

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ220020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschluss vom 19. Mai 2022

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Z._____,

betreffend **Kindesschutzmassnahmen / Wechsel Kindesvertretung**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirkrates Horgen vom 7. April 2022; VO.2021.50 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. A._____ und B._____ sind die Eltern von C._____. Mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Horgen vom 12. Juni 2019 wurde C._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge gestellt und festgelegt, dass sich der Hauptwohnsitz bei der Mutter befindet. Im Übrigen wurde die Vereinbarung der Eltern und der Beiständin betreffend Obhut und Kinderunterhalt genehmigt (KESB act. 44). Mit Eingabe vom 15. Dezember 2020 stellte B._____ (nachfolgend Beschwerdegegner) das Gesuch, der Hauptwohnsitz von C._____ sei zu ihm nach D._____ [Ort] zu verlegen (KESB act. 55). In der Folge bestellte die KESB für C._____ eine Kindesvertreterin in der Person von Z._____ (KESB act. 75). Da sich die Eltern nicht über den Wohnsitz von C._____ einigen konnten, legte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (nachfolgend KESB) nach durchgeführtem Verfahren den zivilrechtlichen Wohnsitz von C._____ mit Beschluss vom 3. August 2021 neu beim Beschwerdegegner fest (KESB act. 111). Gegen diesen Beschluss erhob A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 2. September 2021 Beschwerde beim Bezirksrat Horgen (BR act. 1). Während des laufenden Beschwerdeverfahrens stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 2. Dezember 2021 den prozessualen Antrag, die KESB sei anzuweisen, die Kindesvertreterin von C._____ per sofort aus ihrem Mandat zu entlassen und eine neue Kindesvertreterin zu bestellen (BR act. 22). Nachdem sowohl der Beschwerdegegner als auch die Kindesvertreterin zu diesem Antrag hatten Stellung nehmen können, wies der Bezirksrat den Antrag der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 7. April 2022 ab (BR act. 41 = act. 7, nachfolgend act. 7).

1.2. Gegen diesen Beschluss des Bezirksrats (nachfolgend Vorinstanz) erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. April 2022 beim Obergericht des Kantons Zürich Beschwerde mit den folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Der Beschluss vom 7. April 2022 des Bezirksrats Horgen sei vollumfänglich aufzuheben und die Kindesverfahrensvertreterin sei per sofort aus ihrem Mandat zu entlassen und es sei eine neue Kindesvertretung zu bestellen.

2. Eventualiter sei der Beschluss vom 7. April 2022 des Bezirksrats Horgen vollumfänglich aufzuheben und der Bezirksrat sei anzuweisen die Kindesverfahrensvertreterin per sofort aus ihrem Mandat zu entlassen und es sei eine neue Kindesvertretung zu bestellen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten des Beschwerdegegners."

Die Akten des Bezirksrates (act. 6/1-46; zitiert als BR act.), einschliesslich derjenigen der KESB (act. 6/6/1-118; zitiert als KESB act.), wurden beigezogen. Weiterungen erübrigen sich.

2. Beschwerdevoraussetzungen

2.1. Angefochten ist ein Beschluss der Vorinstanz betreffend den Wechsel einer Kindesvertretung. Der Begriff der Beschwerde bezeichnet in den Art. 450 - 450c ZGB grundsätzlich alle Rechtsmittel gegen Entscheide der KESB. Gemeint sind aber primär Rechtsmittel gegen Entscheide in der Sache, die angefochten werden können wegen Rechtsverletzung, unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, Unangemessenheit sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (vgl. Art. 450a ZGB). Demgegenüber können prozessleitende Entscheide grundsätzlich nach den Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO angefochten werden, mithin nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen oder wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (§ 40 Abs. 3 EG KESR i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 und 2 ZPO). Das Gesetz sieht keine Beschwerde gegen einen Entscheid betreffend Auswechslung einer Kindesvertretung vor. Entsprechend ist die Anfechtung des Beschlusses der Vorinstanz nur möglich, wenn der Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

2.2. Das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen. Die Prüfung erfolgt, wie allgemein bei der Prüfung von Prozessvoraussetzungen, nur auf Basis des dem Gericht vorgelegten Tatsachenmaterials (DIKE-Komm-ZPO-MÜLLER, 2. Aufl. 2016, Art. 60 N 1). Fehlt die Rechtsmittelvoraussetzung des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, so ist auf die

Beschwerde nicht einzutreten (OGer ZH PE110026 vom 6. Februar 2012 E. II./1.2 m.w.H.).

2.3. Die Beschwerdeführerin macht keine Ausführungen dazu, dass bzw. inwiefern ihr aufgrund des angefochtenen Beschlusses ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Nach den obgenannten Grundsätzen ist deshalb bereits mangels eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.4. Darüber hinaus fehlt es der Beschwerdeführerin auch an der Beschwerdelegitimation. Im Zusammenhang mit der Errichtung einer Kindesvertretung haben die Eltern einen Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs und ein Beschwerderecht. Da die Stellung der Eltern grundsätzlich nur durch die Einsetzung, nicht aber durch die späteren Handlungen eines Kindesvertreters im Verfahren beeinträchtigt wird, haben die Eltern in Bezug auf die Handlungen eines Kindesvertreters kein formelles Beschwerderecht. Sie haben auch kein Recht, aufgrund der Amtsführung eine Auswechslung der Kindesvertretung zu verlangen. Den Eltern muss aber die Möglichkeit zustehen, der einsetzenden Behörde einen Missstand zur Kenntnis zu bringen, so dass diese von Amtes wegen Massnahmen ergreifen kann, wenn dies als angezeigt erscheint. Gefährdet der Kindesvertreter mit seiner Amtsführung das Kindeswohl, muss die ernennende Behörde eingreifen und die notwendigen Massnahmen treffen können, wozu notfalls auch die Aberufung des Kindesvertreters gehört (BGer 5A_894/2015 vom 16. März 2016 E. 4.1).

2.5. Diese Rechtsprechung ist der Beschwerdeführerin bekannt. Sie ersucht die Kammer deshalb darum, nicht im Rahmen einer formellen Behandlung der Beschwerde, sondern im Rahmen einer von Amtes wegen vorzunehmenden Überprüfung auf ihre Rügen einzugehen (act. 2 Rz. 4).

2.6. Im Zusammenhang mit der von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung beruft sich die Beschwerdeführerin auf den bereits genannten Bundesgerichtsentscheid 5A_894/2015 vom 16. März 2016. Jenem Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht ging ein Beschwerdeverfahren vor der Kammer voraus. Der damalige

Beschwerdeführer hatte indessen nicht die Auswechslung der Kindesvertretung, sondern deren ersatzlose Aufhebung beantragt. Die Kammer erwog, mit der ersatzlosen Aufhebung der Kindesvertretung richte sich der Beschwerdeführer gegen die Kindervertretung als solche und nicht gegen die mit dieser Aufgabe beauftragte Person. Entsprechend wurde die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers bejaht. Der Antrag des Beschwerdeführers auf ersatzlose Aufhebung der Kindervertretung wurde in der Folge abgewiesen, da die Notwendigkeit einer Kindervertretung bei der gegebenen Konstellation auf der Hand lag (OGer ZH PQ150031 vom 5. Oktober 2015 E. II./1. und 2.). Anschliessend prüfte die Kammer im Rahmen der *Offizialmaxime*, ob eine Auswechslung des Kindesvertreters angezeigt sei, was ebenfalls abgelehnt wurde (a.a.O., E. III. 1.). Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung geschützt (a.a.O., E. 4.2). Der Entscheidung kann indessen nur so verstanden werden, dass im Rahmen eines hängigen Verfahrens von Amtes geprüft werden kann, ob ein Wechsel des Kindesvertreters aus Gründen des Kindeswohls notwendig ist. Eine Beschwerdelegitimation der Eltern im Hinblick auf die Auswechslung eines Kinderververtreters lässt sich aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid nicht ableiten.

2.7. Das vorliegende Verfahren liegt anders. Wie schon vor Vorinstanz beantragt die Beschwerdeführerin auch im Beschwerdeverfahren die Auswechslung der Kindesvertreterin (BR act. 22; act. 2). Für einen Wechsel der Kindesvertretung fehlt es der Beschwerdeführerin indessen aufgrund des Gesagten an der Legitimation. Fehlt es an einer Eintretensvoraussetzung, wie vorliegend an der Beschwerdelegitimation, kann auch keine materielle Prüfung erfolgen, auch nicht im Rahmen einer Prüfung von Amtes wegen. Darin liegt gerade der Unterschied zu dem von der Beschwerdeführerin erwähnten Verfahren PQ150031 bzw. dem in jenem Verfahren ergangenen Bundesgerichtsentscheid. Dort war die Beschwerdelegitimation des Vaters hinsichtlich des Antrags um Aufhebung der Kindesvertretung gegeben; die Eintretensvoraussetzungen waren erfüllt. Auch wenn der Beschwerdeantrag auf ersatzlose Aufhebung der Kindesvertretung unbegründet war, stand einer von Amtes wegen erfolgenden Prüfung eines Wechsels der Kindesvertretung nichts entgegen.

2.8. Die Beschwerdeführerin verweist im Zusammenhang mit der von ihr angestrebten Prüfung von Amtes wegen ausserdem auf einen neueren Entscheid der Kammer (OGer ZH PC210030 vom 13. September 2021). In jenem Verfahren wurde der Beschwerdeführerin die Legitimation betreffend den Antrag, die bestehende Kindesvertreterin sei zu ersetzen, abgesprochen und festgehalten, auf die Beschwerde werde deswegen nicht eingetreten (a.a.O. E. I. 3, insbes. 3.6). In der Folge wurde dennoch unter dem Titel "Prüfung von Amtes wegen" ausgeführt, dass keine erhebliche oder zumindest wiederholte Pflichtverletzung durch die Kindesvertreterin und damit keine Kindeswohlverletzung vorliege. Dabei wurde in den Erwägungen nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei der von Amtes wegen vorgenommenen Prüfung um eine Alternativbegründung handelte, um die Vorwürfe gegen die Kindesvertreterin zu entkräften. Dieses Vorgehen schien sich in jenem Verfahren im Hinblick auf das weitere Verfahren aufzudrängen, wobei nicht explizit erwähnt wurde, dass eine solche Prüfung im Rechtsmittelverfahren im Regelfall nur dann in Frage kommt, wenn die Eintretensvoraussetzungen des Rechtsmittels erfüllt sind.

2.9. Im vorliegenden Verfahren ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht gegeben, weshalb auf die Beschwerde auch aus diesem Grund nicht einzutreten ist. Da es an einer Eintretensvoraussetzung fehlt und auch kein Grund für eine ausnahmsweise zu erfolgende, inhaltliche Auseinandersetzung mit der Kritik der Beschwerdeführerin an der Person der Kindesvertreterin ersichtlich ist, erübrigen sich Weiterungen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Umständehalber fällt die Entscheidegebühr ausser Ansatz. Eine Parteientschädigung ist der unterliegenden Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie den Verfahrensbeteiligten, 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:

MLaw C. Funck

versandt am: