

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190074-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss und Urteil vom 21. November 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Anordnung begleitetes Besuchsrecht für den Vater als vorsorgliche Massnahme**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Uster vom 22. Oktober 2019;

VO.2019.34 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf)

Erwägungen:

1. A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) und B. _____ (Beschwerdegegnerin) sind die Eltern der Kleinkinder C. _____ und D. _____. Sie leben seit Februar 2019 getrennt. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf (nachfolgend KESB) errichtete mit Entscheiden vom 30. Juli 2019 eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB über C. _____ und D. _____, ordnete die Erstellung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über die Eltern sowie als vorsorgliche Massnahme während der Erstellung des Gutachtens ein begleitetes Besuchsrecht für den Vater gemäss Art. 273 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 und Art. 445 Abs. 1 ZGB an (act. 9/2/1 und act. 9/2/2, je S. 8, S. 10 ff.). Dagegen wandte sich der mittlerweile anwaltlich vertretene Beschwerdeführer an den Bezirksrat Uster (nachfolgend: Vorinstanz) und beantragte im Wesentlichen anstelle des Rechts auf begleitete Besuche während der Abklärung der Erziehungsfähigkeit eine Regelung für unbegleitete Besuche, bei welcher die Kinder mit beiden Elternteilen ungefähr gleich viel Zeit oder (eventualiter) mit dem Beschwerdeführer möglichst viel Zeit verbringen (act. 9/1 S. 2 f.). Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Beschwerdeantwort im Wesentlichen für den Beschwerdeführer für eine Übergangszeit von mindestens drei Monaten eine angemessene Regelung begleiteter Besuche und nach der Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie nach Bewährung der befristeten begleiteten Besuche eine gleichmässig aufgeteilte Betreuungsregelung (act. 9/10 S. 2 f.), was der Beschwerdeführer abzuweisen beantragte (act. 9/16 S. 3). Die Vorinstanz wies mit Beschluss und Urteil vom 22. Oktober 2019 die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat und bewilligte beiderseits die unentgeltliche Rechtspflege (act. 9/18 = act. 5/2 = act. 8 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 8).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 11. November 2019 rechtzeitig (vgl. act. 9/18 i.f. sowie act. 2 S. 1) die vorliegend zu beurteilende Beschwerde. Er beantragt (act. 2 S. 2 f.):

- "1. Es sei in Gutheissung der Beschwerde das Urteil des Bezirksrats Uster vom 22. Oktober 2019 vollumfänglich aufzuheben und die Ziffern 6 der Entscheide der KESB Dübendorf vom 30. Juli 2019 (DU-2019/765 und DU-2019/766) aufzuheben.
2. Es sei statt eines begleiteten Besuchsrecht eine für die Kinder D._____ und C._____ angemessene und unbegleitete Besuchsregelung zu treffen, die es den Kindern erlaubt, mit beiden Elternteilen ungefähr gleich viel Zeit zu verbringen.
3. Eventualiter sei eine für die Kinder D._____ und C._____ angemessene und unbegleitete Besuchsregelung zu treffen, die es den Kindern erlaubt, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände mit dem Beschwerdeführer möglichst viel Zeit zu verbringen.
4. Subeventualiter sei für die Dauer der Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Kindseltern eine möglichst faire und zwischen den Kindseltern möglichst gleichmässig aufgeteilte, provisorische Besuchsregelung zu treffen, die jedoch keine begleiteten Vaterbesuche vorsieht.
5. Sub-Subeventualiter – für den Fall der Abweisung der Anträge gemäss Ziff. 1 bis 4 hiavor – sei für die Dauer der Abklärung das begleitete Besuchsrecht angemessen zu ergänzen, auf mindestens 3 Stunden pro Woche.
6. Es seien in Gutheissung der Beschwerde die Ziffern 7 beider KESB-Entscheide entsprechend den obigen Anträgen anzupassen, im Sinne, dass der Beistand mit der Organisation und der Regelung der Modalitäten der unbegleiteten und unüberwachten Besuche zwischen D._____, C._____ und dem Beschwerdeführer zu betrauen sei. Die übrigen Aufträge gem. Ziff. 7 c) und d) der KESB-Entscheide seien unverändert zu übernehmen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter zulasten des Staates."

Prozessualer Antrag:

"Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Die Akten des Bezirksrates (act. 9/1-7, act. 9/9-18) sowie diejenigen der KESB (act. 9/8/1-110) wurden beigezogen. Weiterungen erscheinen nicht notwendig (§§ 66 und 68 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR]). Das Verfahren ist spruchreif.

3. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR (LS 232.3) 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 und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirksrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

Gemäss § 67 EG KESR sind im Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen neue Anträge gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig. Mit anderen Worten sind neue Anträge zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Klageänderung gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und wenn die neuen Anträge zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen (Art. 317 Abs. 2 lit. a und b ZPO). Der Beschwerdeführer stellt im vorliegenden Verfahren neu den Sub-Subeventualantrag, es sei für die Dauer der Abklärungen das begleitete Besuchsrecht angemessen zu ergänzen, auf mindestens drei Stunden pro Woche (vgl. act. 2 S. 3 Ziff. 5 – abgedruckt oben, Ziff. 2 – und act. 9/1 S. 3). Dieser neue Antrag beruht nicht auf neuen Tatsachen und Beweismitteln und hätte demnach

schon vor der Vorinstanz gestellt werden können und müssen. Antrag Ziffer 5 ist demnach nicht zulässig; auf diesen ist nicht einzutreten.

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Dies trifft auf den Beschwerdeführer zu. Daneben enthält die Beschwerde Anträge und eine Begründung (act. 2). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht mit Ausnahme von Antrag Ziffer 5 nichts entgegen.

4. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Der Rechtsmittelbehörde kommt sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (STECK, FamKomm Erwachsenenenschutz, Art. 450a ZGB N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und in den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, er habe im vorinstanzlichen Verfahren ausführlich dargelegt, weshalb die KESB sein Besuchsrecht zu Unrecht eingeschränkt habe. Die Vorinstanz habe sich mit seinen diesbezüglichen Ausführungen – mit Ausnahme der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs – indes nicht auseinandergesetzt und ihren Entscheid einzig mit im Recht liegenden Polizeirapporten begründet (act. 2 Rz 9 ff.).

Die Vorinstanz hat die Ausführungen des Beschwerdeführers, welche dieser im vorliegenden Verfahren erneut vorbringt, in ihrem Entscheid festgehalten (act. 8 S. 8-11; act. 2 Rz 9 ff.). Dass sie sich in der rechtlichen Würdigung primär mit den im Recht liegenden Rapporten von Polizeieinsätzen beim Beschwerdeführer auseinandersetzt, ist nicht zu beanstanden, denn die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Vorbringen der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.). Dem ist die Vorinstanz nachgekommen.

2. Der Beschwerdeführer kritisiert sodann, die Vorinstanz verkenne, dass die Polizeieinsätze "in keinsten Weise" auf eine Kindswohlgefährdung hindeuten würden (act. 2 Rz 17). Zweimal sei die Polizei wegen (nächtlichen) Lärmemissionen angerückt, doch habe sich der Beschwerdeführer während der Einsätze korrekt und höflich verhalten. Selbst wenn er dabei Mobiliar zerstört haben sollte – was von ihm selbst (sic, Anm. hinzugefügt) freilich nie bestätigt worden sei –, so würde dies nicht automatisch auf eine Kindswohlgefährdung hindeuten. Entgegen der Annahme der Vorinstanz sei die Wohnung damals keineswegs in einem desolaten Zustand gewesen. Ohnehin habe keine der von der Polizei beschriebenen Beobachtungen einen direkten Bezug zu seinen Vaterqualitäten, habe er doch gerade zu C._____ ein besonders inniges und liebevolles Verhältnis gehabt. Dies könne nicht einmal in Frage gestellt werden, wenn es stimmen würde, dass er bei einer längeren Abwesenheit der Kinder seine Wohnung demoliert hätte. Weiter scheine die Vorinstanz dem Ereignis vom 23. Juni 2019 besonderes Gewicht zu geben, diesen Vorfall also falsch zu gewichten. Schliesslich werde auch seine Kontaktaufnahme zur Polizei von der Vorinstanz fälschlicherweise so dargestellt, als habe er sich wie eine Art "Stalker" verhalten, dabei habe er nur versucht, sich bei der Polizei Gehör zu verschaffen. Was diesbezüglich gelaufen sei, habe ohnehin nichts mit einer potentiellen Gefahr für die Kinder zu tun (act. 2 Rz 18 ff.).

Soweit sich der Beschwerdeführer überhaupt mit den Erwägungen der Vorinstanz inhaltlich auseinandersetzt – was nur ansatzweise der Fall ist –, so geht seine Kritik deutlich fehl. So etwa, wenn er es als falsche Annahme der Vorinstanz bezeichnet, dass seine Wohnung damals in einem desolaten Zustand gewesen sei (act. 2 Rz 18). Die bei den Akten liegenden Polizeiberichte reden teilweise eine deutliche Sprache, so nicht zuletzt der Bericht über den Einsatz wegen nächtlichen Lärms am 15. Juni 2019 (act. 9/8/62 S. 2), auf den auch die Vorinstanz Bezug nimmt: "Ein Blick in die Wohnung zeigte jedoch, dass sich diese in desolatem Zustand befindet [...]. Mehrere Zimmertüren sind teilweise aus den Angeln gerissen und an der Türe des Kinderzimmers fehlte die Türfalle. Die Wände in der Wohnung wurden von A. _____ teilweise mit Texten verschrieben. Soweit sich die Funktionäre in der Wohnung umblicken konnten, war zudem überall beschädigtes Mobiliar und Abfall sichtbar. Es machte den Anschein, als sei A. _____ daran, die gesamte Wohnung auseinander zu nehmen. [...] Aus Sicherheitsgründen wurde jedoch darauf verzichtet, vom Zustand der Wohnung Fotos zu erstellen." Weniger als eine Woche später musste die Polizei erneut ausrücken, da es im Beisein der Kinder zu einer Tötlichkeit des Beschwerdeführers gegen seine Mutter gekommen war (act. 9/8/63).

Wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift dazu etwa festhält, die Tötlichkeit habe "keine nennenswerten Verletzungen" verursacht, es habe sich ohne, die Tat zu verharmlosen, objektiv betrachtet um eine leichte Straftat gehandelt, oder "[n]atürlich waren die Kinder dabei, doch die Tat richtete sich nicht gegen sie. Die Kinder waren zu keiner Zeit in Gefahr", (act. 2 Rz 19), so greift er daneben. Entgegen dem Beschwerdeführer ist das Kindeswohl nicht erst gefährdet, wenn die Kinder selber Opfer einer Straftat werden, sondern durchaus schon dann, wenn sie Zeugen einer Straftat werden, begangen durch einen Elternteil an einer nahen Bezugsperson (hier der Grossmutter). Darauf ist übrigens bereits im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht hingewiesen worden (act. 8 S. 14; act. 9/7 S. 6). Ebenso hat die Vorinstanz zu Recht festgehalten, aufgrund des noch sehr jungen Alters der Kinder bestehe eine besondere Schutzbedürftigkeit, was die Einführung begleiteter Besuche als (zeitlich begrenzte) vorsorgliche Mas-

snahme zusätzlich rechtfertige (act. 8 S. 20). Mit diesen und weiteren Erwägungen der Vorinstanz befasst sich der Beschwerdeführer nicht.

3. Nicht minder eigenartig ist schliesslich die Ansicht des Beschwerdeführers, die Vorinstanzen hätten sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihn nicht persönlich angehört hätten: So hätte seine Verweigerung der persönlichen Anhörung nicht akzeptiert werden dürfen und es hätte insistiert werden müssen, dass es trotz Verweigerung doch noch zum Gespräch komme (act. 2 Rz 28). Gemeint ist mit den Vorinstanzen wohl eher die KESB als der Bezirksrat, und die im vorliegenden Verfahren diesbezüglich vorgebrachte Kritik erscheint weitestgehend als Wiederholung des bereits beim Bezirksrat geltend Gemachten. Gleichwohl sei an dieser Stelle – nochmals (so nämlich bereits die Vorinstanz, act. 2 S. 20) – darauf hingewiesen, dass mit dem Beschwerdeführer trotz seiner Verweigerungshaltung wiederholt das Gespräch gesucht wurde und ihm mehrfach die Möglichkeit eingeräumt wurde, zu einer persönlichen Anhörung bei der KESB zu erscheinen (act. 9/8/9, act. 9/8/17, act. 9/8/26, act. 9/8/65). In Anbetracht seines Verhaltens nun von einer Verletzung seines rechtlichen Gehörs zu sprechen, ist verzerrt.

4. Die Errichtung eines Rechts auf begleitete Besuche im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ist nicht zu beanstanden. Entgegen dem Beschwerdeführer (act. 2 Rz 24) hat die Vorinstanz eine Kindeswohlgefährdung für konkret möglich gehalten, wie eine Lektüre des vorinstanzlichen Entscheids unschwer erschliesst (act. 8 S. 19 f.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass es sich bei den begleiteten Besuchen um eine vorsorgliche Massnahme handelt, welche vorerst während der Erstellung des Gutachtens über die Erziehungsfähigkeit gelten soll (act. 9/2/1 und act. 9/2/2, je S. 8). Nach Erkundigung der Kammer bei der Gutachterin wird das Gutachten voraussichtlich schon Ende November 2019 vorliegen (act. 10). Entgegen der Befürchtung des Beschwerdeführers dürfte es also nicht noch etliche Monate dauern, bis der Bericht über die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers vorliegen wird (act. 2 Rz 24). Die vom Beschwerdeführer zu erduldennde Einschränkung des persönlichen Verkehrs erweist sich entgegen seiner Ansicht nicht als unverhältnismässig.

5. Die Beschwerde ist als aussichtslos zu beurteilen. Sie ist abzuweisen.

III.

Der Beschwerdeführer unterliegt vollumfänglich. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens wären ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 60 Abs. 5 EG KESR i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO), indes sind umständehalber für das Verfahren vor Obergericht keine Kosten zu erheben. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist damit hinsichtlich der Befreiung von Gerichtskosten als gegenstandslos abzuschreiben, hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Sub-Subeventualantrag, für die Dauer der Abklärung der Erziehungsfähigkeit das begleitete Besuchsrecht angemessen zu ergänzen, wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird hinsichtlich Befreiung von Gerichtskosten als gegenstandslos abgeschrieben und hinsichtlich unentgeltlicher Rechtsverteidigung abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das obergerichtliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, act. 4 sowie act. 5/2-10, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Uster, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: