

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210079-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. PQ210080

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

Beschluss und Urteil vom 14. Dezember 2021

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin

betreffend **Anordnung einer Beistandschaft**

Beschwerde gegen Beschlüsse des Bezirkrates Horgen vom 29. September 2021 i.S. C._____, geb. tt.mm.2015, und D._____, geb. tt.mm.2018; VO.2021.22/23 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen, Beschlüsse Nr. 2021-A1-261/262 vom 2. März 2021)

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. C._____, geb. tt.mm.2015, und D._____, geb. tt.mm.2018, sind die Kinder von B._____ und A._____. Die Eltern sind nicht miteinander verheiratet. Am 9. Februar 2019 kam es zwischen den Eltern zu einer Auseinandersetzung, die zu einem Polizeieinsatz und zu einem vorübergehenden Aufenthalt der Mutter mit den Kindern im Frauenhaus führte (KESB 2018-773 act. 13, act. 19, KESB 2018-409 act. 13, 16). Seither leben die Eltern getrennt. Mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 4. Oktober 2019 wurde die gleichentags geschlossene Vereinbarung der Eltern genehmigt. Darin hatten sie sich auf eine gemeinsame elterliche Sorge, eine alternierende Obhut mit Hauptwohnsitz bei der Mutter und eine Betreuungsregelung geeinigt. Zudem hatten die Eltern einander gegenseitig die Erlaubnis erteilt, mit den Kindern Ferien im Ausland, insbesondere in Guinea, zu verbringen. Weiter hatten sie sich auf Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 910.– pro Kind (Fr. 510.– Barunterhalt und Fr. 400.– Betreuungsunterhalt) geeinigt (KESB 2018-773 act. 62/1-2, KESB 2018-409 act. 44/1-2). Am 6. Juni 2020 meldete A._____ der Kantonspolizei telefonisch, er habe einen Anruf von E._____, der Tochter von B._____, erhalten mit der Mitteilung, die Mutter wolle vom Balkon springen. Die ausgerückte Kantonspolizei zog einen Arzt bei, welcher B._____ fürsorglich im Sanatorium Kilchberg unterbrachte. Die Kantonspolizei stellte ihren Bericht vom 11. Juni 2020 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (nachfolgend KESB) zu (KESB 2018-773 act. 40, KESB 2018-409 act. 26). Diese tätigte in der Folge Abklärungen im familiären Umfeld der Kinder. Am 9. Juli 2020 hörte die KESB beide Eltern an (KESB 2018-773 act. 67, act. 70, KESB 2018-409 act. 49, act. 53) und erteilte dem Kinder- und Jugendhilfzentrum Adliswil (nachfolgend kjz) gleichentags einen Abklärungsauftrag (KESB 2018-773 act. 72, KESB 2018-409 act. 55). Der Abklärungsbericht des kjz Adliswil datiert vom 13. November 2020 (KESB 2018-773 act. 74.1, KESB 2018-409 act. 62.1). Am 10. Dezember 2020 hörte die KESB die Mutter zum Abklärungsbericht an (KESB 2018-773 act. 89, KESB 2018-409 act. 72), der Vater nahm mit Eingabe vom 1. Februar 2021 schriftlich dazu Stellung (KESB 2018-773

act. 108, KESB 2018-409 act. 91). Mit Beschlüssen vom 2. März 2021 errichtete die KESB für C._____ und D._____ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB und ernannte F._____ zur Beistandsperson mit dem Auftrag, zwischen den Eltern bei Streitigkeiten die Kinder betreffend zu vermitteln, die Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange zu fördern, die Ferienplanung inkl. Passübergabe gemäss Gerichtsurteil vom 4. Oktober 2019 zu koordinieren und zu überwachen und die Ausübung der Besuchsregelung zu überwachen, wenn nötig die Modalitäten des Besuchsrechts im Interesse der Kinder festzulegen (KESB 2018-773 act. 118, KESB 2018-409 act. 101).

1.2. A._____ – vertreten durch seine zwischenzeitlich mandatierte Rechtsvertreterin – erhob gegen die Beschlüsse der KESB Beschwerde beim Bezirksrat Horgen (Verfahrens-Nr. VO.2021.22 betreffend C._____, Verfahrens-Nr. VO.2021.23 betreffend D._____; je BR act. 1). Mit Beschlüssen vom 29. September 2021 hiess der Bezirksrat das Gesuch des Vaters um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das bezirksrätliche Verfahren gut; mit gleichzeitig ergehenden Urteilen wies der Bezirksrat die Beschwerden des Vaters gegen die Beschlüsse der KESB ab (BR 2021.22 act. 11, BR 2021.23 act. 9).

1.3. Gegen beide Urteile des Bezirksrates (nachfolgend Vorinstanz) erhob der Vater (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 3. November 2021 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Er stellt die folgenden Anträge (act. 1 S. 2, act. 12/1, sinngemäss):

1. Es seien die Beschlüsse und Urteil vom 29. September 2021 des Bezirksrat Horgen, VO.2021.22/3.02.02 und VO.2021.23/3.02.02, mithin auch die KESB-Beschlüsse Nr. 2021-A1-261 und Nr. 2021-A1-262, aufzuheben und es sei von der Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2015, sowie D._____, geb. tt.mm.2018, abzusehen.
2. Eventualiter seien die Beschlüsse und Urteile vom 29. September 2021 des Bezirksrat Horgen, VO.2021.22/3.02.02 und VO.2021.23/3.02.02, aufzuheben und die Angelegenheit zur ergänzenden Abklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Es sei dem Beschwerdeführer die in den Beschlüssen Nr. 2021-A1-261 und Nr. 2021-A1-262 auferlegten hälftigen Gebührenanteile in der Höhe von gesamthaft CHF 1'600 zu erlassen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. Staatskasse.

1.4. Die Kammer eröffnete zwei Verfahren mit den Geschäfts-Nr. PQ210079 und PQ210080 und zog die Akten der Vorinstanz (Verfahrens-Nr. VO.2021.22 betreffend C._____, act. 9/1-11, zitiert als BR 2021.22 act.; Verfahrens-Nr. VO.2021.23 betreffend D._____; act. 8/1-9, zitiert als BR 2021.23 act.) sowie diejenigen der KESB (Dossier Nr. 2018-773 betreffend C._____, act. 9/7/1-129, 14/130-137, zitiert als KESB 2018-773 act.; Dossier Nr. 2018-409 betreffend D._____, act. 12/8/7/1-112, 10/13/113-120, zitiert als KESB 2018-409 act.) bei. Mit Beschluss vom 17. November 2021 wurden die beiden Beschwerdeverfahren vor der Kammer vereinigt und unter der Geschäfts-Nr. PQ210079 weitergeführt (act. 11, act. 12/10). Die Akten des Verfahrens PQ210080 befinden sich als act. 12/1-13 in den Akten des vorliegenden Verfahrens.

2. Prozessuales

2.1. Allgemeines zum Beschwerdeverfahren

2.1.1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (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 Bezirksrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

2.2. Sachliche Zuständigkeit

2.2.1. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind die Entscheide des Bezirksrates, mit denen die Beschwerden des Beschwerdeführers gegen die Entscheide der KESB betreffend Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB für C._____ und D._____ abgewiesen wurden. Das angerufene Obergericht ist für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksrates im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes – unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen – zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 64 EG KESR).

2.2.2. Der Beschwerdeführer ersucht mit den Beschwerdeanträgen 3 um Erlass der ihm von der KESB auferlegten Gebühren in der Höhe von insgesamt Fr. 1'600.– (act. 2 S. 2, act. 12/2 S. 2). Die Vorinstanz wies diese Anträge des Beschwerdeführers um Erlass der ihm von der KESB auferlegten Gebühren ab (vgl. act. 8 S. 25, act. 12/7 S. 25).

2.2.3. Die Verfahrensbestimmungen im Schweizerischen Zivilgesetzbuch enthalten keine Regeln zu den Prozesskosten bzw. zu deren Erlass. Mit den Verfahrenskosten befasst sich das Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. § 60 EG KESR regelt die Kosten bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, enthält aber keine Bestimmungen zum Kostenerlass. Der allgemeine Verweis von § 40 Abs. 3 EG KESR auf die Schweizerische Zivilprozessordnung führt zur Anwendung von Art. 112 ZPO. Diese Bestimmung sieht vor, dass Gerichtskosten gestundet oder bei dauernder Mittellosigkeit erlassen werden können (Art. 112 Abs. 1 ZPO). Stundung und Erlass setzen eine Gerichtskostenschuld voraus. Entsprechend spielt Art. 112 ZPO erst nach abgeschlossenem Verfahren eine Rolle, während die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege während des laufenden Verfahrens beantragt werden muss (SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 111/112 N 10). Zuständig für ein Stundungs- oder Erlassgesuch ist diejenige Behörde, welche die Kosten rechtskräftig auferlegt hat bzw. welche für deren Inkasso zuständig ist.

2.2.4. Der Beschwerdeführer stellte vor Vorinstanz ein Gesuch um Kostenerlass (BR 2021.22 act. 1 S. 2, BR 2021.23 act. 1 S. 2). Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hatte er im KESB-Verfahren nicht gestellt und er machte im Beschwerdeverfahren vor Vorinstanz auch nicht geltend, die KESB habe ihm zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt. Die Kosten für die Beschlüsse der KESB vom 2. März 2021 wurden dem Beschwerdeführer von der KESB Bezirk Horgen in Rechnung gestellt (KESB 2018-773 act. 119, KESB 2018-409 act. 102). Die KESB Bezirk Horgen wird vom Zweckverband Soziales Netz Bezirk Horgen getragen, der sich aus den im Einzugsgebiet liegenden, politischen Gemeinden zusammensetzt (vgl. § 73 Gemeindegesetz sowie Vertrag über den Zweckverband Soziales Netz Bezirk Horgen vom Juli 2009, Zweckverbandstatuten Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen; zu finden auf www.snh-zv.ch > Über uns > Über den Zweckverband > Links/Downloads; *zuletzt besucht am 7. Dezember 2021*). Für die Erlassgesuche des Beschwerdeführers ist demnach der Zweckverband Soziales Netz Bezirk Horgen sachlich zuständig. Somit fallen die Beschwerdeanträge 3 nicht in den Zuständigkeitsbereich der Kammer, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

2.2.5. Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass auch die Vorinstanz für das vom Beschwerdeführer gestellte Erlassgesuch nicht zuständig gewesen wäre und demnach auf den entsprechenden Antrag nicht hätte eintreten dürfen. Da dies vom Beschwerdeführer nicht gerügt wird und er dadurch nicht beschwert ist, erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen.

2.3. Legitimation

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Der Beschwerdeführer ist durch die Urteile des Bezirksrates beschwert. Daneben enthalten die Beschwerden Anträge und eine Begründung (act. 2, act. 12/2). Dem Eintreten auf die Beschwerden steht – mit Ausnahme der erwähnten Beschwerdeanträge 3 – grundsätzlich nichts entgegen.

2.4. Prüfungsschema und Begründungsobliegenheit

2.4.1. 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 (BSK ZGB I-DROESE/STECK, 6. Aufl. 2018, Art. 450a 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). Im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gilt die Untersuchungsmaxime und es gibt im Anwendungsbereich von Art. 446 ZGB grundsätzlich keine Novenbeschränkung (OGer ZH, PQ190050 vom 26. August 2019 E. 2.3).

2.4.2. Nachfolgend wird auf die Argumente des Beschwerdeführers näher einzugehen und dabei auch zu prüfen sein, ob seine Vorbringen den vorstehenden Anforderungen genügen.

3. Anordnung einer Besuchsrechtsbeistandschaft

3.1. Die Vorinstanz begründete die Abweisung der Beschwerde gegen die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft für C._____ und D._____ wie folgt: Aus den Akten der KESB und dem Abklärungsbericht des KJZ ergebe sich, dass das Verhältnis zwischen den Eltern als angespannt, wenn nicht sogar konfliktbeladen, bezeichnet werden könne. Die Kommunikation zwischen den Eltern schein zeitweise erschwert und der Umgang des Beschwerdeführers gegenüber der

Beschwerdegegnerin von einer teilweisen Respektlosigkeit geprägt zu sein. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers, wonach die früheren Spannungen zwischen den Eltern noch aus der Zeit des Gerichtsverfahrens im Oktober 2019 herrührten, liessen die Schilderungen der Beschwerdegegnerin anlässlich der Anhörung vom 9. Juli 2020 darauf schliessen, dass die Spannungen und Konflikte über das gerichtliche Verfahren und dessen Abschluss im Oktober 2019 hinaus weiter bestanden hätten. Der Beschwerdeführer bestreite nicht, dass die Beschwerdegegnerin und er in verschiedenen Bereichen, wie die Erneuerung der Pässe, der geeigneten Ferienorte sowie der Kinderunterhaltsbeiträge, uneinig seien. Da sich die Eltern in wichtigen Punkten nicht einig seien, über eine alternierende Obhut, ein spannungsgeladenes Verhältnis sowie eine erschwerte Kommunikation verfügten, erwiesen sich unterstützende Massnahmen als erforderlich und verhältnismässig. Die Meinungsverschiedenheiten und Konflikte der Parteien seien nicht mehr im normalen Rahmen und die Wahrscheinlichkeit, dass die Eltern diese Konflikte und Meinungsverschiedenheiten ohne unterstützende Massnahmen bewältigen könnten, sei sehr klein, zumal der Konflikt und die Spannungen seit Februar 2019 bestünden. Aufgrund des Suizidversuchs der Beschwerdegegnerin, welcher die Tragweite des Konflikts sowie die psychische Verfassung der Beschwerdegegnerin verdeutlicht hätten, könne durchaus angenommen werden, dass die Konflikte der Eltern und die mangelnde konstruktive Kommunikation ein Ausmass erreicht hätten, welches das Kindeswohl von C._____ und D._____ gefährde. Eine drohende Kindeswohlgefährdung bestehe nicht nur darin, dass sie den Konflikten der Eltern ausgeliefert seien, sondern auch darin, dass sich ein Loyalitätskonflikt und schliesslich ein Entfremdungs- und Entziehungsverhalten der Kinder gegenüber der Beschwerdegegnerin entwickeln könnten. Ausserdem bestehe die Gefahr, dass Entscheidungen nicht dem Wohl der Kinder entsprechend getroffen würden. Eine Beistandschaft erscheine als die mildeste, erfolgversprechende Massnahme, um der konkreten Gefährdungslage zu begegnen. Es sei im vorliegenden Fall zwingend erforderlich, eine Beistandschaft zu errichten mit dem Ziel, die Kommunikation zu fördern und Spannungen zwischen den Eltern abzubauen, eine negative Beeinflussung der Kinder zu vermeiden sowie bei Problemen und Meinungsverschiedenheiten der Eltern zu vermitteln. Entge-

gen der Kritik des Beschwerdeführers könne aufgrund der Anzahl von Abklärungen und Gesprächen davon ausgegangen werden, dass der Bericht fundiert erfolgt sei (act. 8 S. 20-23, act. 12/7 S. 20-23).

3.2. Der Beschwerdeführer schildert in der Beschwerdeschrift zunächst die Vorfälle vom 9. Februar 2019 und 6. Juni 2021 (recte: 6. Juni 2020) aus seiner Sicht (act. 2 S. 4 ff. Ziff. I 2-7, act. 12/2 S. 4 ff. Ziff. I 2-7). Anlässlich der Anhörung der Beschwerdegegnerin bei der KESB am 10. Dezember 2020 habe sie mitgeteilt, dass die Kommunikation mit ihm gut verlaufe und sie ihn ohne weiteres fragen könne, ob er die Kinder übernehme, wenn sie etwas zu erledigen habe. Wenn sich C._____ negativ über den Vater äussere, korrigiere sie sie (act. 2 S. 5 Ziff. I 8, act. 12/2 S. 5 Ziff. I 8). Die Vorinstanz habe sich in ihren Erwägungen nicht mit den von ihm erläuterten positiven Entwicklungen hinsichtlich Kommunikation auseinander gesetzt, sondern sie habe sich rein auf die Akten und den Abklärungsbericht des kjz Adliswil, der nun rund ein Jahr zurückliege, abgestützt. Die Vorinstanz attestiere den Eltern nach wie vor eine erschwerte Kommunikation, obwohl dies schlichtweg mit der gegebenen Situation nicht übereinstimme (act. 2 S. 6 Ziff. I 10, act. 12/2 S. 6 Ziff. I 10). Entgegen der Begründung im angefochtenen Entscheid könne von einer drohenden Kindeswohlgefährdung keine Rede sein. Die Kinder hätten sich an die alternierende Obhut gewöhnt und entwickelten sich ihrem Alter entsprechend, schulisch und ausserschulisch, sehr gut. Seit Eintritt in die Sekundarstufe komme E._____ jeden Freitag für ein gemeinsames Mittagessen in seine Wohnung oder diejenige seiner Eltern. In den vergangenen Sommerferien seien alle drei Kinder im Zeltlager der Jungwacht G._____ gewesen, wo er (der Beschwerdeführer) als einer der Köche dabei gewesen sei und sich um die Kinder gekümmert habe. Die Spannungen zwischen den Eltern, welche nicht zuletzt durch die Abklärungen des kjz und die damit zusammenhängenden Gespräche mit der KESB hervorgerufen worden seien, hätten sich gänzlich gelegt. Sie hätten die Trennung vom Februar 2019 gänzlich verdaut und den Fokus einzig auf das Wohlbefinden der Kinder gelegt. Der Selbstmordversuch der Beschwerdegegnerin vom 6. Juni 2020 habe ihn besonders aufgeschreckt, allerdings hätten beide Eltern seither an sich gearbeitet und sich um eine gut funktionierende Kommunikation unter sich bemüht. In der Zwischenzeit

würden sie sogar einen fast freundschaftlichen Umgang miteinander pflegen. Dies zeige sich unter anderem daran, dass sie mehrmals pro Woche telefonierten, per WhatsApp schrieben und er der Beschwerdegegnerin das Geld für einen Flug nach H._____/Guinea ausgeliehen habe. Der eingereichte Auszug der WhatsApp-Nachrichten widerlege die Vermutungen der Vorinstanzen, dass das Verhältnis angespannt und ihre Kommunikation erschwert sei, eindeutig. Die Übergaben der Kinder verliefen ohne nennenswerte Probleme und seine Mutter unterstütze beide Eltern gleichermassen. Seine Mutter, welche die Kinder oft betreue, könnte dazu befragt werden. Sie hätten als Eltern einen Weg gefunden, um miteinander zu kommunizieren, ohne sich gegenseitig mit (unbegründeten) Vorwürfen zu belasten. Insbesondere die von der Beschwerdegegnerin in der Anhörung vom 9. Juli 2020 erhobenen Vorwürfe, er habe sie in der Vergangenheit schlecht behandelt und ihr gegenüber sexuelle Anspielungen gemacht, seien falsch. Er habe diese Vorwürfe vor Vorinstanz bewusst unkommentiert gelassen, weil er die Erfahrung gemacht habe, dass die Vorinstanz sich rein auf die Seite der Beschwerdegegnerin gestellt habe und er davon ausgegangen sei, er könne mit seinen Äusserungen ohnehin nichts bewirken oder die Vorinstanz würde diese gegen ihn und als Rechtfertigung für die Kinderschutzmassnahmen verwenden. Die Beschwerdegegnerin habe ihn seit diesem Sommer nicht mehr auf die Erneuerung der Kinderpässe oder auf ihren Wunsch, die Ferien mit den Kindern in Guinea oder Sierra Leone zu verbringen, angesprochen. Wenn sie dies täte, würde er sich um eine gemeinsame Lösung mit der Beschwerdegegnerin bemühen. Falls sie keine gemeinsame Lösung finden würden, könnte die Beschwerdegegnerin sich immer noch direkt oder indirekt, via Sozialarbeiterin, an die KESB wenden. Sie kenne die ihr offenstehenden Möglichkeiten aus der Vergangenheit bereits bestens. Im Übrigen spreche er die Unterhaltsthematik nicht mehr an und akzeptiere, dass die Beschwerdegegnerin zu keiner aussergerichtlichen Lösung bereit sei. Vor diesem Hintergrund wäre die Einsetzung einer Beiständin im jetzigen Zeitpunkt mit den Grundsätzen der Subsidiarität, Verhältnismässigkeit und Komplementarität nicht zu vereinbaren, zumal keine Kindeswohlgefährdung vorliege (act. 2 S. 8 ff. Ziff. II 4-12, act. 12/2 S. 8 ff. Ziff. II 4-12).

3.3. Die KESB trifft auf Antrag oder von Amtes wegen die zum Schutz des Kindes notwendigen und geeigneten Massnahmen (Art. 307 ff. ZGB). Eine Gefährdung des Kindeswohls wird dann angenommen, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls vorauszusehen ist. Es kann sich dabei um körperliche oder psychische Gefährdungen oder Kombinationen zwischen beiden Arten handeln. Es ist kein Verschulden der Eltern notwendig und die Gefahr muss nicht direkt von ihnen ausgehen: Es genügt, wenn sie das Kind nicht ausreichend schützen können (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Aus der fehlenden Kooperationsbereitschaft der Eltern darf aber nicht direkt ohne Weiteres auf die Gefährdung des Kindes geschlossen werden. Kindesschutzmassnahmen sollen präventiv wirken. Es ist deshalb insbesondere nicht erforderlich, dass sich die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls schon verwirklicht hat. Dadurch soll sichergestellt werden, dass interveniert werden kann, bevor eine Schädigung des Kindes eintritt (CANTIENI/BLUM, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2016, N 15.10 f.).

Die Massnahmen zum Schutz der Kinder können in Ermahnungen oder der Erteilung von Weisungen bestehen (Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB) und gehen über die Bestellung einer Beistandschaft (Art. 308 ZGB) weiter bis hin zum Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) und der elterlichen Sorge (Art. 311 ZGB). Der Auftrag eines Besuchsrechtsbeistandes besteht in der Vermittlung bei Streitigkeiten und in der Festlegung der Modalitäten, damit die Kontakte inklusive Übergaben zwischen Kind und Elternteil möglichst kindeswohlverträglich verlaufen. Er hat darauf hinzuwirken, dass Spannungen zwischen den Eltern abgebaut und negative Beeinflussungen des Kindes möglichst vermieden werden (CANTIENI/BLUM, a.a.O., N 15.71). Alle anzuordnenden Massnahmen unterliegen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, welche durch die Grundsätze der Prävention Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität konkretisiert werden (BSK ZGB I-BREITSCHMID, 6. Aufl. 2018, Art. 307 N 4 ff.).

3.4. Aus dem Abklärungsbericht des KJZ vom 13. November 2020 geht hervor, dass die erschwerte Kommunikation der Eltern im Rahmen der alternierenden

Obhut aus Sicht der Abklärenden ein Risiko für das Kindeswohl darstelle. Wenn bei einer solchen Betreuungsregelung keine konstruktive Kommunikation zwischen den Eltern als Grundlage bestehe, drohe die Gefahr, dass die Kinder in einen Loyalitätskonflikt kämen und/oder Entscheidungen getroffen würden, die nicht dem Kindeswohl entsprächen. Ein weiterer Risikofaktor stellten die Belastungen dar, denen die Mutter ausgesetzt sei. Darunter leide ihre psychische Gesundheit. Sie sei diversen druckauslösenden Faktoren ausgesetzt, insbesondere dem Druck des Migrationsamtes wegen der Aufenthaltsbewilligung, der Finanz- und Arbeitssituation, welche nur Aushilfs- und Gelegenheitsjobs ermögliche, der Verarbeitung der Trennung, der Integration in der Schweiz und der Trennung von ihrem Sohn, welcher in Guinea lebe. Nicht zuletzt nehme die Betreuung ihrer Kinder viel Kraft in Anspruch. Die Mutter werde von der Sozialhilfe unterstützt, eine Alimentenbevorschussung sichere den Unterhalt der Kinder. Sie nehme aus Resourcegründen weder Beratung noch Therapie in Anspruch. Ausserdem lebe sie sozial isoliert. Durch die räumliche Trennung des Sozialumfeldes der Kinder aufgrund der verschiedenen Wohnorte könnten weniger eigenständige Beziehungen von diesen aufgebaut werden. Der Kontakt zu Schulkameraden oder Kolleginnen im Wohnumfeld werde dadurch eingeschränkt. Durch die Aufteilung der Obhut würden die Entwicklungsmöglichkeiten der Kinder auf Selbständigkeit eingeschränkt. Generell liege ein mögliches Gefährdungspotential vor, da durch den Migrationshintergrund eines Elternteils bei einer Trennung weniger Zeit und Ressourcen zur Stärkung der Integration und Selbständigkeit vorlägen. Ebenso sei bekannt, dass durch ein Fehlen eines eigenen unterstützenden familiären Umfelds bei einem Elternteil nach der Trennung eine zusätzliche Belastung entstehe. Der Vater und E. _____ hätten wiederholt ihre Sorgen vor einer möglichen Beschneidung der Mädchen bei einem nächsten Aufenthalt in Guinea geäussert. Der Vater befürchte ausserdem, dass die Mutter mit den Kindern nach Guinea reisen und nicht mehr zurückkehren könnte. Dass er deshalb nicht bereit sei, einer Passerneuerung der Kinder zuzustimmen, werde von den Abklärenden als Verletzung der gemeinsamen elterlichen Sorge wahrgenommen. Seiner Sorge um das Wohlergehen der Kinder müsse aus Sicht der Abklärenden jedoch Rechnung getragen werden und die Kinder dringend vor den genannten Gefahren geschützt werden.

Für die Kinder sei es in dieser belastenden familiären Situation wichtig, gesunde Lebensfelder zu erleben. Dazu gehöre neben der Schule auch eine angemessene Freizeitgestaltung. Aktuell schein die Mutter für deren Umsetzung auf Unterstützung angewiesen zu sein, da ihr noch die Ressourcen im Umfeld fehlten. Das Kindeswohl von D._____, C._____ und E._____ sei diversen Risikofaktoren ausgesetzt. Es lägen aber auch durchaus Schutzfaktoren vor. Insgesamt schätzten die Abklärenden die schwierige Kommunikation der Eltern und die Belastungssituation der Mutter als überwiegend ein, weshalb die Familie auf fachliche Unterstützung angewiesen sei. Mit Bezug auf die Frage, wie sich das Kindeswohl ohne Unterstützung entwickeln würde, hielten die Abklärenden fest, es liege die Hypothese nahe, dass die Kinder weiterhin und andauernd Unstimmigkeiten der Eltern und dadurch einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt seien. Ausserdem sei die Position der Mutter gegenüber derjenigen des Vaters geschwächt, nicht zuletzt aufgrund ihres sozialen Status, und sie schein oft alleine dazustehen. Es sei aus Sicht der Abklärenden nicht ausgeschlossen, dass die Mutter erneut in eine Überlastungssituation geraten könnte. Beim Vater hätten die Abklärenden eine eher unkooperative Haltung in Bezug auf die Auskunftserteilung und auch eine eher misstrauische Haltung gegenüber einem möglichen negativen Vorurteil der Behörden ihm als Vater gegenüber festgestellt. Er habe gegenüber den Abklärenden die Haltung vertreten, dass die Probleme alleine auf das Verhalten der Mutter zurückzuführen seien. Ohne Unterstützung könnte sich aufgrund der finanziellen, familiären und kulturellen Besserstellung des Vaters ein Entfremdungs- und Entziehungsverhalten der Kinder gegenüber der Mutter entwickeln, da zurzeit keine Einsicht des Vaters bezüglich seiner eigenen Verhaltensanteile an der problematischen Gesamtsituation der Familie vorliege (KESB 2018-773 act. 79.1 S. 13 ff., KESB 2018-409 act. 62.1 S. 13 ff.).

3.5. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie habe sich in ihren Erwägungen nicht mit den positiven Entwicklungen hinsichtlich Kommunikation auseinander gesetzt, sondern auf die Akten und den rund ein Jahr alten Abklärungsbericht abgestützt (act. 2 S. 6 Ziff. I 10, act. 12/2 S. 6 Ziff. I 10). Es mag sein, dass sich die bei der Trennung im Februar 2019 entstandenen Spannungen zwischen den Parteien, welche die Abklärungen ursprünglich ausgelöst hatten, zwischen-

zeitlich etwas gelegt haben. Dies zeigte sich bereits im Rahmen des Abklärungsverfahrens sowie anlässlich der oben erwähnten Anhörung der Beschwerdegegnerin vom 10. Dezember 2020 darin, dass sich die Kommunikation unter den Eltern verbessert hat. Die Beschwerdegegnerin – darauf weist der Beschwerdeführer zutreffend hin – sagte in der Anhörung vom 10. Dezember 2020 aus, die Kommunikation mit ihm sei besser geworden und die Kommunikation bezüglich der Kinder laufe gut. So klappe es beispielsweise gut, wenn sie miteinander abmachen und er die Kinder übernehme, weil sie etwas tun oder erledigen müsse (KESB 2018-773 act. 89 S. 2, KESB 2018-409 act. 72 S. 2). Während die Beschwerdegegnerin in der Anhörung vom 9. Juli 2020 dem Beschwerdeführer noch vorgeworfen hatte, er behandle sie schlecht und mache ihr gegenüber sexuelle Anspielungen (KESB 2018-773 act. 68 S. 2, KESB 2018-409 act. 49 S. 2), erklärte sie rund fünf Monate später, er habe dies nicht mehr gemacht. Unabhängig davon, ob die ursprünglich von der Beschwerdegegnerin erhobenen Vorwürfe zutrafen, was vom Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren bestritten wird (act. 2 S. 9 Ziff. II 7, act. 12/2 S. 9 Ziff. II 7), ist aufgrund der Aussagen der Beschwerdegegnerin in der Anhörung vom 10. Dezember 2020 anzunehmen, dass sich der Konflikt der Parteien verglichen mit dem Zeitpunkt der Trennung auf einer tieferen Eskalationsstufe befindet und sich ihre Kommunikation verbessert hat.

3.6. Dass sich die Parteien betreffend die Betreuung der Kinder per Kurznachrichten verständigen können, wird auch durch den vom Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren neu eingereichten WhatsApp-Chat-Verlauf (act. 4/7, act. 12/4/7) belegt, wobei an dieser Stelle nicht näher auf den Beweiswert dieser Auszüge einzugehen ist. Tatsächlich ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass die Kommunikation der Parteien über Alltägliches und über die Betreuung der Kinder im Alltag funktioniert. Allerdings ist damit – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – nicht nachgewiesen, dass sich die Kommunikation unter den Parteien, welche stark durch die schwächere Position der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer geprägt ist, grundlegend verändert hat. Bereits anlässlich der Anhörung vom 10. Dezember 2020 erklärte die Beschwerdegegnerin, dass bezüglich der Pässe der Kinder ein Problem be-

stehe, obwohl sie gemäss Gerichtsurteil mit den Kindern in die Ferien gehen dürfe. Weiter teilte die Beschwerdegegnerin der KESB mit, dass sie im Dezember 2021 mit ihren Kindern Ferien machen wolle, der Beschwerdeführer jedoch Argumente gegen Ferien in ihrem Land vorbringe. Sie werde sich in einem Hotel aufhalten, alles sei sicher dort (KESB 2018-773 act. 89 S. 2 f., KESB 2018-409 act. 72 S. 2 f.). Damit geht aus den Aussagen der Beschwerdegegnerin hervor, dass sich die Parteien – trotz der Verbesserung ihres Verhältnisses – in wesentlichen Fragen nicht einig sind. Der Beschwerdeführer räumt in seiner Beschwerde denn auch ein, dass sich die Parteien in wesentlichen Punkten, wie Ferien der Beschwerdegegnerin mit den Kindern in Guinea und die Ausstellung der Kinderpässe, nach wie vor nicht geeinigt haben (act. 2 S. 10 Ziff. II 8, act. 12/2 S. 10 Ziff. II 8). Aus der Tatsache, dass ihn die Beschwerdegegnerin seit dem Sommer nicht mehr darauf angesprochen haben soll, lässt sich nichts zu seinen Gunsten ableiten. Vielmehr scheint der damit verbundene Konflikt lediglich aufgeschoben zu sein. Auch die Erklärung des Beschwerdeführers, wenn die Beschwerdegegnerin ihn darauf anspräche, würde er sich um eine Lösung bemühen, ist unbehelflich. Er bzw. beide Parteien zusammen hätten sich schon längst um eine Lösung bemühen können, besteht doch die diesbezügliche Differenz seit längerem und ist nicht ersichtlich, dass sie sich von selbst lösen wird. Der Beschwerdeführer befürchtete bereits im Februar 2019, die Beschwerdegegnerin könnte im Zuge der Trennung mit den Kindern nach Guinea ausreisen (act. 2 S. 4 Ziff. I 2, act. 12/2 S. 4 Ziff. I 2). Dennoch erteilte er im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens am 4. Oktober 2019 der Beschwerdegegnerin die Erlaubnis, mit den Kindern Ferien im Ausland, insbesondere in Guinea, zu verbringen (KESB 2018-773 act. 62.1-2, KESB 2018-409 act. 44.1-2). Es ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, dass sich die Parteien auf eine einvernehmliche Lösung werden einigen können, nachdem ihnen dies auch unter dem Druck des vorliegenden Verfahrens, welches bereits mehr als ein Jahr dauert, nicht gelungen ist. Der Beschwerdeführer nennt keine Anhaltspunkte, die darauf schliessen liessen, dass die Parteien gemeinsam eine Lösung finden werden. Seine Darstellung, die Beschwerdegegnerin könne sich, falls sie keine gemeinsame Lösung finden würden, immer noch direkt oder indirekt an die KESB wenden (act. 2 S. 10 Ziff. II 8, act. 12/2 S. 10 Ziff. II 8), wür-

de auf eine Wiederholung des vorliegenden Verfahrens hinaus laufen. Schliesslich lässt sich auch aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer die Unterhaltsthematik nicht mehr anspricht und nach eigenen Angaben akzeptiert, dass die Beschwerdegegnerin zu keiner aussergerichtlichen Lösung bereit ist, keine grundlegende Verbesserung der Kommunikation ableiten. Stellt man auf die Angaben des Beschwerdeführers ab, so ist sicher positiv zu werten, dass er diesbezüglich keinen Druck (mehr) auf die Beschwerdegegnerin ausübt, zumal sie nach Einschätzung der Abklärungspersonen zahlreichen weiteren druckauslösenden Faktoren ausgesetzt ist (vgl. KESB 2018-773 act. 79.1 S. 13, KESB 2018-409 act. 62.1 S. 13). Auch der Umstand, dass die Mutter des Beschwerdeführers die Kinder oft betreut und E. _____ ebenfalls regelmässigen Kontakt zu ihm und seinen Eltern pflegen kann, ist sehr zu begrüßen. Gleiches gilt für den vom Beschwerdeführer geschilderten Umstand, dass er der Beschwerdegegnerin das Geld für eine Flugreise nach Guinea ausgeliehen hat. Eine grundlegende Verbesserung in der Elternkommunikation ist aber mit all diesen durchaus positiven Aspekten nicht dargetan.

3.7. Wenn der Beschwerdeführer ausführt, die Übergaben der Kinder würden ohne nennenswerte Probleme verlaufen (act. 2 S. 9 Ziff. II 6, act. 12/2 S. 9 Ziff. II 6), räumt er implizit gewisse Probleme ein. Aufgrund des eingereichten WhatsApp-Chat-Verlaufs ist davon auszugehen, dass sich die Parteien via WhatsApp verständigen und einander bei den Kinderübergaben nicht begegnen. So schrieb die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer am 21. September 2021 um 7.59 Uhr: "Pardon quand tu viens déposer les enfants, faut-il rester en bas garde une distance entre nous pour éviter tout problème". Dies heisst frei übersetzt: "Entschuldige, wenn du die Kinder zurück bringst, musst du unten bleiben, halte Abstand zwischen uns ein, um jegliche Probleme zu vermeiden." (act. 4/7 S. 7, act. 12/4/7 S. 7). Damit dürfte der Umstand, dass es bei den Übergaben der Kinder in den Worten des Beschwerdeführers nicht zu nennenswerten Problemen kommt, damit zu tun haben, dass sich die Parteien gar nicht begegnen. Dies deutet aber nicht auf eine grundlegende Verbesserung in der Elternkommunikation und insbesondere – anders als vom Beschwerdeführer erwähnt (act. 2 S. 8 Ziff. II 5, act. 12/2 S. 8 Ziff. II 5) – nicht auf einen gänzlichen Abbau

der zwischen den Eltern bestehenden Spannungen hin. Vielmehr lässt dieser Umstand darauf schliessen, dass weiterhin Spannungen und Kommunikationsprobleme bestehen, diese aber durch Kontaktvermeidung umgangen werden sollen. Gerade bei einer alternierenden Obhut kommt einem reibungslosen und spannungsfreien Ablauf der Kinderübergaben grosses Gewicht zu. Die Vermeidung von Kontakt unter den Eltern mag vorübergehend oder bei älteren Kindern durchaus eine Option zur Konfliktminimierung sein und es ist grundsätzlich positiv, wenn die Eltern selbständig solche Massnahmen ergreifen. Im noch jungen Alter von C._____, geb. tt.mm.2015, und D._____, geb. tt.mm.2018, sind kontaktlose Übergaben, die auf tieferegreifende Spannungen zwischen den Eltern hindeuten, jedoch keine dauerhafte Lösung.

3.8. Die weiterhin bestehenden Kommunikationsprobleme und Spannungen zeigen sich nicht nur darin, dass sich die Eltern im Rahmen der Kinderübergaben offenbar nicht begegnen, sondern – wie bereits erwähnt – auch darin, dass sie sich bezüglich Entscheiden von einiger Tragweite, wie den Reisen ins Heimatland der Beschwerdegegnerin und der Erneuerung der Kinderpässe, trotz einer gerichtlich genehmigten Vereinbarung nicht verständigen können. Vor dem Hintergrund der gelebten alternierenden Obhut rechtfertigen diese Kommunikationsprobleme Massnahmen zum Schutze von C._____ und D._____, wobei angesichts der schwierigen Position der Beschwerdegegnerin die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB verhältnismässig erscheint. Die Abweisung der Beschwerden gegen die Entscheide der KESB vom 2. März 2021 durch die Vorinstanz ist aufgrund des Gesagten nicht zu beanstanden. Die vorliegenden Beschwerden (Beschwerdeanträge 1 und 2) sind abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen und unentgeltliche Rechtspflege

4.1. Umständehalber ist auf die Erhebung einer Entscheidgebühr zu verzichten. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beschwerdeführer nicht, da er mit seinen Beschwerden vollumfänglich unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

4.2. Der Beschwerdeführer beantragt für das vorliegende Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2, act. 12/2 S. 2). Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (sog. Mittellosigkeit) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c Satz 1 ZPO).

4.3. Da die Gerichtskosten ausser Ansatz fallen, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Bezug auf die Gerichtskosten infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

4.4. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist aufgrund seiner ausgewiesenen, finanziellen Verhältnisse zu bejahen (act. 2 und 4/9-14, act. 12/2 und 12/4/9-14). Auch wenn die Beschwerden abzuweisen sind, ist in Kinderbelangen praxisgemäss nur sehr zurückhaltend von der Aussichtslosigkeit eines Begehrens auszugehen (vgl. OGer ZH PQ170055 vom 3. August 2017 E. II/3.4). Im vorliegenden Verfahren geht es um Kindesschutzmassnahmen. Obwohl die sich stellenden rechtlichen Fragen nicht besonders komplex sind, rechtfertigen die damit verbundenen Konsequenzen den Beizug eines Rechtsvertreters. Es scheint daher gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird hinsichtlich der Gerichtskosten abgeschrieben.

2. Dem Beschwerdeführer wird in der Person von Rechtsanwältin MLaw X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Auf die Beschwerdeanträge 3, es seien dem Beschwerdeführer die in den Beschlüssen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen Nr. 2021-A1-261 und Nr. 2021-A1-262 auferlegten hälftigen Gebührenanteile in der Höhe von gesamthaft Fr. 1'600.– zu erlassen, wird nicht eingetreten.
4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerden (Beschwerdeanträge 1 und 2) werden abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel der Beschwerdeschriften und Beilagen (act. 2 bis 4/2-14), die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: