

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 21. Januar 2022

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung des Besuchsrechts, Weisungen und Abweisung von Anträgen / Rückweisung**

Beschwerde gegen ein Urteil der Kammer II des Bezirksrates Zürich vom 4. Juni 2020 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2010; VO.2019.117 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. September 2020; Proz. PQ200038

Urteil Bundesgericht vom 25. August 2021; Proz. 5A_887/2020

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2010. Sie waren nie verheiratet und lebten, soweit aus den Akten ersichtlich, auch nie zusammen. C._____ wohnt seit der Geburt bei der Mutter. Als die Mutter im Jahr 2015 mit C._____ aus Deutschland in die Schweiz nach Zürich zog, war am Amtsgericht Essen ein durch einen Antrag des bereits damals in London wohnhaften Vaters veranlasstes Verfahren betreffend Umgang hängig (vgl. KESB act. 9/1-37). Das mit dem internationalen Kinderschutz befasste Bundesamt für Justiz ersuchte daraufhin die KESB der Stadt Zürich (fortan KESB), den Antrag des Vaters auf Festsetzung eines Besuchsrechts zu behandeln (vgl. KESB act. 1).

2. Mit Beschluss vom 26. Januar 2016 setzte die KESB für den Vater ein begleitetes Besuchsrecht an einem Wochenende im Monat im Umfang von je drei Stunden am Samstag und am Sonntag fest und errichtete für C._____ eine Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB (KESB act. 42). Gestützt auf die Empfehlung eines von der KESB in Auftrag gegebenen kinderpsychiatrischen Gutachtens vom 28. Oktober 2016 (KESB act. 90) reduzierte die KESB die Besuche mit Beschluss vom 13. Juni 2017 auf einen Besuch von 1 ½ Stunden alle vier Monate in einem psychotherapeutischen Setting in Anwesenheit einer geeigneten Drittperson. Gleichzeitig wurde der Auftrag der Beistandsperson angepasst und die Mutter angewiesen, für den Umgang mit ihren Ängsten eine psychologische Beratung durch Fachpersonen wahrzunehmen (KESB act. 136). Mit Beschluss vom 11. Oktober 2018 bezeichnete die KESB Dr. D._____ als geeignete Begleitperson für die Besuche und hob die der Mutter erteilte Weisung als erfüllt auf (KESB act. 212). Mit Beschluss vom 4. Oktober 2019 ordnete die KESB an, die dem Vater eingeräumten Besuche im Rahmen eines psychotherapeutischen Settings seien neu durch die Fachstelle G._____.ch statt durch Herrn Dr. D._____ durchzuführen, und erteilte der Mutter die Weisung, mit der G._____.ch zusam-

menzuarbeiten, unter der Androhung der Bestrafung im Unterlassungsfall. Weiter wurde der Mutter die Weisung erteilt, alles vorzukehren, um C._____ positiv auf die Besuche beim Vater einzustimmen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (KESB act. 254).

3. Gegen den Beschluss der KESB vom 4. Oktober 2019 erhob die Mutter mit Eingabe vom 6. November 2019 Beschwerde an den Bezirksrat, wobei sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde verlangte (BR act. 1). Nach Einholung von Stellungnahmen der Mutter und der KESB stellte der Bezirksrat die aufschiebende Wirkung mit Beschluss vom 5. Dezember 2019 wieder her (BR act. 8), worauf die Beschwerdeantwort und weitere Stellungnahmen der Parteien folgten. Mit Beschluss und Urteil vom 4. Juni 2020 wies der Bezirksrat sowohl den von der Mutter gestellten Antrag auf Anhörung von C._____ als auch die Beschwerde insgesamt ab (act. 4).

4. Mit Eingabe vom 8. Juli 2020 erhob die Mutter gegen die Abweisung ihrer Beschwerde durch den Bezirksrat rechtzeitig Beschwerde an die Kammer (act. 2/2). Mit Urteil vom 21. September 2020 wies die Kammer die Beschwerde der Mutter ab (act. 3). Gegen das Urteil der Kammer vom 21. September 2020 gelangte die Mutter an das Bundesgericht, welches ihre Beschwerde mit Urteil vom 25. August 2021 teilweise guthiess und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies, während die Beschwerde im Übrigen abgewiesen wurde (act. 4).

5. Die Rückweisung durch das Bundesgericht betraf die Bezeichnung von natürlichen Personen anstelle von G._____.ch als Beiständinnen oder Beistände für die Begleitung der Kontakte zwischen C._____ und seinem Vater. Die Kammer holte mit Schreiben vom 27. September 2021 (act. 6) von den bei der Fachstelle G._____.ch für diesen Auftrag vorgesehenen Mitarbeitern Unterlagen über ihre Ausbildung und berufliche Erfahrung ein (vgl. act. 7 und act. 8/1-2) und forderte die Parteien mit Verfügung vom 8. Oktober 2021 zur Stellungnahme auf (act. 9).

Während sich der Vater mit Schreiben vom 21. Oktober 2021 mit den vorgeschlagenen Personen einverstanden erklärte (act. 12), beantragte die Mutter mit Eingabe vom 1. November 2021 (act. 14 S. 2):

1. Die Sache sei zu neuem Entscheid an die KESB Stadt Zürich zurückzuweisen, damit diese eine oder mehrere natürliche Personen als Besuchsbegleiter oder als Besuchsbegleiterin bestimmt.
2. Eventualiter seien E._____ und F._____ nicht als Besuchsbeistände und/oder Besuchsbegleiter einzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MWSt.-Zuschlag, zu Gunsten der Beschwerdeführerin.

Auf schriftliche Aufforderung vom 7. Dezember 2021 (act. 18) äusserte sich E._____ von G._____.ch am 16. Dezember 2021 telefonisch zu den Einwänden der Mutter (act. 19). Die entsprechende Aktennotiz wurde den Parteien zugestellt (act. 20/1-2 und act. 21/1-2), die sich dazu nicht vernehmen liessen.

II.

1. Während die Sache in Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bundesgerichts vom 25. August 2021 "im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidungen an die Vorinstanz zurückgewiesen" wird (act. 4 S. 17 Ziff. 1), heisst es auf der vorangehenden Seite am Ende der Erwägungen (act. 4 S. 16 E. 6): "Das angefochtene Urteil ist daher aufzugeben (sic!) und die Sache zu neuem Entscheid an die KESB zurückzuweisen, damit diese eine oder mehrere natürliche Personen als Besuchsbegleiter oder Besuchsbegleiterinnen bestimmt".
2. Es besteht demnach eine Differenz zwischen Dispositiv und Begründung mit Bezug auf das Ziel der Rückweisung. Grundsätzlich ist das Dispositiv verbindlich. Bei einem Widerspruch zwischen Dispositiv und Begründung besteht die Möglichkeit einer Berichtigung (des Dispositivs) oder Erläuterung (der Begründung).
3. Bei der bundesgerichtlichen Beschwerde bildet die Rückweisung an die Vorinstanz im Zivil- und Strafrecht die Regel. An die erste Instanz wird vor allem im öffentlichen Recht zurückgewiesen, wenn Aktenergänzungen erforderlich sind, die ohne gerichtliche Beweiserhebung getroffen werden können, oder wo die erste

Instanz über einen weiten Ermessensspielraum verfügt (BSK BGG-Dormann, Art. 107 N 16 f.).

Auch wenn das Bundesgericht den Fall an die Kammer als Vorinstanz zurückweisen wollte, ist eine weitere Rückweisung durch die Kammer an die KESB nach den Grundsätzen von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO möglich, d.h. insbesondere wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.

4. Die Mutter macht in ihrer Stellungnahme vom 1. November 2021 geltend, die Sache sei gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts zu neuem Entscheid an die KESB zurückzuweisen. Die Kammer sei somit nicht zuständig und die Sache sei an die KESB zurückzuweisen. Eine solche Vorgehensweise dränge sich umso mehr auf, als der rechtserhebliche Sachverhalt bislang unvollständig festgestellt worden sei und diverse Verfahrensmängel vorlägen (act. 14 S. 3 N 4 f.).

Für die Besuche sei ein psychotherapeutisches Setting angeordnet und die Begleitperson benötige eine kinderpsychotherapeutische Ausbildung (act. 14 S. 5 N 12 ff.). Die als Besuchsbegleiter vorgeschlagenen E._____ und F._____ erfüllten die gesetzlich normierten Anforderungen und Voraussetzungen für Psychotherapeuten und damit für die beschlussgemässe Qualifikation des einzusetzenden Besuchsbegleiters nicht einmal ansatzweise (act. 14 S. 7 N 22).

5. Das kinderpsychiatrische Gutachten vom 28. Oktober 2016 empfahl, zur Entlastung der Besuchssituation und von C._____s psychischer Befindlichkeit sollte der Austausch mit dem Vater vorläufig zwei bis dreimal im Jahr jeweils anderthalb Stunden und im Rahmen eines psychotherapeutisch begleiteten Kontaktsettings, vergleichbar mit den Begegnungen in der Gutachtenssituation, stattfinden (KESB act. 90 S. 32 Antwort 7.a).

Am Ende dieser Periode solle sich der Beistand bei C._____, seinen Eltern und den Fachpersonen einen Überblick verschaffen, ob C._____ sich stabilisieren konnte und die Besuche einstweilen so fortgesetzt oder gar vorsichtig erweitert werden könnten oder ob C._____s Befindlichkeit trotz dieser Anpassung so belas-

tet bleibe, dass weitere Kindesschutzmassnahmen in Erwägung gezogen werden müssten (KESB act. 90 S. 33 Antwort 7.c).

In den Erwägungen des Beschlusses vom 13. Juni 2017 verwies die KESB auf diese Empfehlungen der Gutachterinnen (KESB act. 136 S. 9 lit. c) und ordnete an, die Besuche zwischen Vater und Sohn seien im Rahmen eines psychotherapeutischen Settings in Anwesenheit einer geeigneten Drittperson im Sinne der Erwägungen durchzuführen, und erteilte der Beiständin u.a. neu die Aufgabe, ein psychotherapeutisches Setting für die Besuche des Vaters im Sinne der Erwägungen zu organisieren und eine geeignete Begleitperson zu bestimmen (KESB act. 136 S. 13 f. Disp.-Ziff. 1 und 3.c).

Im Beschluss vom 11. Oktober 2018 stellte die KESB fest, es sei der Beiständin bisher nicht gelungen, eine von beiden Eltern akzeptierte Begleitperson für die Besuche zu organisieren, und präzisierte das mit Beschluss vom 13. Juni 2017 angeordnete Besuchsrecht des Vaters dahingehend, dass die Besuche im Rahmen eines psychotherapeutischen Settings in Anwesenheit von Dr. D._____, dem Therapeuten von C._____, als geeigneter Begleitperson durchzuführen seien (KESB act. 212 S. 5 und S. 7).

Da die Mutter ihrem Sohn nicht helfen könne oder nicht wolle und Dr. D._____ nicht in einem angemessenen Ausmass mit C._____ an der Thematik arbeite und das Besuchsrecht in seiner Praxis nicht umgesetzt werden könne, beantragte die Beiständin im Verlaufsbericht vom 27. März 2017, anstelle von Dr. D._____ solle die Fachstelle G._____.ch in H._____ [Ortschaft] mit der Begleitung von C._____ beauftragt werden. Dort würden in einem solch komplexen Fall ein Psychologe und ein Sozialpädagoge im Vier-Augen-Prinzip zusammenarbeiten (KESB act. 222 S. 3).

Im Beschluss der KESB vom 4. Oktober 2019 wurde darauf verwiesen, dass der Vater nach der aktuell gültigen Besuchsregelung berechtigt sei, C._____ alle vier Monate für 1 ½ Stunden im Rahmen eines psychotherapeutischen Settings zu sehen. Da es offensichtlich an einem ernsthaften Bemühen von Seiten von Dr. D._____ fehle, auf das Zustandekommen eines Besuches hinzuarbeiten, und da

sich im Übrigen selbst Dr. D._____ als nicht mehr geeignet für die Aufgabe als Besuchsbegleiter erachte, hielt die KESB einen Wechsel der G._____ für dringend angezeigt und ordnete im Sinne einer Abänderung des Beschlusses vom 11. Oktober 2018 an, dass die dem Vater eingeräumten Besuche im Rahmen eines psychotherapeutischen Settings anstatt durch Dr. D._____ neu durch die G._____.ch durchzuführen seien (KESB act. 252 S. 6 f. E. 2.2 und S. 15 Disp.-Ziff. 1).

6. Diese Darstellung der rechtlichen Ausgangslage zeigt, dass die Behauptung der Mutter zutrifft, dass die G._____ ein (kinder-)psychotherapeutisches Setting gewährleisten soll. Wie die ursprüngliche Empfehlung der Fachstelle G._____.ch durch die Beiständin belegt, ging man davon aus, dass dort "ein Psychologe und ein Sozialpädagoge im Vier-Augen Prinzip" (KESB act. 222 S. 3) zusammenarbeiten, was grundsätzlich die gestützt auf das Gutachten von der KESB aufgestellten Anforderungen erfüllen würde.

Die Abklärungen der KESB im Hinblick auf ihren Beschluss bestätigten, dass die zuständigen Fachpersonen von G._____.ch zu zweit arbeiten würden, aber von einem interdisziplinären Hintergrund aus Psychologie und Sozialpädagogik war nicht die Rede (KESB act. 250).

Die eingereichten Unterlagen zeigen, dass beide vorgeschlagenen Personen einen sozialpädagogischen Hintergrund haben. Die G._____.ch wird von der I._____ GmbH betrieben (vgl. act. 7). Wie aus dieser Bezeichnung hervorgeht, steht die Sozialpädagogik im Vordergrund. Die meisten der auf der Webseite (www.G._____.ch unter Kontakt) verzeichneten Personen haben einen Hintergrund als Sozialpädagogen und es ist unklar, ob auch Personen dort beschäftigt sind, welche eine Fachausbildung als Psychologen haben. E._____, der als Inhaber auftritt und sich auch mit diesem Fall befasste, bestätigte diesen Eindruck ausdrücklich (act. 19).

Die vorgeschlagenen Personen mögen aufgrund ihrer Ausbildung und beruflichen Erfahrung beide bestens qualifiziert sein für die Aufgabe als Besuchsbegleiter (vgl. act. 7). Das Problem ist, dass keine von ihnen über das in diesem Fall zu-

sätzlich erforderliche kinderpsychologische Fachwissen verfügt, das die Beistandin bei der Empfehlung dieser Institution voraussetzte (KESB act. 212). Sie können daher nicht anstelle von G.____.ch für die Begleitung von Besuchen in einem kinderpsychotherapeutischen Setting eingesetzt werden, da keine von ihnen über die dafür notwendige fachliche Befähigung verfügt.

Die Tatsache, dass die mangelhafte fachliche Eignung ursprünglich unerkannt blieb, zeigt nebenbei bemerkt, weshalb die persönliche Bezeichnung der Beistandspersonen wichtig ist.

7. Demnach ist es nicht möglich, den angefochtenen Beschluss der KESB im Sinne der Erwägungen im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid zu korrigieren, indem die zwei von G.____.ch für diese Ausgabe vorgesehenen Mitarbeiter als Besuchsbegleiter bezeichnet werden, und wie eine Rückfrage ergab, kann dieser Mangel auch nicht bloss mit der Auswechslung eines Mitglieds des vorgesehenen Teams behoben werden. Die Suche nach einer oder mehreren geeigneten Begleitpersonen, welche die vorgegebenen Anforderungen erfüllen, ist daher neu zu eröffnen.

8. Das geht über eine kleine Ergänzung hinaus, welche die Rechtsmittelinstanz in der Regel selber vornimmt. Abgesehen davon ist die KESB mit ihrer interdisziplinären Zusammensetzung und ihrer grösseren Nähe zur Sache auch besser für diese Aufgabe geeignet. Da somit auf jeden Fall eine Rückweisung zu erfolgen hat, erübrigt sich eine abschliessende Prüfung der Frage, ob das Bundesgericht die Sache ohnehin an die KESB zurückweisen wollte (vgl. oben E. II.2 f.).

9. In formeller Hinsicht erfolgt in diesem Entscheid eine Rückweisung an die Vorinstanz, d.h. an den Bezirksrat, welcher das Verfahren jedoch weiter an die KESB zurückzuweisen hat. Das ergibt sich aus den vorangehenden Erwägungen, auf die im Dispositiv zu verweisen ist.

Im Übrigen ist die KESB an die Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheides und damit auch an ihren früheren Entscheid gebunden, der nur noch in einem Punkt zu ergänzen ist, wogegen erneut der Rechtsmittelweg offensteht. Insbe-

sondere die Auswechslung von Dr. D._____ als Besuchsbegleiter, die der Mutter erteilte strafbewehrte Weisung zur Zusammenarbeit oder eine grundsätzliche Neuregelung der Kontakte kann damit nicht mehr zum Gegenstand dieses Verfahrens gemacht werden.

III.

1. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 25. August 2021 das Urteil der Kammer vom 21. September 2021 umfassend – und damit auch die darin getroffene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen – aufgehoben (act. 4 S. 17, Dispositiv-Ziffer 1), weshalb vorliegend erneut darüber zu befinden ist. Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanzen erfolgt wegen eines Mangels, der von keiner Partei gerügt wurde und der ausserdem nur einen verhältnismässig untergeordneten Punkt betrifft, während die übrigen Teile (insbesondere die Auswechslung von Dr. D._____ als Besuchsbegleiter) bestätigt wurden. Es ist daher nicht angebracht, die Verteilung der Prozesskosten vom Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen, sondern die Verfahrenskosten sind den Parteien je hälftig zu auferlegen.

2. Da der Vater im obergerichtlichen Verfahren keine Beschwerdeantwort einreichen musste, können die Prozessentschädigungen nicht wettgeschlagen werden, wie es bei einer hälftigen Kostenaufgabe sonst üblich ist.

Für ihre ursprüngliche Beschwerde, in der sie den Mangel nicht rügte, der schliesslich zur Rückweisung führte (vgl. act. 2/2), und mit der sie im Übrigen vollumfänglich unterlegen ist, hat die Mutter keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Hingegen ist ihr für ihre Stellungnahme in diesem Verfahren, mit der sie erfolgreich die Rückweisung an die KESB beantragte, eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Bezirksrats vom 4. Juni 2020 und der Zirkulationsbeschluss der KESB vom 4. Oktober

2019 werden aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung zurückgewiesen.

Es wird festgestellt, dass im Übrigen die Beschwerde mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 25. August 2021 abgewiesen wurde.

2. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 750.– (MWST eingeschlossen) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde 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 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: