

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ180074-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 8. November 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin

betreffend **Errichtung Beistandschaft**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 2. Oktober 2018 i.S. C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008; VO.2018.19 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)**

## Erwägungen:

### I.

1. B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008. C.\_\_\_\_\_ steht unter der gemeinsamen elterlichen Sorge und lebt in der Obhut der Mutter. Mit Beschluss vom 28. März 2018 errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (fortan KESB) für C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB und beauftragte D.\_\_\_\_\_, kjz E.\_\_\_\_\_, mit den Eltern eine Besuchs- und Ferienregelung ab April 2018 auszu- arbeiten, die Ausübung des Besuchsrechts zu überwachen, zwischen den Eltern zu vermitteln und wenn nötig, die Modalitäten des Besuchsrechts im Interesse von C.\_\_\_\_\_ festzulegen und der jeweils veränderten Situation anzupassen sowie der KESB Bericht zu erstatten und Antrag zu stellen, falls weitergehende Kindes- schutzmassnahmen notwendig werden sollten. Einer allfälligen Beschwerde wur- de die aufschiebende Wirkung entzogen (KESB-act. 38 = BR-act. 1/1).

2. Am 23. April 2018 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen diesen Entscheid. Er beantragte "rechtsvorbeugend die sofortige Aufhebung des Be- schlusses, da eine sachliche, rechtliche und fachliche Grundlage fehlt" (BR- act. 1). Zur Begründung brachte er vor, dass er mit Schreiben vom 19. Februar 2018 auf sein Besuchsrecht für seinen Sohn C.\_\_\_\_\_ verzichtet habe, weshalb dem Beschluss die rechtliche Grundlage fehle. Dem erwähnten Verzicht im Schreiben vom 19. Februar 2018 folgte u.a. die Erwähnung, dass dieser Verzicht das Umgangsrecht seines Sohnes mit ihm in keiner Weise einschränke, ebenso wenig sein Sorgerecht oder sonstige Verpflichtungen und Rechte (BR-act. 1/2). In der Beschwerde an den Bezirksrat machte der Beschwerdeführer geltend, dem "Pseudo-Beschluss" fehle auch die sachliche Grundlage. Seit der Trennung im Dezember 2015 hätten sie, die Eltern, die Betreuungsregelung einvernehmlich regeln können, Frau F.\_\_\_\_\_, kjz E.\_\_\_\_\_, habe lediglich die Mutter freiwillig be- gleitet, nicht aber ihn, den Vater und das Kind. Alle entstandenen Probleme und Missverständnisse wie auch die Verschlechterung der Kommunikation zwischen den Eltern beruhten einzig und allein auf der destruktiven Haltung von Frau

F.\_\_\_\_\_, die die Meldung an die KESB zu Unrecht gemacht habe. Am 26. April 2018 forderte der Bezirksrat Horgen die KESB zur Vernehmlassung auf (BR-act. 2), am 11. Mai 2018 beantragte diese die Abweisung der Beschwerde (BR-act. 6). Am 15. Mai 2018 wurde die Mutter zur Stellungnahme innert 30 Tagen aufgefordert (BR-act. 7). Die Frist verstrich unbenutzt, worauf der Bezirksrat den Parteien am 6. August 2018 den Abschluss des Schriftenwechsels mitteilte (BR-act. 10). Mit einem an den Bezirksrat, Bezirksratspräsident G.\_\_\_\_\_, adressierten Schreiben vom 24. September 2018 erklärte der Beschwerdeführer, dass er (der Bezirksratspräsident) sich heute, sechs Monate nach der Beschwerdeerhebung, eine Entscheidung sparen könne. Mittlerweile seien von der KESB in der Person von D.\_\_\_\_\_ vom kjz, irreversible Tatsachen geschaffen worden. Seine (des Bezirksratspräsidenten) Untätigkeit, den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, das Unterlassen der Information über das Gespräch mit C.\_\_\_\_\_ durch Frau D.\_\_\_\_\_, sowie die durch dieses Gespräch verursachte Verunsicherung des Sohnes werde er, der Beschwerdeführer, rechtlich abklären lassen. Er verzichte auf den längst überfälligen Entscheid (BR-act. 13). Mit Beschluss vom 2. Oktober 2018 schrieb der Bezirksrat das Verfahren gestützt auf dieses Schreiben als durch Rückzug erledigt ab und erhob keine Verfahrenskosten (BR-act. 14 = act. 6).

3. Am 26. Oktober 2018 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen diesen Beschluss (act. 2). Die Akten des Bezirkrates (act.7/1 - 6 und 7/7 - 17) sowie der KESB (act. 7/6/1 - 46 und 9/47 - 54) wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Stellungnahme kann in Anwendung von § 66 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich primär nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen (EG KESR) und Gerichtsorganisationsgesetz (GOG); im Übrigen sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR).

2. Nach Eingang der Beschwerde prüft das Gericht von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen (Art. 450f ZGB). Für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksrates ist das Obergericht zuständig (§ 64 EG KESR). Die Beschwerde ist innert 30 Tagen ab Mitteilung des Entscheides schriftlich und begründet sowie mit Anträgen versehen einzureichen (Art. 450b Abs. 1 und 450 Abs. 3 ZGB).

Mit der Beschwerde kann eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auch die Unangemessenheit des Entscheids gerügt werden. Ferner kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden (Art. 450a ZGB). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens ist einzig der Beschluss des Bezirksrates. Der Entscheid der KESB ist im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht Anfechtungsobjekt. Die Entscheidung der KESB kann nur indirekt überprüft werden. Es setzt dies voraus, dass sich auch der Bezirksrat als erste Beschwerdeinstanz mit dem KESB-Entscheid auseinandersetzt oder dies zu Unrecht nicht gemacht hat.

3. Die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 26. Oktober 2018 erging fristgerecht (act. 2 i.V.m. BR-act. 15 und 15/1) und ist an die zuständige Behörde gerichtet. Der Beschwerdeführer ist vom Entscheid des Bezirksrates betroffen und zur Beschwerdeerhebung ohne weiteres legitimiert.

4. Die Beschwerde ist überschrieben mit "Beschwerde gegen den Beschluss des Bezirksrats Horgen betreffend KESB Beschluss Nr. 2018-A1-134 vom 28. März 2018", die Anträge richten sich indes nicht gegen den (Abschreibungs-) Beschluss als solchen. Verlangt wird die Aufhebung des KESB-Beschlusses vom 28. März 2018 und die Massregelung der KESB für den Entzug der aufschiebenden Wirkung ohne Indikation der Kindeswohlgefährdung (act. 2 S. 2 Anträge Ziff. 1 und 2). Dies kann nicht Gegenstand der zweitinstanzlichen Beschwerde sein, weshalb insoweit auf die Beschwerde zum vornherein nicht eingetreten werden kann. Gleiches gilt – wie zu zeigen ist – soweit der Beschwerdeführer die Massregelung des Bezirksrates hinsichtlich der Verschleppung des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens (act. 2 S. 2 Antrag Ziff. 3) verlangt.

4. Der Bezirksrat schrieb das erste Beschwerdeverfahren mit Beschluss vom 2. Oktober 2018 ab, nachdem der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 24. September 2018 auf einen Entscheid des Bezirksrates verzichtet hatte (act. 6). Der Beschwerdeführer beanstandet dieses Vorgehen wie gesehen nicht, sondern hält im Gegenteil fest, er habe seine Beschwerde zurückgezogen um einen Entschluss durch Rückzug zu erlangen und weiter Rechtsmittel einlegen zu können. Dabei verkennt der Beschwerdeführer das Wesen des von ihm erklärten Rückzugs bzw. Verzichts auf einen Entscheid (BR-act. 13). Bei dieser Erklärung handelt es sich um eine prozesserledigende einseitige Erklärung zuhanden des Gerichts, welche die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides hat (Art. 241 Abs. 1 ZPO). Die Erklärung beendete das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren vor Bezirksrat. Die Beendigung des Verfahrens bedeutet, dass es beim Entscheid der KESB bleibt. Es kann nicht vor der nächsten Instanz wieder aufgenommen werden, wie dies der Beschwerdeführer anzunehmen scheint. Sein Verzicht auf einen Entscheid in der Sache führte zur Beendigung des Verfahrens und kam – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – einem Verzicht auf die Überprüfung des Entscheides der KESB gleich. Darauf kann die angerufene zweite Beschwerdeinstanz nicht zurückkommen. Sie könnte dies (allerdings nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen), wenn die Abschreibung des Verfahrens vor Bezirksrat beanstandet wäre, was indes wie gesehen nicht der Fall ist.

5. Wurde das Verfahren als durch Rückzug erledigt abgeschlossen, dann ist der KESB-Entscheid als solcher, mit welchem eine Beistandschaft angeordnet wurde, aber auch der vom Beschwerdeführer (erstmalig im vorliegenden Verfahren) beanstandete Entscheid der KESB über den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde einer Überprüfung entzogen. Letzteres begründete die KESB mit den vorherrschenden Unstimmigkeiten zwischen den Eltern und dem raschen Handlungsbedarf, welcher zum Schutz von C. \_\_\_\_\_ bestehe (KESB-act. 38 S. 3 Ziff. 8). Der Beschwerdeführer setzt sich damit nicht auseinander, sondern macht einzig geltend, dass keine Kindeswohlgefährdung bestand, welche die Massnahme indizierte, was keine hinreichende Beschwerdebe-gründung darstellte. Auch wenn darauf eingegangen werden könnte, könnte der Beschwerde insoweit deshalb kein Erfolg beschieden sein.

6. Soweit der Beschwerdeführer eine Verschleppung des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens rügt, ist vorab festzuhalten, dass sich auch dazu Weiterungen grundsätzlich erübrigen, nachdem der Beschwerdeführer auf einen Entscheid des Bezirksrates verzichtet hat. Immerhin ist dazu folgendes festzuhalten: Sinn gemäss macht der Beschwerdeführer mit seinem Einwand eine Rechtsverzögerung (als besondere Form der Rechtsverweigerung) geltend. Eine solche liegt vor, wenn eine Behörde das Verfahren in ungerechtfertigter Weise nicht innert angemessener Frist erledigt (BOTSCHAFT Erwachsenenschutz vom 28. Juni 2006, 7085). Aufgrund des eingangs dargestellten Verfahrensverlaufs vor Bezirksrat liegt eine solche ungerechtfertigte Verzögerung nicht vor. Nach Eingang der Beschwerde am 24. April 2018 (BR-act. 1) war nach Einholung der Vernehmlassung der KESB und der Fristansetzung an die Beschwerdegegnerin der Schriftenwechsel in der zweiten Hälfte Juni 2018 abgeschlossen, was dem Beschwerdeführer am 6. August 2018 mitgeteilt wurde unter Einräumung einer 10-tägigen Frist für eine weitere Stellungnahme (BR-act. 10). Wenn in der Folge bis zum 24. September 2018 noch kein Entscheid in der Sache ergangen war, kann dies jedenfalls noch nicht als ungerechtfertigt lange Zeit betrachtet werden, zumal in der erstinstanzlichen Beschwerde der Entzug der aufschiebenden Wirkung noch nicht thematisiert war.

7. Ergibt sich nach dem Gesagten, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, dann erweisen sich auch die Anträge auf Zusprechung einer Parteientschädigung (was im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsregelung zu erfolgen hätte) sowie einer Genugtuung für sich und seinen Sohn (act. 2 S. 2 Anträge Ziff. 4 und 5) als unbegründet. Sie sind abzuweisen.

### III.

Die Kosten- und Entschädigungsregelung richtet sich nach den Bestimmungen der ZPO (Art. 450f ZGB i.V.m. § 40 EG KESR). Entsprechend sind die Kosten

grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Umstände halber ist vorliegend auf die Erhebung einer Entscheidunggebühren zu verzichten.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Von der Erhebung einer Entscheidunggebühren wird abgesehen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2 und 3/1-4/2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein.
4. 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

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: