

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190054-O/UA

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 3. September 2019

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Beschwerdeführer

gegen

C. _____,

Beschwerdegegner

sowie

D. _____,

Verfahrensbeteiligter

betreffend **Kindesschutzmassnahmen**

**Beschwerde gegen Beschluss und Urteil des Bezirksrates Horgen vom
18. Juli 2019; VO.2018.37 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen)**

Erwägungen:

I.

1. D._____ (nachfolgend D._____), geboren am tt.mm.2004, ist der gemeinsame Sohn von A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin 1 oder Mutter) sowie C._____ (Beschwerdegegner oder Vater; Beschwerdeführerin 1 und Beschwerdegegner nachfolgend "die Eltern"). D._____ steht unter der elterlichen Sorge und in Obhut der Mutter, welche mit B._____ (Beschwerdeführer 2) verheiratet ist.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (nachfolgend KESB) hatte mit Beschluss vom 23. Juli 2018 (act. 7/5/25) unter anderem die ehemals von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich geführte Massnahme nach Art. 308 Abs. 2 ZGB übernommen und eine Beiständin ernannt mit folgenden Aufgaben: Organisation einer professionellen Besuchsbegleitung zur Begleitung der Übergaben (Ziff. 2.a); Überwachung der gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB an die Eltern erteilten Weisung, dass die angeordneten Besuche mit Besuchsbegleitung wahrgenommen werden können (Ziff. 2.b) sowie Antragstellung an die KESB, soweit weitergehende Kindesschutzmassnahmen notwendig werden sollten (Ziff. 2.c des Dispositivs von act. 7/5/25). Als Beginn der vorerst (auf ein Jahr begrenzt) begleiteten Besuchsübergaben wurde Ende September 2018 avisiert (act. 7/5/25 E.12).

Mit Eingabe vom 24. August 2018 erhoben die Beschwerdeführer gegen den Beschluss der KESB sinngemäss Beschwerde beim Bezirksrat Horgen (nachfolgend Vorinstanz), in der sie verlangten, dass diese Eingabe mit ihren Richtigstellungen und Anmerkungen zu den Akten zu nehmen sei (act. 7/1). Der KESB wurde sodann diese Eingabe zur Stellungnahme zugestellt und die entsprechende Stellungnahme der KESB (act. 7/5) wiederum zur Stellungnahme den Beschwerdeführern, welche daraufhin mit erneut vom 24. August 2018 datierten Schreiben (Datum Poststempel: 21. September 2018) unter anderem nunmehr die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2.a sowie der damit zusammenhängenden Dispositiv-Ziffern des KESB-Beschlusses vom 23. Juli 2018 (act. 7/5/25) verlangten (act. 7/8). Nach Eingang der Beschwerdeantwort vom 3. Oktober 2018 (act. 7/12)

nahmen die Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. Oktober 2018 Stellung zur Beschwerdeantwort (act. 7/16). Danach ruhte das vorinstanzliche Verfahren, bis mit Beschluss und Urteil vom 18. Juli 2019 der Entscheid der KESB inhaltlich bestätigt wurde, mit Ausnahme des Beginns der begleiteten Besuchsübergaben (neu 30 Tage ab Eintritt der Rechtskraft des bezirksrätlichen Entscheids) (act. 7/22).

2. Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführer rechtzeitig (act. 7/23/1 und act. 7/24/1 i.V.m. act. 2) die vorliegend zu beurteilende Beschwerde. Sie beantragen (act. 2 S. 2):

- "- Streichung der Errichtung einer professionellen Besuchsbegleitung als Aufgabe der Beiständin (Punkt 2a des Beschlusses Nr. 2018-A2-353) und Abänderung sich daraus ergebender überflüssig werdender Punkte (3, 5)
- Zur Wahrung von D._____'s Rechten und Interessen beantragen wir ausserdem die Einsetzung eines Kinderanwalts für seine Person
- Schliesslich beantragen wir die persönliche Anhörung von D._____ vor Gericht, um bestmöglichst sicherzustellen, dass sein Wille Einfluss im Verfahren findet."

Mit Schreiben vom 19. August 2019 ersuchte Rechtsanwältin lic. iur. X._____ im Namen von D._____, im Sinne von Art. 314a^{bis} ZGB im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Kindesverfahrensvertreterin bestellt zu werden (act. 4).

Die Akten des Bezirksrats (act. 7/1 – 5A; act. 7/6 – 26) sowie diejenigen der KESB (act. 7/5/1 – 32; act. 7/9/33 – 43) wurden beigezogen. Weiterungen erscheinen nicht notwendig (§§ 66 und 68 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR]). Das Verfahren ist spruchreif.

3. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im 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 Bezirkrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

Zur Beschwerde legitimiert sind in erster Linie die am Verfahren beteiligten Personen (Art. 450 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), was auf die Beschwerdeführerin 1 (Mutter von D._____) zutrifft. Im Weiteren sind auch der betroffenen Person nahestehende Personen zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), was bei der vorliegenden Besuchsrechtsstreitigkeit auf den gemeinsam mit der Mutter von D._____ Beschwerde führenden Ehemann der Beschwerdeführerin 1 zutrifft (Näheres zur bundesgerichtlichen Umschreibung der "nahestehenden" Person bei BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 32). Daneben enthält die Beschwerde Anträge (act. 2 S. 2) und eine – wenn auch nur rudimentäre – Begründung (act. 2 S. 1). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht nichts entgegen.

4. Die Beschwerdeführer wie auch D._____ ersuchen um Einsetzung einer Kindesverfahrensvertretung. Nach Art. 314a^{bis} ZGB bestellt die Kindesschutzbehörde – oder die gerichtliche Behörde im Beschwerdeverfahren (BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 314a/314a^{bis} N 5) – dem Kind wenn nötig eine Vertretung. Nachdem im vorliegenden Verfahren keinerlei Weiterungen gemäss §§ 66 und 68 EG KESR nötig sind, insbesondere auch keine Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten, ist eine Verfahrensvertretung für D._____ nicht nötig. Der entsprechende Antrag ist demnach abzuweisen.

II.

1. Die Beschwerdeführer wehren sich wie schon im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens in erster Linie gegen die Errichtung einer Besuchsbegleitung im Sinne einer Begleitung der Übergaben der Besuche. Zur Begründung ihrer Be-

schwerde bringen sie vorab vor, im gesamten Urteil des Bezirksrats werde die fehlerhafte Bearbeitung der Akten durch die KESB in keinerlei Form behandelt, obwohl sie dies belegt hätten. Die fehlerhaften Ausführungen aus den bisherigen Unterlagen führten dann auch zu falschen Schlussfolgerungen, wie sie, die Beschwerdeführer, dies in mehreren Stellungnahmen an den Bezirksrat formuliert hätten (act. 2 S. 1).

Die monierte fehlerhafte Aktenführung und -bearbeitung durch die KESB stand am Ursprung der Beschwerde beim Bezirksrat (vgl. oben, Ziff. I.1.). Wie von den Beschwerdeführern beantragt, wurde ihre Eingabe vom 24. August 2018 mit den entsprechenden "Richtigstellungen und Anmerkungen" zu den KESB-Akten genommen (act. 7/22 E. 1.3 und E. 2.3.2). Der Bezirksrat war gehalten, sich mit dem angefochtenen Beschluss – in den Worten der Beschwerdeführer: mit den Schlussfolgerungen – der KESB auseinanderzusetzen und hat dies, wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, auch getan. Dass er sich zur Aktenbearbeitung durch die KESB nicht äusserte, ist nicht zu beanstanden.

2. Wie sich aus dem nächsten Absatz der Beschwerdebegründung ergibt, geht es den Beschwerdeführern bezüglich der geltend gemachten fehlerhaften Beurteilung der Akten durch die KESB vor allem um Randziffer 7 der Erwägungen des KESB-Beschlusses. Sie schreiben dort (act. 2 S. 1): "Wir zitieren hier unser Schreiben vom 26.08.2019 [recte: 2018, Anmerkung hinzugefügt] Punkt 7 sinngemäss: D._____ wurde nach dem Gespräch vom 23. März 2018 (bei der KESB Horgen) noch Bedenkzeit über das Wochenende gegeben. Am 27. März fand dann ein Telefonat von D._____ mit der KESB Mitarbeiterin, Frau E._____, statt. Dies wird überhaupt nicht erwähnt in den Erwägungen. Bei diesem Telefonat äusserte er noch einmal gegenüber der Mitarbeiterin der KESB Horgen, Frau E._____, dass er an der bisherigen Form der Beistandschaft festhalten möchte, begleitete Besuche jedoch nicht möchte. Die Nachfrage, ob er denn seinen Vater gar nicht mehr sehen wolle wurde von ihm verneint, wie dies auch bisher stringent in seinen Aussagen ist. Dies wird dann aber so ausgelegt, dass er doch für die begleiteten Besuche wäre, war aber eindeutig nicht seinem Willen entspricht."

Das in der Beschwerde zitierte Schreiben vom 26. August 2018 war die seinerzeit als Beschwerdeschrift entgegengenommene Eingabe an den Bezirksrat (act. 7/1).

Gemäss Telefonnotiz vom 27. März 2018 hat D. _____ Frau E. _____ telefonisch mitgeteilt, er wünsche, dass es so bleibe wie bis anhin und dass er eigentlich keine Lust auf eine Änderung habe; wenn er jedoch seinen Vater (d.h. den Beschwerdegegner) sehen würde, "wäre dies nicht so schlimm". Auf Bemerkungen, dass die Besuchsbegleitung allenfalls trotzdem angeordnet würde und gefragt, ob er damit leben könnte, habe er das bejaht (act. 7/5/21). Im Entscheid der KESB ist zu lesen, D. _____ habe gewünscht, dass alles bleibe wie bis anhin, jedoch habe er gleichzeitig erklärt, dass es für ihn in Ordnung wäre, wenn eine Besuchsbegleitung angeordnet würde (act. 7/5/25 S. 3 Rz 7).

3.1 Wenn ein knapp 14-Jähriger gefragt wird, ob er mit einer allenfalls trotzdem – trotz seines Wunsches, dass sich nichts ändere – angeordneten Besuchsbegleitung leben könnte und er darauf mit Ja antwortet, darf daraus nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die Anordnung einer Besuchsbegleitung sei für ihn in Ordnung. Daran scheinen sich die Beschwerdeführer denn auch nach wie vor zu stossen. Sie lassen indes ausser Acht, dass sich *der Bezirksrat* in seinem Entscheid sehr wohl mit dieser Telefonnotiz befasst und sie (zutreffend und auch nicht angefochten) nicht zuletzt als Zeichen der Entfremdung zwischen D. _____ und seinem Vater gewertet hat (act. 5/22 E. 3.2.2).

3.2 Die Vorinstanz äussert sich in ihrem Entscheid sodann ausführlich zum angemessenen persönlichen Verkehr eines minderjährigen Kindes zum nicht obhutsberechtigten Elternteil: "Es handelt sich dabei um ein gegenseitiges Pflichtrecht, wobei es in erster Linie dem Interesse des Kindes dient und oberste Richtschnur für seine Ausgestaltung das Kindeswohl ist, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist. Bei der Regelung des persönlichen Verkehrs ist nebst sämtlichen anderen Begebenheiten der konkreten Situation insbesondere auch dem Alter der betroffenen Kinder und mit fortschreitendem Alter zunehmend auch dem von ihnen geäusserten Willen Rechnung zu tragen. Kinder können indes nicht autonom bestimmen, ob und zu welchen Bedingungen sie Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil ha-

ben möchten, und der von ihnen geäusserte Wille kann nicht das alleinige Element bei der richterlichen Entscheidungsfindung sein, andernfalls würde der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können [...]. Entsprechend kann die Anordnung nicht allein vom Willen des Kindes abhängig gemacht werden" (act. 7/22 E. 3.2.1 S. 11). Ausführlich wird sodann dargestellt, dass auch nach einer Trennung der Eltern der regelmässige Kontakt eines Kindes zu beiden Elternteilen für die Persönlichkeits- und Identitätsfindung wichtig sei und die Interessen der Eltern insoweit von untergeordneter Bedeutung, als der besuchsberechtigte Elternteil die sich aus dem Besuchsrecht ergebenden Unannehmlichkeiten ebenso in Kauf zu nehmen habe wie der obhutsberechtigte Elternteil, zumal es bei Festsetzung und Ausgestaltung des Besuchsrechts nicht darum gehe, einen gerechten Interessensausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu organisieren. Die begleitete Übergabe solle insbesondere Konflikte bei der Übergabe sowie eine pflichtwidrige Ausübung des Besuchsrechts verhindern (act. 7/22 E. 3.2.1 S. 12 f.).

Unter Verweis auf zahlreiche Aktenstellen stellt die Vorinstanz sodann fest, dass trotz entsprechend getroffener Massnahmen über mehrere Jahre hinweg keine Besuche zwischen D._____ und dem Beschwerdegegner stattfanden und sich die Eltern hierfür gegenseitig die Schuld zuschieben. Die bisher angeordneten Massnahmen hätten keine positive Veränderung herbeigeführt und die Eltern von sich aus wenig unternommen, um den Kontakt, welcher der Persönlichkeits- und Identitätsfindung von D._____ diene, zu fördern. Infolge der Passivität der Eltern und zur Wahrung des Kindeswohls sei es somit verhältnismässig und angezeigt, neben den bestehenden Massnahmen vorerst (auf ein Jahr begrenzt) begleitete Übergaben der Besuche anzuordnen sowie den Eltern unter Hinweis auf Art. 292 StGB die Weisung zu erteilen, dafür zu sorgen, dass die angeordneten Besuche mit Übergaben durch eine professionelle Besuchsbegleitung wahrgenommen würden (act. 7/22 E. 3.2.2 S. 13 f.).

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 (STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 450a ZGB 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 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).

5. Die Beschwerdeführer setzen sich mit den oben (Ziff. 3.2) wiedergegebenen Ausführungen der Vorinstanz nicht im Ansatz auseinander. Auch wenn die inhaltlichen Anforderungen an von Laien verfasste Beschwerden tief gehalten werden, so ist eine minimale Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid – die Beschwerde richtet sich explizit und richtigerweise gegen den Beschluss und das Urteil des Bezirksrats Horgen vom 18. Juli 2019 (act. 2) – dennoch erforderlich. Insoweit ist auf die Beschwerde demnach nicht einzutreten.

6. Die Beschwerdeführer bringen darüber hinaus vor, die letzte Anhörung von D._____ habe am 23. März 2018 stattgefunden, als er 13 Jahre alt gewesen sei. Unterdessen befände er sich in seinem 16. Lebensjahr, d.h. es hätten zusätzlich mannigfaltige Entwicklungen stattgefunden, die es nicht rechtfertigten, einen Beschluss ungeprüft der neuen Situationen durchzusetzen (act. 2 S. 1 unten).

Auch mit diesem Vorbringen setzen sich die Beschwerdeführer nicht ansatzweise mit den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu Kindeswohl und Kindeswille auseinander (vgl. oben, Ziff. 3.2). Zutreffend ist indes, dass seit der Anhörung von D._____ unterdessen gut siebzehn Monate verstrichen sind. Es erschliesst sich der Kammer in diesem Zusammenhang nicht, weshalb zwischen

der letzten Äusserung eines Verfahrensbeteiligten (14. Oktober 2018) und der Fällung des Urteils (18. Juli 2019) bei der Vorinstanz mehr als neun Monate liegen, während derer sowohl die Beiständin als auch der Beschwerdegegner ihr Wunsch nach einem baldigen Entscheid ausdrückten (act. 7/19, act. 7/21). Die lange Verfahrensdauer erstaunt umso mehr, als die Vorinstanz selbst im Urteil davon ausgeht, dass die Beschwerdeführer die Ausübung des Besuchsrechts hinauszögern wollten (act. 7/22 E. 2.3.2 S. 9). Daraus folgt indes nicht, dass D._____ erneut anzuhören wäre, zumal die Beschwerdeführer nicht wenigstens ansatzweise andeuten, worin die geltend gemachten "neuen Situationen" denn bestehen würden. Vielmehr ist die Umsetzung der Besuche mit den vorerst (auf ein Jahr begrenzt) begleiteten Übergaben nunmehr zügig an Hand zu nehmen.

7. Zusammenfassend ist die Beschwerde damit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III.

Die Beschwerdeführer unterliegen vollumfänglich. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss den Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 60 Abs. 5 EG KESR i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO), und zwar je zur Hälfte unter solidarischer Haftung. Die Höhe der Entscheidgebühr ist auf Fr. 800.– festzulegen (§ 40 EG KESR i.V.m. Art. 96 ZPO sowie § 12 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG). Eine Parteienschädigung wurde nicht beantragt, sie würde aber infolge Unterliegens der Beschwerdeführer ohnehin ausser Betracht fallen. Dem Beschwerdegegner ist keine Parteienschädigung zuzusprechen, weil ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Bestellung einer Kindesverfahrensvertretung wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt und den Beschwerdeführern je hälftig auferlegt, unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführer, den Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, 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 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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: