig. Das Verfahren ist spruchreif.

4. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass nach Erlass des der vorliegenden Beschwerde zugrundeliegenden Beschlusses der KESB vom 19. Februar 2019 der Vater am 8. März 2019 der KESB mitteilte, dass er C. _____ nach seiner Besuchswoche der Mutter nicht wie geplant zurückübergeben werde. Er begründete dies mit Auffälligkeiten im Verhalten von C. _____ und dem Verdacht auf sexuellen Missbrauch durch den Grossvater mütterlicherseits. Bis zur Abklärung der Sache wolle er C. _____ in seiner Obhut behalten (KESB-act. 31). Nach Erkundigungen beim damaligen Gutachter (KESB-act. 44) wies die KESB einen Antrag des Vaters auf superprovisorische Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ab und lud die Eltern zur Anhörung ein (KESB-act. 48). Mit Beschluss Nr. 2044 vom 9. April 2019 (KESB-act. 73) bestätigte die KESB diesen

Entscheid nach Einholung eines Berichts des Jugendamtes Ilm-Kreis (KESB-act. 58) und nach Anhörung der Eltern (KESB-act. 60 und 62). Der Vater wurde gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB angewiesen, C._____ umgehend in die Obhut der Mutter zu übergeben. Die Mutter wurde angewiesen, bis zum Abschluss eines allfälligen Strafverfahrens keine nicht durch sie selber begleitete Kontakte von C._____ zum Grossvater mütterlicherseits zuzulassen (KESB-act. 73, Dispositiv-Ziff. 3 und 4). Der Vater liess diesen Beschluss ebenfalls anfechten (KESB-act. 85 = KESB-act. 106 = 107).

Am 13. März 2019 hatte die Mutter bei der Stadtpolizei Zürich gegen den Vater eine Anzeige wegen Entziehung von Unmündigen deponiert (KESB-act. 68), am 15. März 2019 stellte sie beim Bundesamt für Justiz einen Antrag auf Rückführung aufgrund einer internationalen Kindesentführung (KESB-act. 49). Bis zum Gerichtstermin im Rückführungsverfahren wurde der Mutter vom Amtsgericht Jena ein Umgangsrecht mit C._____ an jedem Wochenende von Freitag, 17.00 Uhr bis Sonntag, 17.00 Uhr eingeräumt, unter Androhung eines Ordnungsgeldes in der Höhe von jeweils bis zu EUR 25'000 (oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten) im Wiederhandlungsfall (KESB-act. 89/9). Ein Ausstandsbegehren des Vaters gegen die zuständige RichterIn im Rückführungsverfahren lehnte das Amtsgericht Jena mit Beschluss vom 21. Mai 2019 ab (KESB-act. 96 i.V.m. KESB-act. 93). Das vom Vater in Deutschland erhobene Strafverfahren gegen den Grossvater mütterlicherseits wurde von der Staatsanwaltschaft Erfurt am 14. Mai 2019 eingestellt (KESB-act. 97).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig die Beschwerde gegen den bezirksrätlichen Entscheid vom 4. April 2019 (act. 6), dem der Entscheid der KESB Nr. 1033 vom 19. Februar 2019 zugrunde liegt.

II.

1. Die Parteien wohnen je in einem Vertragsstaat des Haager Kindesschutzübereinkommens HKsÜ vom 19. Oktober 1966, welches für Massnahmen zum Schutz von Kindern die Zuständigkeit der Behörden und Gerichte jenes Vertragsstaates vorsieht, in welchem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 5 HKsÜ). Bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit wenden die Behörden der Vertragsstaaten ihr eigenes Recht an (Art. 15 Abs. 1 HKsÜ). Da C. _____ bei ihrer Mutter in der Schweiz lebt, ist sowohl für das Verfahren wie auch für die materielle Beurteilung schweizerisches Recht anwendbar.

Das Verfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen (EG KESR und Gerichtsorganisationsgesetz [GOG]). Soweit diese Bestimmungen nichts vorsehen, gilt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) sinngemäss (Art. 450f ZGB und § 40 EG KESR).

2. Nach Eingang der Beschwerde überprüft die Beschwerdeinstanz das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen von Amtes wegen. Das angerufene Obergericht ist als zweite gerichtliche Beschwerdeinstanz grundsätzlich für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksrates zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 64 EG KESR). Der Beschwerdeführer ist von der Anordnung betroffen und zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde schriftlich und begründet eingereicht und enthält den Antrag, dass die erstinstanzliche Beschwerde inhaltlich überprüft werde (act. 2 S. 2; Art. 450 Abs. 3 und Art. 445 Abs. 3 ZGB). Ob die Beschwerde hierorts rechtzeitig erhoben wurde, kann nicht beurteilt werden, da sich den bezirksrätlichen Akten nicht entnehmen lässt, wann dem Beschwerdeführer der Entscheid des Bezirksrates vom 4. April 2019 zugegangen ist. Weitere Erhebungen zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde können indes unterbleiben, da – wie zu zeigen ist – auch bei Rechtzeitigkeit die Beschwerde abzuweisen wäre.

3. Der Bezirksrat erwog, der Beschwerdeführer habe den angefochtenen KESB-Beschluss nach eigenen Angaben am 23. Februar 2019 erhalten. Die 30-tägige Rechtsmittelfrist habe am folgenden Tag zu laufen begonnen und bis zum 25. März 2019 gedauert. Die Beschwerde sei am 22. März 2019 bei der deutschen Post aufgegeben worden. Gemäss Sendungsverfolgung der schweizerischen Post sei sie dort am 26. März 2016 und damit verspätet eingegangen, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei (act. 6).

4. Der Beschwerdeführer stellt zu Recht nicht in Frage, dass für die Einhaltung der Beschwerdefrist die schweizerische Verfahrensordnung massgeblich ist. Er bestätigt in seiner "Beschwerde/Widerspruch" dass er nach Erhalt des Beschlusses am 23. Februar 2019 am 19. März 2019 per Fax Beschwerde erhoben habe und ihm am 21. März 2019 per E-Mail von der Bezirksratskanzlei mitgeteilt worden sei, dass die Faxeingabe nicht zulässig sei und die Beschwerde eine handschriftliche Unterschrift enthalten müsse. Es ist nicht ersichtlich, was er bei diesem Geschehensablauf zu seinen Gunsten ableiten will, wenn er geltend macht, aus der Rechtsmittelbelehrung sei für ihn nicht ersichtlich gewesen, dass in der Schweiz Faxeingaben nicht zulässig seien.

5.1 Gemäss Art. 143 Abs. 1 ZPO müssen Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit trägt die Partei.

5.2 Der Bezirksrat stellt im angefochtenen Entscheid zutreffend fest, dass die 30-tägige Rechtsmittelfrist am 24. Februar 2019 zu laufen begann und am 25. März 2019 endete. Die formgerechte Eingabe des Beschwerdeführers ging der schweizerischen Post am 26. März 2019 zu (BR-act. 6), was der Beschwerdeführer nicht bestreitet. Sie erreichte damit entgegen seiner Darstellung die zuständige Behörde nicht pünktlich innerhalb der Beschwerdefrist (act. 2 S. 2), sondern war verspätet. Daran ändert nichts, dass der Bezirksrat den Inhalt der Beschwerde bereits zur Kenntnis nehmen konnte, weil sie diesem zunächst per Fax und alsdann (vorab der postalischen Zustellung) per E-Mail zugegangen war. Diese Zustellungsformen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus Be-

weisgründen ungültig (vgl. etwa BGer 5A_157/2010; BGE 121 II 252 E. 4), worauf der Beschwerdeführer – wie er selber ausführte – ausdrücklich und rechtzeitig hingewiesen worden war.

5.3 Nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Beschwerdeführer auch aus dem Umstand, dass die massgeblichen schweizerischen Verfahrensvorschriften von den in Deutschland massgeblichen offenbar abweichen. War ihm – wie sich aus der Eingabe ergibt – klar, dass schweizerisches Recht anwendbar ist, dann konnte er sich nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass dieses dem ihm offenbar bekannten deutschen Recht entspricht.

5.4 Schliesslich wendet der Beschwerdeführer ein, er habe umgehend, nämlich am 22. März 2019, die handschriftlich unterschriebene Beschwerde postalisch bei der deutschen Post aufgegeben und dem Bezirksrat mitgeteilt, dass er ohne Verzögerung den Widerspruch per Post am 22. März zugestellt habe. Er habe also so schnell als möglich die gewünschte Zustellungsart betrieben und damit alles in seiner Macht stehende unternommen, um eine zügige Zustellung zu bewirken. In Deutschland seien Zustellungen an Gerichte per Fax anerkannt und er sei auch von üblichen Postwegen/Zustellzeiten ausgegangen. Diese betrügen in Deutschland für einen Brief in der Regel ein bis zwei Tage, im vorliegenden Fall wären noch drei Tage geblieben zwischen dem Versand bei der deutschen Post bis zum Ablauf der Einspruchsfrist. Er habe nicht damit rechnen können, dass seine Beschwerde vom Tag der Übergabe an die Deutsche Post (22. März 2019) bis zur Übergabe an die Schweizer Post vier Tage unterwegs sei. In Treu und Glauben auf die Richtigkeit der gewählten Zustellungsart habe er seine Beschwerde eingelegt. Um die Möglichkeit einer Übergabe von Schreiben an eine Schweizer konsularische Vertretung habe er nicht gewusst; er habe der Rechtsmittelbelehrung gegenüber dem deutschen Recht keine Besonderheiten entnehmen können (act. 2).

Liegt die Fristwahrung im Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers, dann trägt dieser auch das Risiko, wenn wie vorliegend eine bei der deutschen Post aufgebene Sendung länger als vom Beschwerdeführer erwartet braucht, um bis zur Schweizer Post zu gelangen. Dass der Beschwerdeführer selbst davon ausging, dass mit der Postaufgabe in Deutschland die Frist noch nicht gewahrt war,

ergibt sich daraus, dass er erwähnt, dass im konkreten Fall ab dem Zeitpunkt seiner Postaufgabe in Deutschland noch drei Tage Zeit blieben bis zum Ablauf der Frist, um an der zuständigen Stelle einzutreffen, was er offenbar als hinreichend erachtete, weil er von üblichen Zustellungswegen von ein bis zwei Tagen ausging. Unabhängig davon, ob er um die alternative Möglichkeit einer Übergabe an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung wusste, ging der Beschwerdeführer wie er selber dartut, davon aus, dass er mit seinem Vorgehen die Frist wahren konnte, was nicht der Fall war. Dies liegt in seinem Risikobereich. Ein unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz ist nicht ersichtlich.

6. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, soweit davon ausgegangen wird, sie sei hierorts rechtzeitig erhoben worden. Sie ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Es rechtfertigt sich umständehalber auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Entschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr durch das Verfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschluss des Bezirksrates Zürich (Kammer I) vom 4. April 2019 wird bestätigt.
2. Von der Erhebung einer Entscheidungsbühe wird abgesehen.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer auf dem Rechtshilfegweg, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, 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

Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: