

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ230016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 6. April 2023

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin

sowie

C._____,
Verfahrensbeteiligte

vertreten durch lic. iur. X._____

betreffend **Abweisung Anträge auf Zuteilung alleinige elterliche Sorge sowie auf Einholung psychiatrisches Gutachten und weiterer Berichte (vorsorgliche Massnahmen / unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil der Kammer II des Be-

zirksrates Zürich vom 9. März 2023; VO.2022.74 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

I.

1. C._____, geboren tt. mm. 2007, ist die gemeinsame Tochter der unverheirateten und getrennt lebenden Eltern, B.____ (Beschwerdegegnerin/Mutter) und A.____ (Beschwerdeführer/Vater). Seit Jahren streiten sich die Eltern über Kinderbelange, namentlich darüber, wem die elterliche Sorge für C._____ zugeteilt werden soll (vgl. u.a. KESB act. 112 und 139). Im Frühling 2016 gelang eine Einigung der Eltern unter anderem über das gemeinsame Sorgerecht, wovon die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Stadt Zürich (KESB) mit Beschluss vom 25. Februar 2016 Vormerk nahm. Gleichzeitig teilte die KESB die Obhut über C._____ der Mutter zu, regelte das Betreuungsrecht des Vaters und richtete eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB ein (KESB act. 221). Im Sommer 2021 gingen bei der KESB Meldungen der Parteien und der Schule ein, wonach das Wohl von C._____ akut gefährdet sei (KESB act. 291, 297 und 310). Die Parteien verlangten in der Folge jeder für sich die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge; der Vater wünschte zudem die Obhutzuteilung an ihn und stellte verschiedene Anträge (KESB act. 291 und 332).

2. Nach diversen Abklärungen und Anhörung der Parteien sowie von C._____ teilte die KESB mit Beschluss vom 8. Juni 2022 die Obhut dem Vater zu (KESB act. 447 = BR act. 2, je Dispositiv-Ziff. 1), belies aber die gemeinsame elterliche Sorge (Dispositiv-Ziff. 2). Im Weiterm wies die KESB unter anderem die Anträge des Vaters, ein psychologisches Gutachten über die Mutter zu erstellen und eine Stellungnahme bei der psychologischen Therapeutin von C._____, D._____, einzuholen (Dispositiv-Ziff. 6 und 8), ab.

3. Dagegen wehrte sich der Vater beim Bezirksrat Zürich (Vorinstanz) und beantragte in seiner Beschwerde sinngemäss, es seien in Abänderung der Dispositiv-Ziff. 2, 6 und 8 des Beschlusses der KESB die alleinige elterliche Sorge ihm

zuzuteilen, eine Stellungnahme bei D._____ sowie ein psychologisches Gutachten über die Mutter einzuholen (BR act. 1). Während laufendem Beschwerdeverfahren reichte er zudem per E-Mail eine "Dringende Gefährdungsmeldung" ein (BR act. 36). Den darin enthaltenen Antrag auf sofortige Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf ihn nahm der Bezirksrat als sinngemässes Begehren um vorsorgliche Massnahmen entgegen. Mit Entscheid vom 9. März 2023 hiess die Vorinstanz die Beschwerde teilweise gut, hob die Dispositiv-Ziff. 2 und 8 des angefochtenen Beschlusses auf und wies die Sache bezüglich der Zuteilung der elterliche Sorge und der Einholung einer Stellungnahme der Psychologin von C._____ an die KESB zurück (BR act. 38 = act. 7 [Aktenexemplar], je Dispositiv-Ziff. II). Im Weiteren wies der Bezirksrat den Antrag, ein psychologisches Gutachten über die Mutter einzuholen, sowie das Massnahmenbegehren ab (Dispositiv-Ziff. III und IV).

4. Mit Eingabe vom 20. März 2023 erhob der Vater bei der Kammer Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 1):

- "1. *Die Abweisung meiner Massnahmegesuch im Beschluss und Urteil der Kammer II vom 9. März 2023 des Bezirkrates (Punkt IV) soll abgewiesen werden, und mein Antrag auf alleiniges Sorgerecht als Sofortmassnahme, bis ein Entscheid der KESB gefallen ist, soll gutgeheissen werden.*
2. *Die Kosten sollen vollumfänglich von der KESB übernommen werden.*
3. *Im Weiteren stelle ich den Antrag, sollten die Kosten nicht von der KESB übernommen werden, auf unentgeltliche Rechtspflege*
4. *Da mir zu den anderen Ziffern im Beschluss vom 9. März ein 30 Tägigen frist anstatt für diese Ziffer (IV), eine 10 Tägigen frist, angesetzt ist, stelle ich den Antrag meine Unterlagen für den unentgeltliche Rechtspflegegesuch (steuererklärung, lohnzettel usw) und weitere Belege und beweismittel erst mit der zweite Beschwerde (mit 30 Tägigen frist) einzureichen."*

Die Akten des Bezirkrates (act. 8/1-42, zitiert als BR act.) sowie der KESB (act. 9/1-462, zitiert als KESB act.) wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf Weiterungen kann verzichtet werden, weil sich die Sache sogleich als spruchreif erweist.

1.

1.1. Angefochten ist ein Entscheid des Bezirksrates über vorsorgliche Massnahmen zum Schutz des Kindes. Gegen solche Entscheide ist die Beschwerde gemäss Art. 450 ZGB zulässig. Das Beschwerdeverfahren richtet sich in erster Linie nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR). Subsidiär gelten die Regelungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) und der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; Art. 450f ZGB und § 40 EG KESR). Die Beschwerde gegen Entscheide des Bezirksrats betreffend vorsorgliche Massnahmen ist innert 10 Tagen begründet und mit Anträgen versehen einzureichen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 und Art. 450 Abs. 3 ZGB).

1.2. Der Beschwerdeführer hat die Beschwerde fristgerecht erhoben (BR act. 39). Die Beschwerdeschrift enthält Anträge sowie eine Begründung. Der Beschwerdeführer ist als am vorinstanzlichen Verfahren beteiligte Partei und Vater von C._____ ohne weiteres zur Beschwerde an die Kammer legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB). Die Eintretensvoraussetzungen sind folglich erfüllt.

2.

2.1. Mit der Beschwerde können (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). Sowohl für das Verfahren vor der KESB wie auch vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen gilt die umfassende Untersuchungsmaxime. Das Gericht ist nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden (Offizialmaxime; Art. 446 ZGB; BGer 5A_770/2018 vom 6. März 2019 E. 3.2). Von der beschwerdeführenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und aufzeigen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt hat. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 und BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Ansonsten kann

die Beschwerdeinstanz den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend überprüfen. Die Beschwerdeinstanz darf sich dabei primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE, Art. 450a N 5). Das Novenrecht gilt im Rahmen kindesschutzrechtlicher Verfahren bis zum Beginn der Beratungsphase (BGE 142 III 413 E. 2.2.6.).

2.2. Gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB sind auf Antrag einer am Verfahren beteiligten Person oder von Amtes wegen alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen. Die angeordneten Massnahmen müssen verhältnismässig, d.h. erforderlich und geeignet sein, um dem Kind den notwendigen Schutz zu bieten. Sie müssen ferner dringlich sein. Dies bedeutet, dass zum Schutz des Kindeswohls mit der Anordnung nicht bis zum Endentscheid abgewartet werden kann, ansonsten dem Kind ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohen würde. Diese Voraussetzungen müssen glaubhaft sein. Angesichts der zeitlich beschränkten Dauer vorsorglicher Massnahmen hat keine eingehende Abklärung der Sach- und Rechtslage zu erfolgen (BSK ZGB I-MARANTA, Art. 445 N 11). Der Endentscheid darf mit dem Massnahmenentscheid nicht schon vorweggenommen werden.

2.3. Zu prüfen ist die vorsorgliche Umteilung der elterlichen Sorge für C._____ an den Beschwerdeführer. Die rechtlichen Erwägungen des Bezirksrats zur Abänderung von Entscheiden und zur elterlichen Sorge sind zutreffend und es ist, um Wiederholungen zu vermeiden, darauf vollumfänglich zu verweisen (act. 7 S. 13 f.). Zu betonen bleibt, dass die gemeinsame elterliche Sorge den Grundsatz bildet, wovon nur in eng begrenzten Ausnahmen abzuweichen ist, wenn eine andere Lösung die Interessen des Kindes besser wahrt. Die Alleinzuteilung muss sich eignen, die festgestellte Beeinträchtigung des Kindeswohls zu lindern. Die Neuregelung setzt neue Tatsachen voraus, welche eine Umteilung gebieten, weil die aktuelle Regelung dem Kind mehr schadet als der mit der Änderung verbundene Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen (BGE 142 III 197 E. 3.7, BGer 5A_64/2022 vom 15. Dezember 2022 E. 3.1.2 mit Hinweisen).

3. Der Bezirksrat begründete die Abweisung des Massnahmenbegehrens damit, aus der Darstellung des Beschwerdeführers lasse sich keine akute Kindeswohlgefährdung ersehen. Er habe zur Begründung einzig ausgeführt, C._____ sei mit der Beschwerdegegnerin ohne sein Wissen bei einer Ärztin gewesen, welche sich darauf telefonisch nach seiner Krankheitsgeschichte erkundigt habe. Da er diese keiner fremden Ärztin mitteile, habe ihn C._____ 15-mal auf Veranlassung der Beschwerdegegnerin angerufen, um selber diese zu erfahren. Damit werde C._____ einmal mehr unnötig in einen Konflikt mithineingezogen. Die Beschwerdegegnerin leide am Münchhausen Stellvertreter-Syndrom und habe permanent Angst, dass C._____ krank sei. Dadurch werde das Kind gefährdet. Um zu verhindern, dass C._____ ohne sein Wissen zu einem Arzt gehe oder "zu anderen Sachen mitgenommen werde", sei ihm dringlich die alleinige Sorge zuzuteilen (act. 7 S. 22). Der Bezirksrat erwog, diese Vorbringen rechtfertigten keine vorsorgliche Umteilung der alleinigen elterlichen Sorge an den Beschwerdeführer. Ein Arztbesuch sei grundsätzlich nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte, die Beschwerdegegnerin leide an besagtem Syndrom, seien ebenfalls nicht vorhanden und C._____ habe sich nie beschwert, die Mutter zwingt sie zu Arztbesuchen (act. 7 S. 23).

4.

4.1. Was der Beschwerdeführer dagegen vorträgt (act. 2), vermag nicht zu überzeugen. Seine Vorbringen erweisen sich über weite Teile als pauschal und unbelegt und lassen eine Auseinandersetzung mit der Begründung des Bezirksrats vermissen. Eine wesentliche Veränderung der massgeblichen Verhältnisse oder eine Dringlichkeit zur Umteilung der elterlichen Sorge wird nicht dargetan. Soweit sich die Vorbringen des Beschwerdeführers auf Vorgänge beziehen, welche sich vor Monaten oder im Jahr 2021 zugetragen haben, fehlt es zum Vornherein an der nötigen Aktualität, um die Dringlichkeit einer vorsorglichen Umteilung der elterlichen Sorge zu begründen. Die C._____ belastenden Umstände scheinen unverändert zu bestehen. Die Parteien streiten seit Jahren unter anderem über die elterliche Sorge. C._____ leidet seit langem unter dem zermürbenden und unerbittlichen Zwist der Eltern, welcher das Wohl und die gesunde Entwicklung des

Kindes beeinträchtigt (u.a. act. 415 S. 3). Die Gefährdung erfuhr ihren Höhepunkt, als C._____ im Dezember 2021 wegen Schnitten am Arm und versuchtem Suizid vorübergehend per fürsorglicher Unterbringung in die Psychiatrische Universitätsklinik Zürich (PUK) eingewiesen werden musste (KESB act. 366/1). Seither ist eine gewisse Entspannung zu erkennen. C._____ hielt sich nach dem Austritt aus der PUK im Januar 2022 zunächst unter der Woche im Krisenzentrum E._____ (BR act. 22/4/1), danach mit Unterstützung einer sozialpädagogischen Einzelbegleitung mehrheitlich beim Vater auf und nahm am städtischen Programm F._____ teil (KESB act. 415, 430 und 433; BR act. 26). Im August 2022 reiste sie auf langjährigen Wunsch des Beschwerdeführers nach G._____, um dort in einem Internat das 10. Schuljahr zu absolvieren (vgl. act. 2 S. 2). Obwohl die Beschwerdegegnerin aufgrund des beeinträchtigten Gesundheitszustands von C._____ gegenüber dem Auslandsaufenthaltsjahr nachvollziehbar Bedenken hegte, liess sie die Tochter ziehen und begleitete sie im August 2022 nach G._____ (BR act. 13 und 34). Die Beschwerdegegnerin delegierte die Entscheidungsbefugnis betreffend die Organisation dieses Aufenthalts weitgehend dem Beschwerdeführer (vgl. auch act. 2 S. 2 und 7, act. 3/1). Zwar musste C._____ zwischenzeitlich das Internat wegen ihres Verhaltens, das mit den Schulregeln unvereinbar war, wechseln (vgl. act. 2 S. 3; BR act. 2 S. 9). Dem Beschwerdeführer gelang es nach eigenen Angaben aber, in G._____ eine Anschlusslösung für C._____ zu finden (BR act. 31). Er ist sichtlich bemüht, das Schuljahr in G._____ zu organisieren, und diese Anstrengungen werden von der Beschwerdegegnerin bisher nicht durchkreuzt (BR act. 21 S. 2). Die Vorbringen, er benötige die alleinige elterliche Sorge, um dringend anstehende Entscheide betreffend Schule, Ausbildung etc. treffen zu können, verfangen angesichts dieser Sachlage nicht. Zudem ist zu bezweifeln, dass sich die Umteilung der elterlichen Sorge positiv auf die Beziehung der Parteien auswirken würde. Da die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz die beantragte Umteilung ablehnte, könnten die elterlichen Konflikte durch das alleinige Sorgerecht des Beschwerdeführers im Gegenteil weiter angefacht werden, was sich nachteilig auf das Wohl der Tochter auswirkte. Das Befinden von C._____ scheint sich in G._____ eher gebessert als verschlechtert zu haben. Der Beschwerdeführer erklärte, die momentane Situation zeige im Vergleich zum letz-

ten Jahr eine deutliche Besserung und C._____ sei gut aufgestellt. Er habe von einem Schnupperpraktikum, das C._____ während des Schulwechsels absolviere, eine sehr positive Rückmeldung erhalten (act. 2 S. 3). Dies entspricht auch der Einschätzung der Beschwerdegegnerin. Gemäss ihrer Information sei es der Tochter gelungen, mit dem Ritzen aufzuhören (BR act. 17 S. 1). Das Wohl von C._____ bleibt aufgrund der anhaltenden Streitigkeiten der Eltern zwar gefährdet. Umstände, die auf eine Akzentuierung oder gar deutliche Verschärfung der Gefährdung hindeuten, sind jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr scheinen mit der örtlichen Distanz zu den Parteien bei C._____ eine gewisse Beruhigung und Stabilität eingetreten zu sein.

4.2. C._____ ist 16 Jahre alt und hat die obligatorische Schule in der Schweiz (Sek B) abgeschlossen (BR act. 26 S. 2; KESB act. 292). Sie wird sich nach derzeitigem Aktenstand bis im Sommer 2023 in G._____ aufhalten. Welchen beruflichen oder schulischen Weg sie anschliessend einschlagen möchte, wird massgeblich von ihrem eigenen Willen abhängen, auf welchen die Parteien Rücksicht zu nehmen haben. Aufgrund der altersbedingt fortgeschrittenen Fähigkeit von C._____ zu vernunftgemäsem Handeln (KESB act. 415 S. 3 "Gesundheit und Entwicklung des Kindes") ist der elterlichen Sorge nicht mehr das gleiche Gewicht wie bei jüngeren Kindern beizumessen. In weniger als zwei Jahren wird C._____ die Volljährigkeit erreichen und es wird sich die Frage der elterlichen Sorge erübrigen. Auch diese Umstände verlangen nicht nach einer möglichst raschen Umteilung.

4.3. Es fehlt demnach sowohl an einer glaubhaft gemachten Dringlichkeit als auch an der nötigen wesentlichen Veränderung der Verhältnisse, um die elterliche Sorge während laufendem Verfahren dem Beschwerdeführer zuzuteilen. Der Bezirksrat sah sich aufgrund der Aktenlage im Hauptverfahren ausser Stande, über die Zuteilung der elterlichen Sorge definitiv zu entscheiden, und wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die KESB zurück (act. 7 Dispositiv-Ziff. II). Die summarische Durchsicht der Akten führt zu keinem anderen Schluss. Weder eine Zuteilung der elterlichen Sorge an den Beschwerdeführer noch eine solche an die Beschwerdegegnerin scheinen eindeutig indiziert. Sind sich Eltern in Kin-

derbelangen uneins, sagt dies noch nichts darüber aus, welchem Elternteil bei der Frage der elterlichen Sorge der Vorzug zu geben ist. Die vorsorgliche Umteilung an den Beschwerdeführer würde den Endentscheid unter diesen Umständen unnötig präjudizieren, weil einer abweichenden späteren Entscheidung im Hauptverfahren das Interesse von C._____ an Kontinuität ihrer Lebensumstände entgegensteht. Eine solche Präjudizierung gilt es angesichts des unvorhersehbaren Ausgangs des Hauptverfahrens soweit möglich zu verhindern.

4.4. Zusammenfassend ist die gemeinsame elterliche Sorge einstweilen zu belassen und die Beschwerde abzuweisen. Anzumerken bleibt Folgendes: Sollte sich C._____ im Sommer 2023 zum Verbleib in G._____ entscheiden, wird zunächst abzuklären sein, welche Behörde gemäss Haager Kinderschutzübereinkommen (HKsÜ) international zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen zuständig ist.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer verlangt, es seien die Kosten vollumfänglich der KESB aufzuerlegen. Es ist nicht klar, worauf sich dieser Antrag bezieht, hat ihm doch die Vorinstanz keine Kosten auferlegt. Sollte der Beschwerdeführer die Kosten meinen, die ihm die KESB in ihrem bei der Vorinstanz angefochtenen Entscheid auferlegt hat, so bestand für die Vorinstanz kein Anlass, diese anders zu verlegen. Die Vorinstanz hat nicht in der Sache neu entschieden, sondern die Angelegenheit in einigen Punkten an die KESB zurückgewiesen. Die KESB wird danach über die Verlegung der Kosten gegebenenfalls neu zu entscheiden haben.

5.2. Die Vorinstanz hat für ihr Verfahren keine Entscheidgebühr erhoben (act. 7 Dispositiv-Ziff. V). Auch in diesem Beschwerdeverfahren erscheint es sachgerecht, umständehalber von der Erhebung einer Entscheidgebühr abzusehen. Somit entfällt das schutzwürdige Interesse des nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers an der Behandlung seines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung (Beschwerdeanträge Ziff. 3 und 4), weshalb dieses als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

5.3. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, weil der Beschwerdeführer unterliegt und der Beschwerdegegnerin mangels aktiver Beteiligung am Beschwerdeverfahren keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Rechtsmittel und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und Dispositiv-Ziff. IV des Urteils des Bezirksrats Zürich vom 9. März 2023 wird bestätigt.
2. Es werden für dieses Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Stadt Zürich sowie 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 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:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: