

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 28. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Y. _____

betreffend **Vorsorgliche Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, vorsorgliche Regelung des Besuchsrechts, vorsorgliche Einschränkung der elterlichen Sorge, Betreuerwechsel etc.**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer II des Bezirksrates Zürich vom 27. Mai 2021; VO.2021.60 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

1. Mit Beschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich (nachfolgend KESB) vom 23. April 2021 wurde die ehemals superprovisorisch angeordnete Kinderschutzmassnahme (Unterbringung in der Notfallgruppe der Stiftung D._____ in E._____ [Ortschaft]) für C._____, die Tochter von A._____ und B._____, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bestätigt, das Besuchsrecht der Eltern während des laufenden Verfahrens vor der KESB geregelt, über verschiedene Verfahrensanträge entschieden, ein Wechsel der Beistandsperson vorgenommen sowie deren Aufgaben angepasst (KESB-act. 734 = BR-act. 1/1).

Mit am 14. Mai 2021 zur Post gegebener Eingabe erhob A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) Beschwerde an den Bezirksrat Zürich (nachfolgend Vorinstanz). Er verlangte die Nichtigerklärung des angefochtenen Entscheides der KESB vom 23. April 2021 (sowie eines Entscheides vom 1. März 2021) und erhob "ordentliche Beschwerde" gegen diese Entscheide (BR-act. 1 S. 1). Im Einzelnen stellte er folgende Anträge (BR-act. 1 S. 39):

- "1. Die Beschlüsse Nr. 2264 vom 23. April 2021
Nr. 1205 vom 1. März 2021
sind aufgrund nicht vorhandener Gefährdung durch den Vater als nichtig zu erklären
2. Aufhebung aller sorgerechtseinschneidender Massnahmen gegenüber dem Vater
3. Sofortige Entlassung der Tochter C._____ aus dem Heim
D._____ in E._____
4. Wiederherstellung der alleinigen Obhut des Vaters
5. Begleitetes Besuchsrecht für die Mutter im Rahmen von 4 Std. pro Woche gestützt auf C._____s psychischen Zustand, wenn kein Druck ausgeübt wird

6. Wiederherstellung der wöchentlichen Psychotherapie für C. _____ bei Fr. F. _____
7. Aushändigung Pässe C. _____ und Berechtigung, weiterhin wie bisher Urlaube in der Heimat zu machen, falls noch kein Urteil des Bezirksgerichtes [gefällt]
8. Abklärung des Aufenthaltsbestimmungsrechts inklusive Obhut und allfälliger Unterhaltszahlungen durch das Bezirksgericht Zürich gemäss Kompetenzattraktion
9. Superprovisorische Zuteilung der elterlichen Sorge an den Vater, basierend auf Art. 298d ZPO, bis Bezirksgericht Zürich über Klage FK210027 urteilt
10. Sämtliche Kosten des Verfahrens und der Heimunterbringungen in Deutschland und der Schweiz zu Lasten der Kantonskasse
11. Gestützt auf BGE 7B.145/2005, Ablehnung hälftige Kosten für Gutachten Mutter, da dieses erstellt wurde, um Gewalt zu widerlegen, aufgrund dessen der Mutter die Obhut eingeschränkt wurde
12. Ausstand nach Art. 47 [lit.] f ZPO wegen Befangenheit für
Fr. G. _____
Fr. H. _____
Fr. Y. _____"

Mit Beschluss und Teilurteil vom 27. Mai 2021 (BR-act. 7 = act. 7, nachfolgend zitiert als act. 7) trat die Vorinstanz auf die Beschwerdeanträge 2-5 und 7-9 nicht ein, da sie verspätet erhoben worden seien (E. 2.2.-2.4. und Dispositiv-Ziffer I). Auf Beschwerdeantrag 6 trat die Vorinstanz nicht ein, weil dieser keinen Prozessgegenstand des angefochtenen Entscheides betreffe, auf den Beschwerdeantrag 12 nicht, da Ausstandsbegehren gegen diese Personen im weiteren Verfahren der KESB bei der KESB selbst zu stellen wären (E. 2.5. f. und Dispositiv-Ziffer II). Im Weiteren wies die Vorinstanz den Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit ab (E. 2.7. und 3. sowie Dispositiv-Ziffer III) und setzte Frist zur Beschwerdeantwort resp. zur Vernehmlassung betreffend die rechtzeitig erfolgten und zulässigen Beschwerdeanträge 10 und 11 (E. 4. und Dispositiv-Ziffer V).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 9. Juni 2021 rechtzeitig (BR-act. 9 i.V.m. act. 2 S. 1) die vorliegend zu beurteilende Beschwerde. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11, zitiert als "BR-act." sowie act. 10/1-764, zitiert als "KESB-act."). Mit Verfügung vom

16. Juni 2021 wurde der Beschwerdegegnerin sowie der Verfahrensbeteiligten Frist zu einer einstweilen beschränkten Beschwerdeantwort gesetzt (act. 11). Mit Eingabe vom 18. resp. vom 22. Juni 2021 verzichtete die Beschwerdegegnerin resp. die Verfahrensbeteiligte auf die Erstattung der beschränkten Beschwerdeantwort (act. 13 f.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Beschwerdegegnerin sowie der Verfahrensbeteiligten ist mit diesem Entscheid je ein Doppel von act. 2 zuzustellen, dem Beschwerdeführer je ein Doppel von act. 13 und act. 14.

3. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (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 Bezirkesrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

Unter dem Titel "Anträge" verweist der Beschwerdeführer auf eine bei der Kammer am 20. Mai 2021 erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde, welche den gleichen Inhalt habe wie seine Beschwerde gegen den KESB-Entscheid an die Vorinstanz (BR-act. 1), lediglich sei zur besseren Erläuterung und zum besseren Verständnis da und dort etwas hinzugefügt worden. Diese subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei, soweit sie aus prozessualen Gründen nicht anhand genommen worden sein sollte, im Rahmen der vorliegenden Beschwerde zu behandeln (act. 2 S. 4). Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 20. Mai 2021 bei der Kammer war zuständigkeitshalber an die Vorinstanz weitergeleitet worden (BR-act. 5). Wie der Beschwerdeführer selbst ausführt, deckt sich ihr Inhalt weitestge-

hend mit seiner Beschwerde an die Vorinstanz gegen den angefochtenen KESB-Entscheid. Wie soeben gesehen können indes Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens nur Entscheide des Bezirksrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vom 20. Mai 2021 kann sich nicht gegen den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 27. Mai 2021 richten. Sie kann entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers nicht im Rahmen seiner Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 27. Mai 2021 behandelt werden. Der Antrag auf Anhandnahme der subsidiären Verfassungsbeschwerde vom 20. Mai 2021 ist daher abzuweisen.

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Dies trifft auf den Beschwerdeführer zu. Die Beschwerde enthält unter dem Titel Anträge lediglich das Ansinnen, das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren auf Grundlage der Eingabe vom 20. Mai 2021 durchzuführen, was wie gesehen nicht zulässig ist. In der Begründung der Beschwerde wird indes durchaus auf den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 27. Mai 2021 Bezug genommen, indem der Beschwerdeführer vorbringt, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei seine Beschwerde nicht verspätet gewesen. Darüber hinaus äussert er sich zumindest ansatzweise auch zu den weiteren Erwägungen der Vorinstanz (act. 2 S. 2-4). Darin kann mit gutem Willen der Antrag gesehen werden, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben. Dem Eintreten auf die Beschwerde steht insoweit 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 (BSK ZGB I-DROESE/STECK, 6. A. 2018, Art. 450a 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 aufzuzei-

gen, 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).

5.1. Der Beschwerdeführer macht an erster Stelle geltend, der Bezirksrat sei auf seine Beschwerde [betreffend Beschwerdeanträge 2-5 und 7-9, Anmerkung hinzugefügt] zu Unrecht nicht eingetreten, habe doch die Frist erst am 14. Mai 2021 geendet. Die Frist sei daher mit der am 14. Mai 2021 um 13:51 Uhr erfolgten Postaufgabe gewahrt worden (act. 2 S. 2). Die Beschwerdegegnerin und die Verfahrensbeteiligte haben je auf eine Beschwerdeantwort zu dieser Frage verzichtet (act. 13 f.).

5.2. Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet. Wie sich aus den beigezogenen Bezirksrats-Akten ergibt, ist der Vorinstanz ein Fehler unterlaufen: Anders als im angefochtenen Entscheid festgehalten (act. 7 E. 2.4 unter Verweis auf BR-act. 3), erfolgte der erste Zustellversuch des KESB-Entscheides beim Beschwerdeführer nicht am 26. April 2021, sondern am 24. April 2021: Auf der bei den Akten liegenden Sendungsverfolgung wurde von Hand das Datum "24. April 2021" unterstrichen sowie das darüber festgehaltene Ereignis "Zur Abholung gemeldet (Abholungseinladung)". Allein, das Datum 24. April 2021 bezieht sich auf den darunter liegenden Eintrag ("00:44 / Sendung wurde sortiert für die Zustellung, 8010 Zürich Briefzentrum") und nicht auf die darüber liegenden Einträge. Dies ergibt sich auch bei Prüfung in Frage stehenden Sendungsnummer ... mit der Funktion "Track & Trace". Die Abholungseinladung erfolgte am 26. April 2021 (BR-act. 3; vgl. auch act. 3/2). Die 7-tägige Abholfrist lief damit bis zum 3. Mai 2021 (und nicht bis am 1. Mai 2021, wie die Vorinstanz schreibt), dem Tag, an welchem der Beschwerdeführer die Sendung in Empfang nahm. Die 10-tägige Frist zur Erhebung der Beschwerde bei der Vorinstanz betreffend die vorsorglichen Anordnungen der KESB lief damit bis zum 13. Mai 2021. Da der 13. Mai 2021 auf den Aufahrtstag fiel, verlängerte sich die Frist bis zum 14. Mai 2021 (Art. 142 Abs. 3 ZPO

i.V.m. § 122 GOG ZH). Die an diesem Tag der Post übergebene Beschwerde (vgl. act. 7 E. 2.4; BR-act. 2) erfolgte damit auch betreffend die angefochtenen vorsorglichen Anordnungen rechtzeitig.

Die Vorinstanz ist demnach zu Unrecht infolge Verspätung nicht auf die Beschwerdeanträge 2-5 und 7-9 betreffend die vorsorglichen Anordnungen des angefochtenen KESB-Entscheidendes eingetreten. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist damit Dispositiv-Ziffer I des angefochtenen Entscheidendes der Vorinstanz aufzuheben und die Sache diesbezüglich zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Die weiteren vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen gehen dagegen fehl:

Der Beschwerdeführer ist der Meinung, die Vorinstanz hätte auf seinen unstrittig erstmals bei ihr gestellten (Beschwerde-)Antrag 6 eintreten müssen, da neue Anträge im gerichtlichen Beschwerdeverfahren gemäss § 67 EG KESR i.V.m. Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig seien (act. 2 S. 2, II.2.). Gemäss Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO sind neue Anträge indes nur zulässig, wenn die geänderten Anträge auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen. Dass dies der Fall wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend, und dies ist auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz ist daher zu Recht nicht auf diesen neuen Antrag eingetreten.

Entgegen dem Beschwerdeführer (act. 2 S. 2 f., II.3.) ebenfalls nicht zu bestanden ist, dass die Vorinstanz auf sein Ausstandsgesuch gegen Mitarbeitende der KESB sowie gegen die Beiständin nicht eingetreten ist. Wie bereits im angefochtenen Entscheid festgehalten, hätte er ein diesbezügliches Ausstandsbegehren gegenüber der KESB zu stellen. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 49 ZPO, auf welchen der Beschwerdeführer verweist.

Schliesslich irrt der Beschwerdeführer, wenn er vorträgt, die Vorinstanz sei auf seinen Antrag, die Nichtigkeit des angefochtenen KESB-Entscheidendes festzustellen, aufgrund vermeintlicher Verspätung der Beschwerde nicht eingetreten (act. 2 S. 3 f., II.5.). Die Vorinstanz ist auf diesen nicht fristgebundenen Antrag

richtigerweise eingetreten, hat ihn indes nach kurzer Prüfung als unbegründet beurteilt und folglich abgewiesen (act. 7 E. 3 S. 10 f.; Dispositiv-Ziffer III). Der Beschwerdeführer setzt sich in der vorliegend zu beurteilenden Beschwerde mit den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Es hat damit sein Bewenden.

7. Zusammenfassend ist damit in teilweiser Gutheissung der Beschwerde Dispositiv-Ziffer I des angefochtenen Entscheides der Vorinstanz aufzuheben und die Sache diesbezüglich zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im darüber hinausgehenden Umfang ist die Beschwerde abzuweisen.

8. Der Beschwerdeführer obsiegt mit seiner Beschwerde teilweise (Aufhebung von Dispositiv-Ziffer I der angefochtenen Entscheids, demgegenüber Bestand der Dispositiv-Ziffern II und III), wobei sich Obsiegen und Unterliegen in etwa die Waage halten. Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind daher dem Beschwerdeführer zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), während die andere Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen ist, da sich die Beschwerdegegnerin sowie die Verfahrensbeteiligte nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifizieren (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 5 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und im Umfang von Fr. 400.– dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sowie im Umfang von Fr. 400.– auf die Staatskasse zu nehmen.

Nachdem die Beschwerdeantwort auf Dispositiv-Ziffer I des angefochtenen Entscheides beschränkt war, hatte sich die Beschwerdegegnerin zu den Punkten, in denen der Beschwerdeführer unterliegt, nicht zu äussern, so dass der Beschwerdeführer mangels zu ersetzender Aufwendungen der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung auszurichten hat, wobei eine Parteientschädigung mit der Eingabe vom 18. Juni 2021 (act. 13) auch gar nicht verlangt wurde. Da sich die Beschwerdegegnerin ihrerseits in der Frage der Rechtzeitigkeit der vorinstanzlichen Beschwerde gegen die vorsorglichen Anordnungen der KESB nicht mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert, schuldet sie dem Beschwerdeführer ebenfalls keine Parteientschädigung. Parteientschädigungen sind somit keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer I des Beschlusses und Teilurteils der Kammer II des Bezirksrats Zürich vom 27. Mai 2021 aufgehoben und die Sache insoweit zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf Anhandnahme der subsidiären Verfassungsbeschwerde vom 20. Mai 2021 wird abgewiesen.
3. Im darüber hinausgehenden Umfang wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt. Sie wird im Umfang vom Fr. 400.– dem Beschwerdeführer auferlegt und im Umfang von Fr. 400.– auf die Staatskasse genommen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin und die Verfahrensbeteiligte unter Beilage eines Doppels von act. 2, an den Beschwerdeführer unter Beilage je eines Doppels von act. 13 und 14, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je gegen Empfangsschein.
7. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: