

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ200050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

## Beschluss und Urteil vom 26. Oktober 2020

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Kindesschutzmassnahmen**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 17. August 2020 i.S. C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm 2016; VO.2020.22 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)**

### Erwägungen:

I.

1. A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin, nachfolgend Mutter) und B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner, nachfolgend Vater) sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm 2016. Am 13. Juni 2019 schied der Gerichtspräsident des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland die Ehe der Parteien, belies die Tochter unter der gemeinsamen elterlichen Sorge, teilte die alleinige Obhut der Mutter zu und genehmigte die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, einschliesslich die Regelung über das Besuchsrecht des Vaters (KESB act. 38/1 und 4/1).

2. Nachdem der Vater mit C.\_\_\_\_\_ im Frühjahr 2020 rund vierwöchige Ferien in Spanien verbracht hatte, reichte er am 3. März 2020 bei der KESB Bezirk Horgen (nachfolgend KESB) eine Gefährdungsmeldung wegen Problemen mit der Mutter bei der Umsetzung des Besuchsrechts ein (KESB act. 1). Die Mutter liess ihrerseits am 10. März 2020 eine Gefährdungsmeldung wegen möglicher Kindesvernachlässigung durch den Vater und vermutetem sexuellem Vorfall in den Ferien in Spanien einreichen und beantragte die superprovisorische Sistierung des Besuchsrechts, die Abänderung des Besuchsrechts gemäss Scheidungsurteil sowie die Herausgabe der Identitäts- und Versicherungskarten der Tochter (KESB act. 3). Die KESB wies mit Beschluss vom 16. März 2020 den Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen (Sistierung des Besuchsrechts) ab (KESB act. 24). Am 15. April 2020 wies sie auch die Anträge auf Abänderung des in der Scheidungsvereinbarung festgelegten Besuchsrechts sowie auf Herausgabe der Identitäts- und Versicherungskarten ab und erteilte den Parteien die Weisung, drei Beratungstermine beim D.\_\_\_\_\_ *Institut für das Kind* (nachfolgend D1.\_\_\_\_\_) wahrzunehmen. Im Weiteren entzog sie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung und teilte als Rechtsmittel gegen diesen Beschluss die Beschwerde innert 30 Tagen mit (BR act. 1A = KESB act. 63, nachfolgend zitiert als BR act. 1A).

3. Dagegen erhob die Mutter am 20. Mai 2020 Beschwerde beim Bezirksrat Horgen und beantragte die Aufhebung des Beschlusses der KESB vom 15. April 2020 und die Rückweisung des Verfahrens an diese mit der Auflage, die notwendigen, umfassenden Abklärungen bezüglich einer Kindeswohlgefährdung vorzunehmen. Ferner beantragte die Mutter, es sei für die Dauer des Verfahrens ein

begleitetes Besuchsrecht anzuordnen. Zudem stellte sie im Fall der Rückweisung an die KESB ein Ausstandsbegehren gegen die am angefochtenen Entscheid mitwirkenden Mitglieder derselben und verlangte schliesslich, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (BR act. 1). Der Bezirksrat setzte der KESB sowie dem Beschwerdegegner am 27. Mai 2020 je eine 10-tägige Frist an, um zu den Anträgen betreffend vorsorgliche Massnahmen (begleitetes Besuchsrecht) und Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Zugleich gewährte er eine 30-tägige Frist, um eine Beschwerdeantwort bzw. eine Vernehmlassung zur Beschwerde einzureichen (BR act. 3). Nach Eingang der Rechtsschriften trat er mit Beschluss vom 17. August 2020 auf die Beschwerde nicht ein, weil diese verspätet erhoben worden sei (act. 3/1 = act. 6 = BR act. 9, nachfolgend zitiert als act. 6).

4. Mit Eingabe vom 7. September 2020 wehrte sich die Mutter gegen den Nichteintretensentscheid bei der Kammer und stellt folgende Anträge (act. 2):

1. *Es sei der Beschluss des Bezirkrates Horgen vom 17. August 2020 vollumfänglich aufzuheben und auf die Beschwerde einzutreten.*
2. *Es sei der Beschluss des Bezirkrates Horgen vom 17. August 2020 vollumfänglich aufzuheben und an die KESB des Kantons Zug, Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz, Bahnhofstrasse 12, Postfach 27, 6301 Zug, nach Bestätigung der Verfahrensübernahme mit der Auflage der Durchführung der notwendigen umfassenden Abklärungen (u.a. Einholung eines Gutachtens betreffend Drogen-, Pornographiekonsum des Vaters und Beschwerdegegners, Parteibefragung etc.) zurück zu weisen.*
3. *Eventualiter sei der Beschluss des Bezirkrates Horgen vom 17. August 2020 vollumfänglich aufzuheben und an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Horgen mit der Auflage der Durchführung der notwendigen umfassenden Abklärungen (u.a. Einholung eines Gutachtens betreffend Drogen-, Pornographiekonsum des Vaters und Beschwerdegegners, Parteibefragung etc.) zurück zu weisen.*
4. *Subeventualiter sei der Beschluss des Bezirkrates Horgen vom 17. August 2020 vollumfänglich aufzuheben und an die Vorinstanz mit der Auflage der*

*Durchführung der notwendigen umfassenden Abklärungen (u.a. Einholung eines Gutachtens betreffend Drogen-, Pornographiekonsum des Vaters und Beschwerdegegners, Parteibefragung etc.) zurück zu weisen.*

5. *Bei Gutheissung der Anträge Ziffer 1 bis Ziffer 4 sei der Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 17. August 2020 vollumfänglich aufzuheben und für die Dauer des vorliegenden Verfahrens ein begleitetes Besuchsrecht des Beschwerdegegners anzuordnen.*
6. *Bei Abweisung von Antrag Ziffer 2 und Gutheissung von Antrag Ziffer 3 seien Frau E.\_\_\_\_\_, Frau F.\_\_\_\_\_, Frau G.\_\_\_\_\_ und Frau H.\_\_\_\_\_ in den Ausstand zu treten.*
7. *Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.*
8. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Auslagen und MWST) zu Lasten des Kindesvaters und Beschwerdegegners.*

Die Akten des Bezirksrats (act. 7/1-9, zitiert BR act.) sowie diejenigen der KESB (act. 7/5/1-79, zitiert KESB act.) wurden beigezogen und der Vater zur Beschwerdeantwort bzw. der Bezirksrat zur Stellungnahme zur Beschwerde innert 10 Tagen eingeladen (act. 8). Der Vater erstattete die Beschwerdeantwort am 30. September 2020 (act. 10). Der Bezirksrat verzichtete am 2. Oktober 2020 unter Verweis auf die Begründung im angefochtenen Beschluss auf eine Vernehmung (act. 11).

5. Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist durchgeführt (§§ 66 und 68 EG KESR). Da der Vater mit seinem Standpunkt vollumfänglich unterliegt und sich in seiner Beschwerdeantwort keine neuen entscheiderelevanten Argumente finden, zu welchen die Mutter ihrerseits neue massgebliche Argumente vorbringen könnte, kann auf die Einräumung ihres Replikrechts verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

1.

1.1 Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR). Enthalten diese Gesetze keine Bestimmungen, gelten für die Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Regelungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) und, sofern auch hier keine Regelung getroffen wird, die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) subsidiär (Art. 450f ZGB und § 40 EG KESR). Beschwerden gegen Entscheide der KESB werden in erster Instanz vom Bezirksrat und in zweiter Instanz vom Obergericht beurteilt (Art. 450f ZGB i. V. m. §§ 40 und 63 f. EG KESR und § 50 GOG). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können nur die Entscheide des Bezirksrats, nicht diejenigen der KESB sein.

1.2 Mit der Beschwerde gemäss §§ 64 ff. EG KESR i.V.m. Art. 450 ff. ZGB 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 Beschwerdeinstanzen gilt die umfassende Untersuchungsmaxime und das Gericht ist nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden (Offizialmaxime; Art. 446 ZGB und § 65 EG KESR; BGer 5A\_770/2018 vom 6. März 2019 E. 3.2). Von der Beschwerde führenden Partei ist aber 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 oder das Ermessen unsachgemäss ausgeübt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, § 65 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 aber primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 5). Das Novenrecht gilt im

Rahmen kindesschutzrechtlicher Verfahren bis zum Beginn der Beratungsphase (BGE 142 III 413 E. 226).

2.

2.1 Der Vater zweifelt an, dass die Beschwerde an die Kammer rechtzeitig erhoben wurde (act. 10 S. 3).

2.2 Der Beschluss des Bezirksrats wurde der Rechtsvertreterin der Mutter am 19. August 2020 zur Abholung gemeldet und konnte ihr am 26. August 2020 zugestellt werden (BR act. 9/1). Die 10-tägige Beschwerdefrist lief folglich am Montag, 7. September 2020, ab. Die gleichentags der Post übergebene Beschwerde erfolgte somit fristgerecht. Sie enthält ferner Anträge und eine Begründung. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind deshalb erfüllt, weshalb auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten ist.

3.

3.1 Die Mutter stellt im Antrag 6 ein Ausstandsbegehren gegen die am Beschluss vom 15. April 2020 beteiligten Mitglieder der KESB.

3.2 Die (administrative) Aufsicht über die KESB obliegt nicht dem Obergericht, sondern dem Gemeindeamt (§ 58 Abs. 3 und Anhang 1 lit. A Ziffer 5 der Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 18. Juli 2007 [VOG RR, LS 172.11] sowie § 17 Abs. 1 lit. b und Anhang 2 lit. c der Organisationsverordnung der Direktion der Justiz und des Innern vom 16. September 2009 [LS 172.110.1]). Das Obergericht ist demnach zur Behandlung des Ausstandsbegehrens gegen Mitglieder der KESB sachlich nicht zuständig, weshalb auf das Begehren nicht einzutreten ist.

4.

4.1 Der Bezirksrat begründete seinen Nichteintretensentscheid zusammengefasst damit, es handle sich beim Beschluss der KESB vom 15. April 2020 um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen. Dagegen könne gemäss Art. 445 Abs. 3 ZGB innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden. Diese Frist habe die Mutter verpasst und die Beschwerde an den Bezirksrat verspätet eingereicht.

Zwar habe die KESB eine unrichtige Rechtsmittelfrist von 30 Tagen mitgeteilt. Die Mutter sei indessen rechtskundig vertreten, weshalb der Vertrauensschutz versage, wäre doch der Mangel durch die blossе Konsultation der massgebenden Verfahrensbestimmung für die Rechtsvertreterin der Mutter erkennbar gewesen. Die KESB habe überdies den Parteien die Weisung erteilt, umgehend drei Beratungstermine beim D1.\_\_\_\_\_ wahrzunehmen, und habe weitere Abklärungen in separaten Verfahren vorbehalten. Auch habe sie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Aus diesen Umständen hätte die Mutter bzw. ihre Rechtsvertreterin bei gebührender Aufmerksamkeit erkennen können, dass es um einen Entscheid der KESB über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, welcher gemäss Art. 445 Abs. 3 ZGB innert 10-tägiger Beschwerdefrist angefochten werden müsse, und nicht um einen Endentscheid gegangen sei (act. 6).

4.2. Die Mutter beanstandet mit ihrer Beschwerde die rechtliche Würdigung des Entscheids der KESB durch den Bezirksrat. Sie bestreitet insbesondere, dass es sich beim angefochtenen Beschluss um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handle. Die Erwägungen im angefochtenen Beschluss würden keine Zweifel offen lassen, dass die KESB einen Endentscheid gefällt habe. Dies werde auch in der Beschwerdeantwort der KESB an den Bezirksrat nochmals deutlich zum Ausdruck gebracht. Es gelte somit die 30-tägige Rechtsmittelfrist, weshalb die Beschwerde an den Bezirksrat rechtzeitig erfolgt sei. Der Bezirksrat habe die Anträge der Mutter mehrheitlich materiell nicht behandelt. Weder die KESB noch der Bezirksrat hätten Abklärungen zur Kindswohlgefährdung getätigt. Dies sei nachzuholen. Die Mutter lebe mit der Tochter heute im Kanton I.\_\_\_\_\_. Das Verfahren sei deshalb zur Durchführung weiterer Abklärungen und materiellen Beurteilung an die zufolge Umzugs der Mutter neu, eventuell an die bisher zuständige KESB und subeventuell an den Bezirksrat zurückzuweisen (act. 2).

4.3. Der Vater hält demgegenüber die Erwägungen des Bezirkrats für zutreffend. Insbesondere ergebe sich der vorsorgliche Charakter des angefochtenen Entscheids aus dessen Dispositiv-Ziffer 5. Darin werde das D1.\_\_\_\_\_ beauftragt, die Einhaltung der Weisung zu kontrollieren, bei Nichteinhaltung der KESB umge-

hend Meldung zu machen und einen abschliessenden Bericht zu erstatten. Dies zeige, dass das Verfahren vor KESB nicht abgeschlossen sei (act. 10).

5.

5.1 Strittig ist in erster Linie, ob es sich beim Beschluss der KESB vom 15. April 2020 um einen Endentscheid in der Sache oder einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handelt, zumal von dieser Frage die Länge der geltenden Rechtsmittelfrist abhängt, was sich wiederum auf die Frage der rechtzeitigen Beschwerdeerhebung durch die Mutter auswirkt.

5.2 Der angefochtene Entscheid der KESB enthält zunächst im Betreff keinen Hinweis auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen, sondern lautet unverfänglich und neutral "betreffend Kindesschutzmassnahmen" (BR act. 1A S. 1). Dafür, dass es sich um einen solchen über vorsorgliche Massnahmen handelt, spricht zunächst der Umstand, dass die Rechtsvertreterin der Mutter am 10. März 2020 ein Gesuch um Anordnung superprovisorischer Massnahmen (sofortige Sistierung des Besuchsrechts) stellte (KESB act. 3) und die KESB darüber in ihrem Beschluss vom 16. März 2020 entschied bzw. die sofortige Sistierung des Besuchsrechts abwies (KESB act. 24). In diesem Entscheid hat die KESB die rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass von sofortigen Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei zutreffend dargestellt (KESB act. 24 Rz 5). Sie verneinte eine aktuelle und akute Gefährdung des Kindeswohls durch Besuche beim Vater, weshalb sie die Sistierung ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs des Vaters als nicht gerechtfertigt hielt. Sie hielt ausdrücklich fest, dass diesem mit der Eröffnung des superprovisorischen Entscheids Gelegenheit zur nachträglichen schriftlichen Stellungnahme zu gewähren sei, und setzte ihm korrekt eine Frist von 10 Tagen zur Gesuchantwort (KESB act. 24 Rz 6). Kein Zweifel besteht deshalb über Natur und Charakter des Entscheids vom 16. März 2020 als Beschluss betreffend superprovisorische Massnahmen. Folgerichtig wäre deshalb nach der Anhörung des Vaters der Entscheid über die beantragte vorsorgliche Sistierung des Besuchsrechts während laufendem Verfahren zu erwarten. In der Folge holte die KESB jedoch eine Stellungnahme des J.\_\_\_\_\_ zur freiwilligen Beratung der Eltern (KESB act. 36, 43 und 43.1) sowie die Stellungnahmen beider

Eltern zu *allen Anträgen* der Mutter in ihrer Eingabe vom 10. März 2020 ein (KESB act. 52, 58 und 59) und zog die Scheidungsakten der Parteien sowie den Steuerausweis der Mutter bei (KESB act. 38/1-10 und 45). Bereits am 15. April 2020 erliess die KESB den Beschluss, mit welchem sie die Anträge auf Abänderung des Besuchsrechts gemäss Scheidungsurteil sowie Herausgabe der Identitäts- und Versicherungskarten des Kindes abwies und die Eltern anwies, drei Beratungstermine beim D1.\_\_\_\_\_ wahrzunehmen (BR act. 1A = KESB act. 63). In Anbetracht des prozessualen Verlaufs und der Chronologie scheint zwar die Annahme, es habe sich dabei um den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen gehandelt, nicht zum Vornherein abwegig. Bereits aufgrund des materiellen Inhalts der Entscheidung bzw. des Dispositivs wird indessen klar, dass es sich inhaltlich um den Entscheid handeln musste und sich nicht um einen solchen über vorsorgliche Massnahmen handeln konnte, zumal im Dispositiv über sämtliche von der Mutter anfänglich gestellten Anträge, nicht aber über das Begehren um vorsorgliche Sistierung des Besuchsrechts, entschieden wurde. Über den Antrag auf vorsorgliche Sistierung des Besuchsrechts während laufendem Verfahren wurde gegenteils gar nicht befunden. Es fehlt zudem in den Erwägungen des Beschlusses jeglicher Hinweis darauf, dass es um den Erlass vorsorglicher Massnahmen gehen könnte. Die KESB stellte in den Erwägungen, wie in Entscheiden üblich, den bisherigen Verfahrensverlauf sowie die Vorbringen der Parteien und beteiligter Personen minutiös dar (BR act. 1A Rz 1 - 10) und unterzog diese einer Gesamtwürdigung (BR act. 1A Rz 14). Sie kam dabei zum Schluss, dass eine Gefährdung des Wohles von C.\_\_\_\_\_ durch die Besuchsrechtsausübung nicht dargetan sei. Die KESB erachtete die Vorwürfe der Mutter betreffend Vernachlässigung sowie sexuelle Handlung als nicht stichhaltig und eine Abänderung des Besuchsrechts als nicht gerechtfertigt. Die KESB hielt im Gegenteil fest, das Besuchsrecht gemäss Scheidungsurteil habe bisher funktioniert. Um einer Kindeswohlgefährdung vorzubeugen oder eine solche abzuwenden, hielt sie drei Beratungsgespräche der Parteien beim D1.\_\_\_\_\_ für notwendig, verhältnismässig und ausreichend. Die KESB erklärte in den Erwägungen ausdrücklich, über weitere Abklärungen und einzelne Beweisabnahmen müsste in *separaten Verfahren* befunden werden, wobei sie bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen hatte,

dass die restlose Aufklärung des Vorwurfs eines sexuellen Übergriffs von Strafbehörden vorgenommen werden müsste (BR act. 1A Rz 14). Damit liess die KESB auch in ihren Erwägungen wenig Zweifel darüber offen, dass das Verfahren bei ihr mit Entscheid vom 15. April 2020 zum Abschluss kommen sollte und aus ihrer Sicht kein Anlass für weitere Abklärungen zu einer Kindeswohlgefährdung bzw. für eine Abänderung des Besuchsrechts bestehe. Der Einwand des Vaters, der Auftrag an das D1.\_\_\_\_\_ zur Kontrolle der Einhaltung der Weisung und abschliessenden Berichterstattung gemäss Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Beschlusses mache diesen zum Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, überzeugt aufgrund der vorstehenden Erwägungen nicht. Die KESB ging offenkundig davon aus, dass die Besprechungen beim D1.\_\_\_\_\_ zur Gewährleistung des Kindeswohls genügen, behielt sich allerdings vor, ein neues Verfahren einzuleiten, sollte sich ihre Annahme später als falsch herausstellen. Die Beauftragung einer Drittinstitution im Entscheid, die Einhaltung von Weisungen zu kontrollieren und einen abschliessenden Bericht zu erstatten, macht diesen nicht zu einem solchen über vorsorgliche Massnahmen. So werden regelmässig in Endentscheiden der KESB über Kindesschutzmassnahmen Personen mit Aufgaben wie der späteren Berichterstattung betraut (bspw. der Beistand/die Beiständin).

5.3 In ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2020 an den Bezirksrat bekräftigte die KESB überdies, dass es sich beim Beschluss vom 15. April 2020 ihrer Auffassung nach um den Endentscheid handelt. So führte sie aus, sie habe mit besagtem Beschluss im Sinne der Kontinuität möglichst zeitnah dem Kindeswohl zuträgliche Massnahmen anordnen wollen "*- demnach nicht nur für die Dauer des Verfahrens*" (BR act. 7 S. 2 unten). Weiter erklärte sie, *infolge Spruchreife werde die Gefährdung des Kindeswohls in Form der Entfremdung abgewendet, indem der Antrag auf Abänderung des Besuchsrechts gemäss Scheidungsurteil abgewiesen werde. In der Beschwerdeschrift sei von einem Besuchsrecht während des Verfahrens die Rede. Nur sei dieses mit Beschluss vom 15. April 2020 gerade abgeschlossen worden* (BR act. 7 S. 3). Auch der Bezirksrat setzte dem Vater im Übrigen in seinem Beschwerdeverfahren eine Frist von 30 Tagen zur Beschwerdeantwort bzw. der KESB zur Stellungnahme zur Beschwerde, was zeigt, dass auch er

zumindest anfänglich von der Anfechtung eines Endentscheids ausging (BR act. 3).

5.4 Insgesamt erweist sich die Auffassung der Mutter, es handle sich beim Beschluss vom 15. April 2020 um einen Endentscheid, als zutreffend. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die KESB offenbar vergass, gleichzeitig mit dem Endentscheid über den Antrag auf vorsorgliche Sistierung des Besuchsrechts (im Sinne einer Abweisung) formell zu beschliessen.

5.5 Die Rechtsmittelfrist gegen den Endentscheid der KESB vom 15. April 2020 beträgt 30 Tage (Art. 450b Abs. 1 ZGB). Der Beschluss der KESB ging der Rechtsvertreterin der Mutter, soweit ersichtlich, am 22. April 2020 zu (KESB act. 68). Mit der Einreichung der Beschwerde am 20. Mai 2020 (Poststempel, BR act. 1) wurde die Beschwerdefrist somit eingehalten. Da auch die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen vorliegen, hätte der Bezirksrat auf die Beschwerde grundsätzlich eintreten und diese behandeln müssen. Folglich ist sein Nichteintretensentscheid (act. 6 Dispositiv-Ziffer I) aufzuheben.

6. Der Bezirksrat hat in seinen Erwägungen zwar im Sinne einer Eventualbegründung eine materielle Beurteilung der Beschwerde vorgenommen. Dabei handelt es sich indessen nur um eine summarische, oberflächliche Betrachtung, ohne einlässliche Beurteilung der von der Mutter vorgebrachten Einwände. Um den Parteien den gesetzlich vorgesehenen zweistufigen Rechtsmittelinstanzenzug zu gewährleisten, ist das Verfahren in Gutheissung der Beschwerdeanträge 1 und 4 zur materiellen Behandlung der Beschwerde an den Bezirksrat zurückzuweisen. Er wird darüber zu befinden haben, ob weitere Abklärungen zum Kindesschutz (vgl. auch nachfolgende Erw. 8.), wie dies die Mutter beantragt, notwendig sind und ob solche durch die zuständige KESB durchzuführen sind. Soweit die Mutter ihren Antrag auf Rückweisung an den Bezirksrat mit der Auflage verbindet, dieser sei zu verpflichten, die notwendigen umfassenden Abklärungen durchzuführen, ist ihr Antrag abzuweisen, zumal die Frage, ob solche zu treffen sind, zunächst vom Bezirksrat zu prüfen sein wird. Nach der Rückweisung des Verfahrens an den Bezirksrat erübrigen sich sodann Erwägungen zu den Anträgen 2 (Überweisung an

KESB des Kantons Zug) und 3 (Rückweisung an KESB Horgen). Diese sind ohne weiteres abzuweisen.

7. Die Mutter liess beim Bezirksrat für den Fall, dass der Antrag auf Rückweisung an die KESB bzw. der Antrag auf Vornahme weiterer Abklärungen gutgeheissen werde, vorsorglich ein begleitetes Besuchsrecht für die Dauer des Verfahrens beantragen (BR act. 1 Antrag 3). Zudem verlangte sie, der Beschwerde an den Bezirksrat sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (BR act. 1 Antrag 5). Obwohl der Bezirksrat zu beiden Anträgen beim Vater eine Gesuchantwort sowie bei der KESB eine Stellungnahme einholte (BR act. 3), hat er sich dazu in seinen Erwägungen nicht geäussert und über die Anträge im Dispositiv nicht formell entschieden. Dies hat er bei seiner neuen Entscheidung nachzuholen.

8.

8.1 Die Mutter ersucht auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne eines begleiteten Besuchsrechts, sollte der angefochtene Beschluss aufgehoben und die Sache zurückgewiesen werden (act. 2 Antrag 5). Der Vater hat sich dazu nicht geäussert (act. 10 S. 6 f.).

8.2 Die KESB hat in ihrem Beschluss vom 15. April 2020 bei summarischer Betrachtung nachvollziehbar dargelegt, weshalb sie derzeit keinen Anlass zur Abänderung des Besuchsrechts gemäss Scheidungsurteil sieht (BR act. 1A). Der Vater hat sämtliche Vorwürfe betreffend Vernachlässigung und sexuellem Übergriff glaubhaft bestritten (KESB act. 52, 52.1 und 73/1). Unklar bleibt zudem, welche Äusserungen C.\_\_\_\_\_ bezüglich eines sexuellen Vorfalls überhaupt machte (vgl. act. 52 S. 6). Die KESB hielt zusammengefasst fest, dass die angeblichen Äusserungen des Kindes zwar ernst zu nehmen seien, sich diese indessen nicht hätten erhärten lassen. Diese Überlegungen scheinen zutreffend. Anhaltspunkte für einen sexuellen Übergriff ergeben sich aus den Berichten von Dr. med. K.\_\_\_\_\_ vom 26. Februar 2020 und der Kinderschutzgruppe des L.\_\_\_\_\_ Spitals, M.\_\_\_\_\_, vom Februar 2020 nicht. Danach seien keine Spuren von Gewaltanwendung bei der körperlichen Untersuchung des Kindes gefunden worden (KESB act. 4/5, 4/6 und 9.1). Die Kinderschutzgruppe kam zum Schluss, dass aufgrund der Schilderungen der Mutter die Hypothese eines Übergriffs „nicht beweisfähig“

sei (KESB act. 4/6). Von einer Strafanzeige wurde, soweit ersichtlich, auf Anraten der Kinderschutzgruppe abgesehen. Auch die pauschalen Vorwürfe der Mutter betreffend Drogen- und Pornographiekonsum hat der Vater einstweilen glaubhaft bestritten (KESB act. 73/1) und werden nicht näher belegt. Zusammenfassend ist deshalb ein das Wohl von C.\_\_\_\_\_ gefährdendes Verhalten des Vaters, das eine vorsorgliche Abänderung des Besuchsrechts im Sinne eines begleiteten Besuchsrechts im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren dringend erfordert, nicht hinreichend glaubhaft. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ist deshalb abzuweisen. Allerdings bleibt zuhanden des Bezirksrats der Hinweis anzubringen, dass das J.\_\_\_\_\_ darauf hinwies, dass die Beziehung der Eltern konfliktbehaftet und durch die Planung der Ferien im November 2019 noch mehr getrübt worden sei. Eine sachliche, lösungsorientierte Kommunikation zwischen den Eltern in Bezug auf Kindesbelange scheint derzeit schwierig und dürfte durch die Beschwerdeverfahren tendenziell erschwert worden sein. Das J.\_\_\_\_\_ sah im zerstrittenen Verhältnis der Eltern ein gewisses Gefährdungspotenzial für die psychosoziale Entwicklung von C.\_\_\_\_\_. Die Eltern würden nach Ansicht der zuständigen Sozialarbeiterin, N.\_\_\_\_\_, möglicherweise fachliche Unterstützung, allenfalls in Form einer Mediation oder Besuchsbeistandschaft, benötigen (KESB act. 43 S. 5). Diese Überlegungen sind nachvollziehbar, aber noch genauer zu verifizieren. Ob die drei Besprechungen der Eltern beim D1.\_\_\_\_\_ bereits den von der KESB erhofften Erfolg und die nötige Entspannung gebracht haben, kann hier offen gelassen werden. Es wird Sache des Bezirksrats sein, dies abzuklären und bei einer Gefährdung des Kindeswohls Kindeschutzmassnahmen, wie die Errichtung einer Beistandschaft, genauer zu prüfen bzw. bei einer weiteren Rückweisung diese Fragen von der zuständigen KESB untersuchen zu lassen.

9. Die Mutter beantragt schliesslich, es sei ihrer Beschwerde an die Kammer die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 Antrag 7). Gemäss Art. 450c ZGB hat die Beschwerde in Kindeschutzsachen von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung, sofern die Erwachsenenschutzbehörde oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nichts anderes verfügt. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens ist einzig der Entscheid des Bezirksrats. Dieser hat keine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen und einer Beschwerde gegen seinen Ent-

scheid an die Kammer die aufschiebende Wirkung nicht entzogen (act. 6). Der vorliegenden, zweiten Beschwerde kommt damit ohne weiteres aufschiebende Wirkung zu, weshalb auf den Antrag mangels Beschwer nicht einzutreten ist.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens sind die Dispositiv-Ziffern II und III des Beschlusses des Bezirksrats zur Kostenfestsetzung und -verteilung ebenfalls aufzuheben. Der Bezirksrat wird darüber mit neuem Entscheid zu befinden haben.
2. Umstände halber ist für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren keine Gerichtsgebühr zu erheben.
3. Die Mutter dringt zwar im zweiten Beschwerdeverfahren mit ihren Anträgen mehrheitlich durch. Da jedoch davon auszugehen ist, dass beide Seiten zum Wohle des Kindes handelten, rechtfertigt es sich, grundsätzlich von einer hälftigen Kostenverteilung und dem Wett schlagen der Parteientschädigungen auszugehen. Entsprechend ist der Mutter keine Entschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf das Ausstandsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Auf das Begehren betreffend aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **und erkannt:**

1. In Gutheissung der Anträge 1 und 4 der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffer I, II und III des Beschlusses des Bezirksrats vom 17. August 2020 auf-

gehoben, und der Prozess wird im Sinne der Erwägungen zur Fortführung des Verfahrens an den Bezirksrat zurückgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wird abgewiesen.
4. Es werden für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten erhoben.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 10 und 11, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 11, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: