

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ200070-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 29. Dezember 2020

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch lic. iur. Z._____

betreffend **Kindesschutzmassnahme / Neuregelung elterliche Sorge und Obhut / Vorsorgliche Massnahme**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 18. November 2020; VO.2020.49 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die nicht miteinander verheirateten Eltern von C._____, geb. tt.mm.2016. C._____ lebt bei ihrer Mutter und steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern (KESB-act. 44). Mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen (fortan KESB) vom 15. September 2016 wurde für C._____ eine Erziehungsbeistandschaft und eine Beistandschaft zur Unterstützung des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet (KESB-act. 54). Die Regelung des Besuchsrechts war in der Folge Gegenstand mehrerer Verfahren und wurde verschiedentlich modifiziert (Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 16. März 2018 [KESB-act. 295], KESB-Entscheid vom 18. Juli 2019 [KESB-act. 355] sowie KESB-Entscheide vom 16. Januar 2020 [KESB-act. 405] und vom 6. Februar 2020 [KESB-act. 425]).

2. Mit Eingabe vom 17. Juni 2020 beantragte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und Vaters von C._____, es sei ihm dauerhaft das alleinige Obhuts- und Aufenthaltsbestimmungsrecht für C._____ zu übertragen und der Mutter und Beschwerdegegnerin entsprechend zu entziehen und es sei ihm auch das alleinige Sorgerecht zu übertragen. Weiter beantragte er, es sei ihm das alleinige Obhuts- und Sorgerecht superprovisorisch und eventualiter vorsorglich zu übertragen und es sei eine Ausreisesperre für die Mutter sowie die Hinterlegung von C._____'s Reisepass und Identitätskarte anzuordnen. Betreffend alle Anordnungen verlangte er zudem, es sei einem allfälligen Rechtsmittel die aufschiebende

Wirkung zu entziehen (KESB-act. 469). Mit Entscheid vom 28. September 2020 wies die KESB die Anträge des Vaters auf Anordnung superprovisorischer bzw. vorsorglicher Massnahmen ab (KESB-act. 518 = BR-act. 2/1).

3. Dagegen erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksrat Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Entscheides der KESB und erneut die vorsorgliche Übertragung der elterlichen Sorge und Obhut für C._____ auf ihn (BR-act. 1). Nach Einholung der Beschwerdeantworten und der Vernehmlassung durch die KESB und nachdem die KESB während der Dauer des bezirksrätlichen Verfahrens dem Bezirksrat ihren Entscheid vom 30. Oktober 2020 über die Genehmigung des Berichts der Erziehungsbeiständin (BR-act. 10) sowie diesen Bericht zu den Akten gegeben hatte, beschloss der Bezirksrat mit Beschluss und Urteil vom 18. November 2020 u.a. auf den Antrag der Verfahrensbeiständin, es sei ein kinderpsychologischen Gutachten über C._____ einzuholen, nicht einzutreten. In der Sache wies er die Beschwerde ab. Er erhob keine Kosten und auferlegte die Kosten der Kindesverfahrensvertretung den Parteien je zur Hälfte unter Hinweis auf die der Beschwerdegegnerin gewährte unentgeltliche Prozessführung (BR-act. 12 = act. 6). Der Entscheid ging dem Beschwerdeführer am 26. November 2020 zu (act. 6 Anhang).

4. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2020 erhob der Vater gegen diesen Entscheid Beschwerde. Er stellt die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

1. **Anträge:**

- a. Das Urteil des Bezirkrates Winterthur vom 18. November 2020 (Geschäfts-Nr.: VO.2020.49/3.02.00) betreffend Neureglung elterliche Sorge und Obhut (vorsorgliche Massnahmen) sei aufzuheben und die elterliche Sorge sowie die elterliche Obhut über C._____ vorsorglich auf den Beschwerdeführer zu übertragen.
- b. *Eventualiter sei das Urteil des Bezirkrates Winterthur vom 18. November 2020 (Geschäfts-Nr.: VO.2020.49/3.02.00) betreffend Neureglung elterliche Sorge und Obhut (vorsorgliche Massnahmen) aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.*
- c. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zu Lasten der Staatskasse.

Es wurden die Akten des Bezirkrates und der KESB beigezogen. Diese gingen am 14. Dezember 2020 und am 21. Dezember 2020 hierorts ein (Akten des Bezirkrates [BR-act.] act. 7/1 - 14); Akten der KESB [KESB-act.] act. 8/1 - 550) und act. 10/551 - 569). Weiterungen sind nicht notwendig; das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR). Enthalten diese Gesetze keine Bestimmungen, gelten die Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) und subsidiär die Bestimmungen der ZPO sinngemäss als kantonales Recht (Art. 450ff. ZGB; § 40 ff. EG KESR). Der Kanton Zürich kennt zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht (§ 62 ff. EG KESR). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirkrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

Der Beschwerdeführer ist durch den bezirksrätlichen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Er erhob diese rechtzeitig innert 10 Tagen seit Erhalt des bezirksrätlichen Entscheides (act. 2 i.V.m. act. 6 Anhang, Art. 445 Abs. 3 ZGB). Die Beschwerde enthält Anträge und eine Begründung; dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. 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 (BSK ZGB II-DROESE/STECK, 6. A. 2018, Art. 450a N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und vor 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).

3. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist der Entscheid des Bezirksrates Winterthur vom 18. November 2020, mit welchem dieser die vom Beschwerdeführer beantragte vorsorgliche Umteilung der elterlichen Sorge und Obhut über C._____ abgelehnt hatte. Der Bezirksrat kam in seinem Entscheid nach Würdigung der Vorbringen der Parteien und der Verfahrensvertreterin des Kindes sowie aufgrund der Akten zum Schluss, dass das Kindeswohl von C._____ unter der Obhut der Kindsmutter nicht akut gefährdet sei, weshalb eine vorsorgliche Umteilung der elterlichen Sorge und Obhut an den Kindsvater zur Sicherung der Ausübung des Besuchsrechts, zumindest für die Dauer des Verfahrens, nicht angemessen sei. Sodann sei eine Dringlichkeit der Anordnung aufgrund der Akten nicht glaubhaft dargetan (act. 6).

4. In seiner Beschwerde weist der Beschwerdeführer auf die Entwicklung C._____s seit ihrer Geburt im mm.2016 hin und macht geltend, es sei im Gutachten des Marie Meierhofer Instituts vom 31. August 2017 eine positive Prognose für C._____ bei der Mutter insgesamt deshalb festgestellt worden, weil die Mutter durch ein Helfernetz unterstützt werde und in psychologischer Behandlung therapiert werden könne. Die KESB sei 2017 nicht zum Schluss gekommen, dass keine Gefährdung des Kindeswohls vorliege, sondern dass einer möglichen Gefährdungslage durch die Nutzung des Helfernetzes begegnet werden könne. Damals wie heute sei die Kooperation der Mutter indes nur vordergründig. Die aktuelle Problematik resultiere daraus, dass die Kindsmutter die einvernehmlich geschlossene Besuchsregelung nicht einhalten wolle und das zum Wohl von C._____ festgelegte Besuchsrecht nicht vollzogen werden könne. Die Gefährdung des Wohls entstehe im Resultat aus dem nicht möglichen Vollzug des festgelegten

Besuchsrechts. Der Beschwerdeführer moniert, dass die Mutter ihre Therapie wegen des Wegfalls des Therapeuten aufgegeben habe und dass in der Vergangenheit zum Schutz des Wohls von C._____ alsbald weitere Verfügungen hätten erlassen werden müssen. Er zitiert aus einem Entscheid der KESB vom 18. Juli 2019 (KESB-act. 355), in welchem die Bedeutung der regelmässigen Kontakte des Kindes zum Vater hervorgehoben worden sei und in welchem die einvernehmlich geregelten Kontakte behördlich angeordnet werden mussten. Die Mutter habe zu viele Besuchstage ausfallen lassen und die KESB habe regeln müssen, dass die Besuchstage nur aus ganz bestimmten Gründen ausfallen dürften und ausgefallene Besuche nachzuholen seien. Die Mutter habe sich indes nicht an die Anordnung gehalten und die KESB habe erneut aktiv werden müssen. Im Frühjahr 2020 hätten sich weitere Vollzugsfragen gestellt und es sei mit der KESB erörtert worden, dass Bussen im Falle der Nichtbefolgung von Anordnungen wahrscheinlich keine Wirkung zeigen würden und deshalb wirkungslos seien. Die zwecks Minimierung der Gefährdung von C._____ verbindlich festgelegte Besuchsregelung könne auch mit Hilfe der Beiständin nicht durchgesetzt werden. Damit bleibe als ultima ratio die Zuteilung der alleinigen Obhut und der alleinigen elterlichen Sorge an einen Elternteil. Es sei unverständlich, weshalb die Vorinstanzen davon ausgingen, dass die Anordnung von (bereits angeordneten) Massnahmen eine Verbesserung herbeiführen könne. Er, der Beschwerdeführer, habe die Durchsetzung der mit Entscheid vom 18. Juli 2019 angeordneten Regelung verlangt, welche zur Eindämmung des Elternkonflikts getroffen worden sei. Wenn die KESB in ihrem Schreiben vom 1. Oktober 2020 nun erkläre, dass die verbindliche Anordnung nicht vollzogen werden könne, wenn sich die Kindsmutter widersetze, sei dies schlicht nicht nachvollziehbar. KESB und Vorinstanz missachteten mit ihrem Vorgehen ihre eigenen zur Eindämmung der Gefährdung getroffenen Anordnungen. Es brauche deshalb nicht eine noch akutere Gefährdung. Vorinstanz und KESB setzten sich über einen schon rechtskräftig festgestellten und beurteilten Sachverhalt hinweg. Es müssten angeordnete Massnahmen vollzogen und nicht einfach durch andere ersetzt werden. Indem die Vorinstanz(en) notwendige Amtshandlungen unterliessen, nachdem sich die Kindsmutter nicht an die einvernehmlich

getroffene und angeordnete Regelung halte, verletzen diese den ihnen zustehenden Ermessensspielraum; ebenso dadurch, dass sie rechtskräftige Entscheidungen nicht vollzogen. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil die Vorinstanz einen Rechenschaftsbericht der Erziehungsbeiständin vom 3. November 2020 zur Begründung ihres Entscheides herangezogen habe, zu dem er sich vorgängig nicht habe äussern können (act. 2).

5. Der Beschwerdeführer nimmt zwar in seiner Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheides Bezug, nämlich auf die Erwägung 3.7, ohne sich indes fundiert damit auseinander zu setzen. Mit seinen Vorbringen wiederholt er im Wesentlichen seinen vor den Vorinstanzen vorgebrachten Standpunkt und fordert als Konsequenz für die Nichteinhaltung der vereinbarten und angeordneten Besuchsregelung durch die Kindsmutter die Umteilung der elterlichen Sorge und Obhut für die Dauer des Verfahrens. Soweit er dabei ausführlich die Entwicklung der seit Geburt der Tochter getroffenen Regelungen schildert und dabei die Verhaltensweise der KESB kritisiert, ist darauf von vornherein nicht einzugehen. Dasselbe gilt für die Ausführungen zum Brief der KESB vom 1. Oktober 2020 (KESB-act. 528), worin sich diese dem Beschwerdeführer gegenüber zur Durchsetzung der Kindesschutzmassnahmen äusserte. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang immerhin, dass nach der Festlegung des Besuchsrechts mit Entscheidung der KESB vom 18. Juli 2019 (KESB-act. 355) es am 16. Januar 2020 nicht zu einer weiteren Ausdehnung des Besuchsrechts des Kindsvaters kam, wie der Beschwerdeführer in der Beschwerde ausführen lässt (act. 2 S. 7), sondern zu einer vorübergehenden Sistierung, allerdings aus Gründen, die weder beim Beschwerdeführer noch bei der Kindsmutter lagen (KESB-act. 405).

6. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im angefochtenen Entscheid zutreffend dargelegt (act. 6 E. 3.2). Neben einer positiven Hauptsachenprognose setzt die Anordnung einer vorsorglichen Massnahmen insbesondere auch eine gewisse Dringlichkeit voraus. Konkret geht es vorliegend um die Frage, ob es das Kindeswohl von C._____ gebietet, die vom Beschwerdeführer beantragte Massnahme für die Dauer des ordentlichen

Verfahrens anzuordnen. Dies hielt die Vorinstanz nach Anhörung der Beteiligten und gestützt auf die Akten für weder angemessen noch dringlich. Dabei stützte sie sich u.a. auf die Berichte der Erziehungsbeiständin sowie der Besuchsbeiständin, je vom 29. Juli 2020 (KESB-act. 481 und 482), welche beide die Meinung vertraten, dass die Frage der Obhutsumteilung einer vertieften Abklärung bedürfe (fachliche Einschätzung u.a. zur Betreuungssituation beim Vater, zu den Auswirkungen der Trennung der Geschwister und von der Mutter als erste Bezugsperson). Die Erziehungsbeiständin gibt die Schilderung der Kindseltern über ihre Beziehung zu C._____ wieder, welche die Mutter als innig und liebevoll bezeichnet und den Vater als liebevoll und vertraut. Eine tragfähige Beziehung der Mutter zur Tochter werde auch vom Familienbegleiter beschrieben und es bestehe eine gute Geschwisterbeziehung. Sie verneint das Vorliegen einer akuten Kindeswohlgefährdung (KESB-act. 481 S. 1 und 3). Die Besuchsbeiständin schildert sodann in ihrem Bericht im Detail den Besuchsrechtsverlauf 2019 und 2020 und hält fest, dass im Zeitraum von 12 Monaten im Jahr 2019 von geplanten 71 Besuchen gemäss den Berechnungen der Beiständin 43 umgesetzt worden seien. Sodann verweist die Vorinstanz auf den Verlaufsbericht der Stiftung D._____ vom 13. August 2020 (KESB-act. 486), welche für jenen Zeitpunkt der Familie B._____ C._____ eine grundsätzlich stabile Situation attestiert, aufgrund der grossen Herausforderungen indes eine Weiterführung der sozialpädagogischen Familienbetreuung empfiehlt. Die Kindesverfahrensvertreterin hat sodann im vorinstanzlichen Verfahren geäussert, dass sie davon ausgehe, dass das Kindeswohl weniger stark gefährdet sei, wenn C._____ ihren Vater zu den vereinbarten Besuchszeiten aufgrund diverser Gegebenheiten nicht sehen könne, als wenn man sie vorsorglich aus ihrem gewohnten Umfeld herausnehme, von ihrer Mutter und ihrer Schwester trenne, die ihre Hauptbezugspersonen seien, und beim Kindsvater platzieren würde.

Der Beschwerdeführer stellt in seiner Beschwerde die Richtigkeit der zitierten Berichte nicht in Frage und es besteht aufgrund der Akten auch kein Anlass, daran zu zweifeln. Es kann damit im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens davon ausgegangen werden, dass eine akute Kindeswohlgefährdung nicht besteht, wenn C._____ für die Dauer des Verfahrens unter der Obhut der Mutter verbleibt. C._____ benötigt zwar für eine tragfähige Beziehung zu ihrem Vater eine kon-

stante Besuchsregelung (so die Besuchsbeiständin, KESB-act. 482 S. 6), welche heute nicht wie vereinbart und angeordnet durchgeführt werden kann. Die Mutter verweigert bis heute insbesondere noch ein Ferienbesuchsrecht (KESB-act. 482 S. 4). Besuche können aber durchaus stattfinden, wie sich aus dem Bericht ebenfalls ergibt. Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage für die Dauer des Verfahrens von einem vom Beschwerdeführer selbst als *ultima ratio* bezeichneten Obhuts- und Sorgerechtswechsel absah, ist dies nicht zu beanstanden und stellt keine Rechtsverletzung dar. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Bei diesem Ergebnis kann es nicht mehr darauf ankommen, dass sich der Beschwerdeführer zum jüngsten Bericht der Erziehungsbeiständin (BR-act. 11) nicht äussern konnte, bevor der Bezirksrat seine Entscheidung fällte, nachdem er in seiner Beschwerde an die Kammer die Möglichkeit hatte, dies nachzuholen. Die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör konnte sich nicht auswirken, weshalb es sich auch rechtfertigt von einer Rückweisung abzusehen.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer für das obergerichtliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 40 EG KESR).

Entschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr durch das Verfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind. Ebenfalls keine solchen Aufwendungen entstanden der Kindesvertreterin.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindesvertreterin, an die Beschwerdegegnerin und die Kindesvertreterin je unter Zustellung eines Doppels von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, 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. Häfeli

versandt am: