

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ220037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 5. Juli 2022

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Beschwerdeführer

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. A. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen (Ergänzung Gutachten)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Horgen vom 19. Mai 2022;
VO.2021.14 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)**

Erwägungen:

I.

1. Aufgrund einer Gefährdungsmeldung durch A._____ (Beschwerdeführerin 1) betreffend ihre Mutter C._____ (geb. tt. Oktober 1929; Verfahrensbeteiligte) eröffnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (KESB) im Juli 2020 ein Verfahren (KESB-act. 1 ff.). Seitens der Beschwerdeführerin 1 wurde im Wesentlichen vorgebracht, ihr Bruder D._____, der sich des Zahlungsverkehrs der Verfahrensbeteiligten angenommen habe, mische sich eigenmächtig, unangemessen und teilweise unrechtmässig in die finanziellen Angelegenheiten der Verfahrensbeteiligten ein und beeinflusse sie zulasten der anderen Kinder (Beschwerdeführerin 1 sowie B._____ [Beschwerdeführer 2]), so dass das persönliche und finanzielle Wohl der Verfahrensbeteiligten nicht mehr sichergestellt sei (KESB-act. 5 S. 3 ff.; KESB-act. 50 S. 2). Die Verfahrensbeteiligte werde von D._____ insbesondere beim Verfassen von Testamenten und Vorsorgeaufträgen beeinflusst (KESB-act. 5 S. 4 f.). Sie befinde sich mutmasslich in einem schweren Loyalitätskonflikt, zumal einerseits sowohl ihre Finanzen als auch ihr gesamter Lebenswandel durch D._____ kontrolliert würden, sie aber andererseits für die Betreuung vollständig auf sie (die Beschwerdeführerin 1) und ihre Familie, mit denen sie in einem Mehrgenerationenhaus lebe, angewiesen sei (KESB-act. 5 S. 1 f., 7 f.).

2. Die KESB führte am 5. August 2020 mit der Verfahrensbeteiligten eine Anhörung durch, an der diese ausführte, dass es ihr gut gehe, sie im Alltag keine Unterstützung benötige und sie für die Erledigung ihrer administrativen und finanziellen Belange durch ihren Sohn D._____ unterstützt werde. Sie wisse, dass sich die Kinder in der Erbsache nicht einig seien, finde aber, es sei alles gut geregelt und es solle so weitergehen wie bisher (KESB-act. 12 S. 3).

3. In der Folge wurden seitens der KESB weitere Abklärungen getroffen, Arztberichte eingeholt und Gespräche geführt sowie durch die Beschwerdeführer und D._____ Stellungnahmen eingereicht, insbesondere zur Frage der Einholung eines Gutachtens (vgl. KESB-act. 50 S. 2 f.). Mit Beschluss vom 2. Dezember 2020

bestellte die KESB Dr. med. E._____ Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, als Gutachter (KESB-act. 50). Am 24. Dezember 2020 erstattete Dr. E._____ sein Gutachten (KESB-act. 58/1), welches der Verfahrensbeteiligten, D._____ und den Beschwerdeführern gleichentags zugestellt wurde (KESB-act. 59). D._____ nahm mit E-Mail vom 2. Januar 2021 (KESB-act. 61) Stellung, der Beschwerdeführer 2 mit Eingabe vom 11. Januar 2021 (KESB-act. 64) und die Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 18. Januar 2021 (KESB-act. 66). Die Beschwerdeführer 1 und 2 beantragten die Neuvergabe des Gutachtensauftrags (KESB-act. 64 S. 6; KESB-act. 66 S. 2), die Beschwerdeführerin 1 mit folgendem konkreten Antrag:

"Es sei die F._____, ..., Universitäre Klinik für Akutgeriatrie oder eine andere geeignete Institution mit der Erstellung eines stationären Gutachtens gemäss Ziff. 2 des Beschlusses vom 2. Dezember 2020 zu beauftragen."

Mit Beschluss vom 9. Februar 2021 entschied die KESB einerseits über ein von der Beschwerdeführerin 1 mit Eingabe vom 28. Januar 2021 (KESB-act. 69) gestelltes Massnahmegesuch (Dispositiv-Ziffer 1) und andererseits wie folgt über die Anträge betreffend Begutachtung der Verfahrensbeteiligten (KESB-act. 71):

- "1. [...]
2. Der Antrag einer stationären Begutachtung von C._____ wird abgewiesen.
3. Das Ausstandsbegehren betreffend Dr. med. E._____ wird abgewiesen.
4. Der Gutachter Dr. med. E._____ wird ersucht, sein Gutachten vom 24. Dezember 2020 wie folgt zu ergänzen:
 - a) Beantwortung der Ergänzungsfragen gemäss Entscheid der KESB Bezirk Horgen vom 2. Dezember 2020, Dispositiv-Ziffer 2, von A._____ zu Frage e) und der Zusatzfragen sowie Beantwortung der Ergänzungsfrage von B._____;
 - b) Ergänzung des Aktennachweises, Aufnahme der Quellenhinweise / beigezogene Akten, Gesprächsdaten und Grundlagen für die Anamnese des Gutachtens;
 - c) Klare Trennung zwischen Quellen, Tatsachenfeststellung und psychiatrischer Beurteilung."

4. Hiergegen erhoben die Beschwerdeführer 1 und 2 mit Eingabe vom 1. März 2021 Beschwerde beim Bezirksrat Horgen (Vorinstanz) mit folgenden Anträgen (BR-act. 1 S. 2):

- "1. Es seien Dispositivziffer 2, Dispositivziffer 3 und Dispositivziffer 4 des Beschlusses vom 9. Februar 2021 aufzuheben;
2. Es sei die F._____, ..., Universitäre Klinik für Akutgeriatrie, oder eine andere geeignete Institution mit der Erstellung eines stationären Gutachtens gemäss Dispositivziffer 2 des Beschlusses Nr. 2020-A1-933 der KESB Bezirk Horgen vom 2. Dezember 2021 zu beauftragen;
3. Eventualiter sei die F._____, ..., Universitäre Klinik für Akutgeriatrie, oder eine andere geeignete Institution mit der Erstellung eines ambulanten Gutachtens gemäss Dispositivziffer 2 des Beschlusses Nr. 2020-A 1-933 der KESB Bezirk Horgen vom 2. Dezember 2020 zu beauftragen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Mit Präsidialverfügung vom 5. März 2021 (BR-act. 5) räumte die Vorinstanz der KESB Gelegenheit zur Vernehmlassung ein, worauf die KESB die Abweisung der Beschwerde beantragte, auf ihren Entscheid verwies und im Übrigen auf Vernehmlassung verzichtete (BR-act. 6). Die KESB ernannte im Weiteren im bei ihr hängigen Verfahren für die Verfahrensbeteiligte einen Verfahrensbeistand (KESB-act. 81 = BR-act. 15A) und ordnete am 30. März 2021 vorsorglich eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 445 Abs. 1 ZGB und Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 395 Abs. 1 ZGB an (KESB-act. 106 = BR-act. 15B). Der Verfahrensbeistand der Verfahrensbeteiligten beantragte mit Eingabe an die Vorinstanz vom 21. Juni 2021 die Abweisung der Beschwerde (BR-act. 19). Es folgten weitere Stellungnahmen der Beschwerdeführer 1 und 2 vom 6. August 2021 (BR-act. 23), des Verfahrensbeistands der Verfahrensbeteiligten vom 31. August 2021 (BR-act. 25) sowie der Beschwerdeführer 1 und 2 vom 8. November 2021 (BR-act. 28). Mit Urteil vom 19. Mai 2022 (BR-act. 40 = act. 4/2 = act. 6 [Aktenexemplar]) wies die Vorinstanz die Beschwerde ab (Dispositiv-Ziffer I) und auferlegte die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– den Beschwerdeführern je zur Hälfte (Dispositiv-Ziffer II).

5. Gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 19. Mai 2022 erhoben die Beschwerdeführer 1 und 2 mit Eingabe vom 7. Juni 2022 bei der Kammer die vorliegend zu beurteilende Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Es seien Dispositivziffer 1 und 2 des angefochtenen Entscheides aufzuheben;
2. Es sei die F._____, ..., Universitäre Klinik für Akutgeriatrie, oder eine andere geeignete Institution mit der Erstellung eines ambulanten Gutachtens gemäss Dispositivziffer 2 des Beschlusses Nr. 2020-A 1-933 der KESB Bezirk Horgen vom 2. Dezember 2020 zu beauftragen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Verfahrensbeteiligten."

Die vorinstanzlichen Akten des Bezirksrats (act. 8/1-43, zitiert als "BR-act.") und der KESB (act. 7/1-121, zitiert als "KESB-act.") wurden beigezogen (act. 5). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.

1.1 Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen richtet sich nach den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) und des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3). Enthalten diese Gesetze keine Regelung, gelten für die Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, LS 211.1) sowie subsidiär und sinngemäss die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; 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 kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung sowie grundsätzlich die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit

des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB; BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 3 und 10; zu den Einschränkungen sogleich E. 2.2.1). Im Verfahren vor der KESB und 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; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Beschwerdeinstanz darf sich primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 5).

2.

2.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 19. Mai 2022 konnte den Beschwerdeführern am 28. Mai 2022 zugestellt werden (BR-act. 40/1; act. 2 Rz. 2). Die Beschwerde wurde damit rechtzeitig erhoben. Als Parteien im vorinstanzlichen Verfahren sind die Beschwerdeführer zur Beschwerde an die Kammer legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Die Beschwerde enthält sodann Anträge und eine Begründung (act. 2).

2.2.1 Mit dem Entscheid der KESB vom 9. Februar 2021 wurden die Anträge der Beschwerdeführer auf Auswechslung des Gutachters und Anordnung einer stationären Begutachtung abgewiesen und wurde der Gutachter aufgefordert, sein Gutachten zu ergänzen. Es handelt sich um prozessleitende Anordnungen, die in sinngemässer Anwendung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nur anfechtbar sind, wenn der beschwerdeführenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 22 ff., 24; FamKomm-Erwachsenenschutz-STECK, Art. 450 N 17; FHB-Kindes- und Erwachsenenschutzrecht-MURPHY/STECK, Rz. 19.13 f.; OGer SH 30/2014/8 vom 3. Juni 2014 E. 1). Die Kognition der Beschwerdeinstanz ist sodann gegenüber Art. 450a ZGB insoweit eingeschränkt, als nur offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellungen und

eine unrichtige Rechtsanwendung gerügt werden können (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 22a; OGer SH 30/2014/8 vom 3. Juni 2014 E. 1). Auf die von den Beschwerdeführern zitierte abweichende Auffassung, wonach verfahrensleitende Entscheide der KESB "ohne differenzierende Einschränkungen der Beschwerde nach Art. 450 ZGB" unterlägen (SCHMID, Erwachsenenschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 450 N 15 f.), wird in der Literatur zwar jeweils hingewiesen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer (act. 2 Rz. 6 f.) handelt es sich hierbei aber nicht um die herrschende Meinung.

2.2.2 Die Vorinstanz führt zur Anfechtbarkeit aus, die Beschwerdeführer hätten im vorinstanzlichen Verfahren nicht begründet, inwiefern durch die angefochtene Anordnung der KESB ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe, und ein solcher sei auch nicht offenkundig. Die Beschwerdeführer hätten die Möglichkeit, das streitbetroffene Gutachten auch später mit dem Endentscheid noch anzufechten. Zudem könnte die KESB auch nach der angefochtenen Ergänzung des Gutachtens weitere Untersuchungen anordnen, wenn sie zum Schluss käme, dass die Expertise für die Entscheidungsfindung unbeachtlich wäre. Da jedoch vorliegend die Abweisung des Antrages auf eine stationäre Begutachtung, die Ergänzung des Gutachtens von Dr. E. _____ sowie die Abweisung des Ausstandsbegehrens betreffend Dr. E. _____ angefochten werde und von einem Sachzusammenhang dieser Anträge auszugehen sei, rechtfertige es sich in analoger Anwendung von Art. 50 Abs. 2 ZPO (betreffend Ausstandsbegehren) in Verbindung mit Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO von der Anfechtbarkeit der streitbetroffenen Anordnung auszugehen (act. 6 S. 8 f.).

2.2.3 Offen gelassen werden kann, ob sich mit der Vorinstanz die Anfechtbarkeit aus einer analogen Anwendung von Art. 50 Abs. 2 ZPO ableiten liesse. Im vorliegenden Verfahren rechtfertigt es sich jedenfalls ausnahmsweise, aufgrund des sehr hohen Alters der Verfahrensbeteiligten und ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit den Beschwerdeführern (act. 2 Rz. 9) von der ernsthaften Gefahr auszugehen, dass die Anordnung später nicht mehr angefochten werden könnte bzw. eine spätere Neubegutachtung nicht mehr möglich wäre. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist zu bejahen.

III.

1. Die KESB beschloss am 2. Dezember 2020, "zur Abklärung der gesundheitlichen Situation [der Verfahrensbeteiligten] und eines damit verbundenen allfälligen Unterstützungsbedarfs sowie insbesondere auch zur Klärung der Fragen, ob die zahlreich erstellten Vollmachten und allenfalls der Vorsorgeauftrag gültig zustande gekommen sind", ein Gutachten einzuholen (KESB-act. 50 S. 3). Als Gutachter bestellte sie Dr. med. E. _____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und beauftragte ihn mit der Beantwortung diverser Fragen insbesondere zum körperlichen und geistigen Zustand der Verfahrensbeteiligten und ihrer Fähigkeit, ihre Angelegenheiten zu besorgen. Darüber hinaus wurden dem Gutachter Ergänzungsfragen der Beschwerdeführer 1 und 2 unterbreitet (KESB-act. 50 S. 4 ff.). Nachdem der Gutachter am 24. Dezember 2020 ein Gutachten eingereicht hatte (KESB-act. 58/2), beanstandeten die Beschwerdeführer 1 und 2 formelle und materielle Mängel und beantragten die Neuvergabe des Gutachtensauftrags und die Begutachtung im stationären Rahmen (KESB-act. 64 S. 6; KESB-act. 66 S. 2; vorne E. I.3). Die KESB erliess am 9. Februar 2021 den von den Beschwerdeführern angefochtenen Beschluss (KESB-act. 71). In den Erwägungen befasst sie sich mit den gegenüber dem Gutachten vorgebrachten Kritikpunkten:

Die KESB hält fest, die Beschwerdeführer machten zu Recht geltend, dass der Gutachter die Ergänzungsfragen nicht beantwortet habe. Das Gutachten sei diesbezüglich unvollständig und das Versäumnis sei nachzuholen (KESB-act. 71 S. 4). Ebenso richtig sei, dass im Gutachten die Quellenhinweise und mithin Angaben zu den Abklärungen, den Gesprächsdaten etc. fehlten. Die Beantwortung der Ergänzungsfragen setze zudem ein Aktenstudium bzw. den Vorhalt der einzelnen Aktenstücke voraus, was nicht erfolgt sei. Das Gutachten sei diesbezüglich mangelhaft und entsprechend zu ergänzen (KESB-act. 71 S. 4 f.).

Kein massgeblicher Mangel sei entgegen den Beschwerdeführern demgegenüber in der Gestaltung des Abklärungsablaufs oder darin zu sehen, dass der Gutachter das Gespräch mit der Verfahrensbeteiligten schon vor Rechtskraft des Beschlusses vom 2. Dezember 2020 geführt habe (KESB-act. 71 S. 4). Nicht zu folgen sei den Beschwerdeführern auch, soweit sie geltend machten, der (behauptete) Um-

stand, wonach D. _____ den Gutachter zwecks Terminvereinbarung mehrfach angerufen habe, sowie die Mängel des Gutachtens liessen den Gutachter als vorbefasst erscheinen, so dass er in den Ausstand zu treten habe, eine Nachbesserung ausser Betracht falle und zwingend eine stationäre Begutachtung in der F. _____ des ... oder in einer anderen Institution durchzuführen sei (KESB-act. 71 S. 5 f.). Das Gutachten weise zwar die erwähnten Mängel auf und sei zu ergänzen. Von einer Vorbefassung infolge Mängel könne aber keine Rede sein; Ausstandsgründe nach Art. 47 ZPO lägen nicht vor. Der Umstand, dass ein Gutachten mangelhaft oder nicht in der von den Parteien gewünschten Form ausgefallen sei, stelle keinen Ausstandsgrund dar. Ob D. _____ den Gutachter zwecks Vereinbarung eines Termins vorgängig angerufen habe, sei nicht erstellt und würde für sich genommen die Unabhängigkeit des Gutachters ohnehin nicht in Frage stellen. Was die Tiefe und den Umfang der Abklärungen durch den Gutachter betreffe, sei darauf hinzuweisen, dass nicht eine medizinische Detailuntersuchung der Verfahrensbeteiligten im Raum stehe, sondern die Frage nach einem möglichen Schwächezustand und einem damit verbundenen Unterstützungsbedarf. Je nach Befund werde das Verfahren bei der KESB ohne Weiterungen abgeschlossen, der Vorsorgeauftrag validiert oder bei dessen Fehlen oder einer allfälligen Ungültigkeit eine Erwachsenenschutzmassnahme angeordnet. Mit Blick auf diese Fragen werde regelmässig ein ärztlicher Bericht – in der Regel des Hausarzts – eingeholt oder ein Gutachten in Auftrag gegeben. Die stationäre Begutachtung sei nur statthaft, wenn die Begutachtung nicht ambulant durchgeführt werden könne. Davon könne vorliegend keine Rede sein. Im Gegenteil: Die Verfahrensbeteiligte zeige sich offen, freundlich und gesprächsbereit; sie verweigere keineswegs die Mitwirkung. Es sei sodann an der Anhörung vom 21. Oktober 2020 ausdrücklich gewünscht worden, dass der Gutachter die Verfahrensbeteiligte zu Hause in der gewohnten Umgebung besuchen solle, was der Gutachter auch gemacht habe. Die mögliche Einflussnahme auf die Verfahrensbeteiligte durch D. _____ stelle zudem keinen Grund für eine stationäre Begutachtung mit Einweisung der Verfahrensbeteiligten in eine Klinik dar. Eine Einflussnahme wäre auch in einer Klinik möglich (KESB-act. 71 S. 6). Die KESB schloss, dass das Gutachten nach Art. 188 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 40 EG KESR zu ergänzen sei. Der Gutachter habe die

Ergänzungsfragen zu beantworten, das Aktenstudium zu ergänzen, die Quellenhinweise bzw. die Grundlagen seiner Anamnese in das Gutachten aufzunehmen und zu bezeichnen sowie darzulegen, anhand welcher Grundlagen er zu welchen Schlussfolgerungen gelangt sei. Dabei liege es in seinem Ermessen darüber zu entscheiden, wie viele Besuche er bei der Verfahrensbeteiligten vornehme und wie lange diese Besuche dauerten. Das Ausstandsbegehren und der Antrag auf eine stationäre Begutachtung seien abzuweisen (KESB-act. 71 S. 6).

2. Die Vorinstanz verweist auf diese Erwägungen der KESB sowie die dagegen vorgebrachten Beanstandungen der Beschwerdeführer und gibt den Standpunkt des Verfahrensbeistands der Verfahrensbeteiligten wieder (act. 6 S. 10 ff.). Letzterer lehnt eine stationäre Begutachtung ab, verneint das Vorliegen eines Ausstandsgrunds beim Gutachter und befürwortet die von der KESB angeordnete Ergänzung des Gutachtens durch Dr. E._____ (vgl. BR-act. 19). In der Sache bestätigt die Vorinstanz im Wesentlichen die Ausführungen und die Einschätzung der KESB. Der Gutachter dürfe eigene Abklärungen tätigen und Untersuchungen durchführen. Die Vorgehensweise sei ihm grundsätzlich freigestellt, insbesondere der Entscheid, wann er zusätzlich zu eigenen Feststellungen Akten beiziehe oder Telefonate mit weiteren Beteiligten führe. Die Behauptung der Beschwerdeführer, es sei nicht überprüfbar, ob sich die Telefonate mit D._____ auf Terminabsprachen beschränkt hätten, sei sehr pauschal geblieben und eine reine Vermutung. Wie die KESB festgehalten habe, sei das Gutachten mit Mängeln behaftet. Sie habe entsprechend eine Ergänzung des Gutachtens beschlossen und es zu Recht in das Ermessen des Gutachters gelegt, darüber zu entscheiden, wie viele Besuche bei der Verfahrensbeteiligten vorzunehmen seien und wie lange diese Besuche dauerten. Ebenfalls mit der KESB sei festzuhalten, dass der Gutachter im Gegensatz zur Ansicht der Beschwerdeführer nicht als befangen im Sinne der Ausstandsgründe zu qualifizieren sei. Die Mängel des Gutachtens könnten durch ergänzende Ausführungen beseitigt werden. Weiter sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer stationären Begutachtung abgesehen habe. Die Verfahrensbeteiligte habe sich offen für weitere Gespräche mit dem Gutachter gezeigt. Ein erfahrener Gutachter sei durchaus in der Lage, im Rahmen einer ambulanten Begutachtung zu erkennen, ob die zu begutachtende Person ihre De-

fizite überspiele oder nicht, auch wenn dafür unter Umständen mehrere Termine notwendig sein könnten. Dr. E. _____ sei Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie (FMH) und demzufolge grundsätzlich geeignet und erfahren in der Begutachtung demenzerkrankter Personen. Die Beschwerdeführer vermöchten auch nicht konkret darzulegen, weshalb eine stationäre Begutachtung unerlässlich im Sinne von Art. 449 ZGB wäre. Dies ergebe sich auch nicht aus der mittlerweile erfolgten Demenzabklärung (act. 6 S. 12 f.).

3. Die Beschwerdeführer haben in ihrer Beschwerde an die Kammer ihren bisherigen Hauptantrag auf stationäre Begutachtung der Verfahrensbeteiligten fallen gelassen und ihr bisheriges Eventualbegehren auf ambulante Begutachtung zum Hauptbegehren erhoben. Nach wie vor halten sie dafür, dass der Gutachtensauftrag neu zu vergeben sei, und zwar an die F. _____ des ... oder eine andere geeignete Institution. Aus den Mängeln des Gutachtens von Dr. E. _____, so führen sie aus, ergebe sich offensichtlich, dass er nicht befähigt sei, ein ordnungsgemässes Gutachten zu erstellen, respektive dass eine Verbesserung von vornherein keinen Erfolg verspreche (act. 2 Rz. 40). Das von Dr. E. _____ verfasste Schreiben vom 24. Dezember 2020 könne bestenfalls als ärztlicher Bericht qualifiziert werden (act. 2 Rz. 41). Dr. E. _____ stelle darin einzig und allein auf Aussagen der betroffenen Person (Verfahrensbeteiligte) ab und gebe diese eins zu eins wieder, ohne deren Inhalt und Richtigkeit in irgendeiner Weise zu überprüfen (act. 2 Rz. 43). Es sei keine belegbare Faktenlage erarbeitet worden und keine Triangulation von Informationen und Befunden aus unterschiedlichen Quellen und Methoden erfolgt. Eine Untersuchung von unterschiedlichen Datenquellen nach Übereinstimmung oder Widersprüchen fehle gänzlich. Die Akten seien vor der Befragung der betroffenen Person überhaupt nicht respektive nach erfolgter Befragung nur äusserst rudimentär (Zeitaufwand 11 Sekunden pro Seite) studiert worden. Entsprechend nehme das Gutachten an keiner einzigen Stelle Bezug auf die umfangreichen Akten. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung sei jedoch die Kenntnis der Vorgeschichte unverzichtbar, um Fehler zu vermeiden. Die Gewährleistung eines neutralen, ergebnisoffenen Zugangs setze voraus, dass die Sachverständigen sich ihre Hypothesen nach erfolgtem Aktenstudium klar machten (act. 2 Rz. 44). Offensichtliche Widersprüche seien durch Dr. E. _____ nicht

geklärt worden. So hätte er beispielsweise unbedingt nachhaken müssen, wie es denn möglich sei, dass die von der betroffenen Person als engste Vertrauensperson bezeichnete Person D._____ ein Gerichtsverfahren gegen sie eingeleitet habe, zumal sie ja an diesem teilgenommen und auf der gegnerischen Seite zusammen mit ihren übrigen Kindern Platz genommen habe (act. 2 Rz. 45). Es fehlten jegliche diagnostische Testverfahren (act. 2 Rz. 46). Von einer Fremdanamnese sei zu Unrecht gänzlich abgesehen worden (act. 2 Rz. 47). Die Abklärungen von Dr. E._____ beschränkten sich auf ein einziges Gespräch mit der betroffenen Person von 70 Minuten Dauer (act. 48 Rz. 48). Aus all diesen Gründen sei offensichtlich, dass Dr. E._____ nicht in der Lage sei, ein fachgerechtes gerichtliches Gutachten zu erstellen. Es fehle ihm an der Beherrschung der „lex artis“, der Umsicht und Sorgfalt in der Konzipierung und Durchführung des Gutachtens sowie in jeder Beziehung an der Gewissenhaftigkeit. Ebenso fehle es ihm an den erforderlichen juristischen Kenntnissen, um die Tragweite der von der Verfahrensbeteiligten unterzeichneten (Gegenstand der Ergänzungsfragen bildenden) Dokumente beurteilen zu können (act. 2 Rz. 49). Dass Dr. E._____ nicht nur die spezifischen Kenntnisse fehlten, die für eine gutachterliche Tätigkeit erforderlich seien, sondern zusätzlich auch die erforderlichen Fachkenntnisse bezüglich psychischer Erkrankungen von Personen in sehr hohem Alter, insbesondere Demenzerkrankungen, manifestiere sich unter anderem auch darin, dass nur acht Monate nach der „Begutachtung“ durch Dr. E._____ eine auf Erkrankungen alter Personen spezialisierte, interdisziplinäre Fachstelle eine maior neurocognitive disorder nach DSM 5 diagnostiziert habe, die eine Heimeinweisung erfordert habe. Vor dem Hintergrund, dass eine Demenzerkrankung sich stets schleichend entwickle – meist über mehrere Jahre hinweg – und gerade nicht plötzlich auftrete, erscheine die Einschätzung von Dr. E._____ vom 20. Dezember 2020 offenkundig falsch. Hinzu komme, dass gemäss ärztlicher Beurteilung des Kompetenzzentrums G._____ in verhaltensmässiger Hinsicht eine besonders stark ausgeprägte Anosognosie (fehlende Krankheitseinsicht) vorliege. Diese Verhaltensstörung habe dazu geführt, dass die Verfahrensbeteiligte ihre Defizite nicht überspielt, sondern krankheitsbedingt nicht zu erkennen vermocht habe. Wenn die Vorinstanz ausführe, eine erfahrene Gutachterperson sei ohne Weiteres in der Lage zu erkennen, ob jemand

seine Defizite überspiele, verkenne sie, dass es nicht darum gehe zu erkennen, ob die Verfahrensbeteiligte ihre Defizite überspielt habe, sondern dass Dr. E._____ aufgrund fehlender Fachkenntnisse und Erfahrung im Bereich Demenzerkrankungen das Krankheitsbild der Verfahrensbeteiligten gar nicht gekannt habe (act. 2 Rz. 51). Im Weiteren genüge der Umstand, dass gemäss Angaben der betroffenen Person der Sachverständige mehrmals mit D._____ telefoniert habe, um befangen zu sein, insbesondere, da nicht überprüfbar sei, ob sich die Telefonate tatsächlich nur auf Terminabsprachen beschränkt hätten (act. 2 Rz. 59; s.a. act. 2 Rz. 17). Weitaus entscheidender sei jedoch der Umstand, dass Dr. E._____, obwohl das von ihm erstellte „Gutachten“ vom 24. Dezember 2020 in jeder Hinsicht grobe Mängel aufweise, trotzdem sehr klar Stellung genommen habe zu den von der KESB Horgen gestellten Fragen. Im Rahmen einer allfälligen Ergänzung seines Gutachtens erscheine es daher ausgeschlossen, dass er von seiner bisherigen Einschätzung abweichen könne, ohne sein Gesicht zu verlieren. Vielmehr werde er alles daran setzen, seine bisherigen Thesen aufrecht erhalten zu können, um sich selber nicht bloss zu stellen. Damit erscheine das Ergebnis der Begutachtung nicht mehr offen (act. 2 Rz. 60). Dr. E._____ sei befangen, weshalb eine Erläuterung/Ergänzung des Gutachtens ausser Betracht falle und eine neue sachverständige Person mit der Erstellung eines Gutachtens zu beauftragen sei (act. 2 Rz. 63).

IV.

1. Die Erwachsenenschutzbehörde erforscht bei der Abklärung, ob Massnahmen zum Schutz einer Person angezeigt sind, den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 446 Abs. 1 ZGB). Sie hat die erforderlichen Erkundigungen einzuholen, die notwendigen Beweise zu erheben und nötigenfalls ein Gutachten einer sachverständigen Person anzuordnen (Art. 446 Abs. 2 ZGB). Holt die Behörde ein Gutachten ein und ist dieses unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet, kann sie das Gutachten ergänzen und erläutern lassen oder eine andere sachverständige Person beauftragen (vgl. Art. 188 Abs. 2 ZPO). In erster Linie sind Mängel des Gutachtens mittels Verbesserung zu beheben. Eine andere sachverständige Person ist nur beizuziehen, wenn eine Erläuterung bzw. Ergänzung die Mängel

des Gutachtens nicht zu beseitigen vermochte oder das Gutachten aufgrund der Schwere der Mängel von vornherein nicht verbessert werden kann (BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 8 f.; DIKE-Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 188 N 18; ZK ZPO-WEIBEL, Art. 188 N 9). Dies ist namentlich der Fall, wenn die Mängel offenbaren, dass der Gutachter nicht fähig ist, ein ordnungsgemässes Gutachten zu erstellen (BSK ZPO-DOLGE, Art. 189 N 9). Neu zu vergeben ist der Gutachtensauftrag auch, wenn der Gutachter durch seine Begutachtung einen Ausstandsgrund zutage gefördert hat (DIKE-Komm. ZPO-MÜLLER, Art. 188 N 19).

2.

2.1 Vorliegend erstattete der mit Beschluss der KESB vom 2. Dezember 2020 beauftragte Gutachter Dr. med. E._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, am 24. Dezember 2020 sein Gutachten (KESB-act. 58/2). Wie bereits die KESB und die Vorinstanz dargetan haben, ist das Gutachten mangelhaft, insbesondere unvollständig. Der Gutachter hat namentlich nicht alle gestellten Fragen beantwortet, der Verfahrensbeteiligten (die für die Beantwortung der Ergänzungsfragen massgeblichen) Aktenstücke nicht vorgehalten, nicht aufgezeigt, mit welchen Akten er sich auseinandergesetzt hat, und keine Quellenhinweise bzw. Angaben beispielsweise zu Abklärungen und Gesprächsdaten angebracht. Dies ist grundsätzlich nicht streitig. Die Beschwerdeführer sind hingegen der Ansicht, es handle sich um nicht verbesserliche Fehler und der Gutachter sei zum einen fachlich nicht in der Lage, ein Gutachten zu erstatten, und zum andern befangen.

2.2 Dr. E._____, schildert im Gutachten vom 24. Dezember 2020 seine Befragung und Untersuchung der Verfahrensbeteiligten anlässlich des Besuchs bei ihr zuhause vom 20. Dezember 2020 und gibt seine darauf gründende Einschätzung wieder. Dabei hält er einschränkend fest, ein zuverlässiges Stellen einer Diagnose erfordere genaue Kenntnis der Anamnese, des Verlaufs und des psychischen Befunds sowie dessen Sicherung und Bestätigung durch Verlaufsuntersuchungen, was im Rahmen einer (gemeint der vorliegenden) gutachterlichen Beurteilung nur eingeschränkt möglich sei. Die gestellten Diagnosen stützten sich auch wesentlich auf anamnestische Angaben, die aus der Akte entnommen worden seien, und hätten lediglich durch eine einzige eigene Beobachtung, Untersuchung

und Beurteilung am Abend des 20. Dezember 2020 gestellt werden können. Sie seien deshalb unter diesen besonderen Voraussetzungen zu bewerten (KESB-act. 58/1). Dr. E. _____ war sich damit der eingeschränkten Aussagekraft seines Befunds sehr bewusst und schien davon auszugehen, es werde eine kurze und zeitnahe Einschätzung gewünscht. Tatsächlich ergibt sich aus den Akten, dass "aufgrund des Fehlens eines aktuellen Arztberichtes betreffend die Frage nach einem allfälligen Schwächezustand / Unterstützungsbedarf" ausdrücklich ein "Kurzgutachten" eingeholt werden sollte (KESB-act. 36 S. 1; KESB-act. 44 S. 3; s.a. BR-act. 19 S. 2). Auf die Annahme von zeitlicher Dringlichkeit deutet zudem hin, dass der Gutachter mit Beschluss vom 2. Dezember 2020 ernannt wurde, am 20. Dezember 2020 die Verfahrensbeteiligte aufsuchte und am 24. Dezember 2020 sein Gutachten erstattete. Letztlich braucht dies aber nicht weiter vertieft zu werden. Von Bedeutung ist, dass die von der KESB und der Vorinstanz erkannte und bestätigte Mangelhaftigkeit des erstatteten Gutachtens nicht darauf schliessen lässt, Dr. E. _____ sei von vornherein fachlich nicht in der Lage, ein den Anforderungen genügendes Gutachten zu erstellen, bzw. es mangle ihm generell an der nötigen Gewissenhaftigkeit. Wenn die Beschwerdeführer dafür halten, Dr. E. _____ fehlten die (medizinischen und juristischen) Kenntnisse, handelt es sich um reine Mutmassungen. Aus dem Umstand, dass eine rund neun Monate später erfolgte Demenzabklärung zur Diagnose einer mittelschweren Demenz führte (BR-act. 29), lässt sich solches nicht ableiten. Auch andere von den Beschwerdeführern angeführte Gegebenheiten, wie jene, dass es der Gutachter unterliess, die Verfahrensbeteiligte auf die Rolle von D. _____ im Erbteilungsprozess anzusprechen (vgl. act. 2 Rz. 45), führen nicht zu einem derartigen Schluss. Sodann ist im Weiteren angesichts des von Dr. E. _____ selbst angebrachten Vorbehalts zum Wert der bisherigen Einschätzung auch nicht davon auszugehen, er wäre nicht bereit, auf seine bisherigen Schlussfolgerungen zurückzukommen, wenn sich dies aufgrund weiterer und vertiefter Abklärungen aufdrängt. Das Ergebnis erscheint nach wie vor offen. Nicht zu sehen ist schliesslich, dass allfällige Telefonate Dr. E. _____s mit D. _____ zwecks Terminabsprache auf eine Befangenheit schliessen liessen. Bei der Behauptung der Beschwerdeführer zum Inhalt der Gespräche handelt sich um einen blossen, aufs Geratewohl geäusserten Verdacht,

der nicht erstellt ist. D._____ verneint, überhaupt Kontakt mit dem Gutachter gehabt zu haben (KESB-act. 77).

2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die KESB und die Vorinstanz gute Gründe hatten, den Gutachtensauftrag nicht neu zu vergeben, sondern eine Ergänzung des Gutachtens einzuholen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Abschliessend ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Einholung des Gutachtens wurde "zur Abklärung der gesundheitlichen Situation [der Verfahrensbeteiligten] und eines damit verbundenen allfälligen Unterstützungsbedarfs" angeordnet. Der dem Gutachter von der KESB hierzu unterbreitete Fragenkatalog wurde alsdann erweitert durch Ergänzungsfragen der Beschwerdeführer, die sich im Wesentlichen auf die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags und von Vollmachten bezogen (vgl. KESB-act. 50). Mittlerweile lebt die Verfahrensbeteiligte nun allerdings in der sicheren Umgebung des Pflegeheims H._____, so dass für den persönlichen Bereich gesorgt sein dürfte. Hinsichtlich des Vorsorgeauftrags vom 14. Mai 2020 ist den Akten zu entnehmen, dass am 15. März 2021 bei der KESB ein handschriftliches Schreiben der Verfahrensbeteiligten einging, gemäss welchem sie den Vorsorgeauftrag ersatzlos aufhebe (KESB-act. 90/1). Sodann beantragte die eingesetzte Beiständin mit Eingabe an die KESB vom 4. April 2022 die Aufhebung der vorsorglich errichteten Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung (BR-act. 39). Sie führt aus, die Verfahrensbeteiligte werde nicht mehr nach Hause zurückkehren, so dass die Bereiche Wohnen und Gesundheit durch die Familie in Zusammenarbeit mit den Pflegefachpersonen des H._____ abgedeckt seien. Die Bereiche Finanzen und Administration könnten problemlos wieder durch D._____ abgedeckt werden. Die vor dem Bezirksgericht Horgen hängige Erbschaftsklage sei im Rahmen der vorsorglichen Beistandschaft insoweit nicht von Belang, als die rechtlich vertretene Verfahrensbeteiligte aufgrund der güterrechtlichen Situation ohnehin Alleinerbin ihres Ehemanns sei; die in den aktuellen Klageantworten gehandelten Beträge und Quoten zielten auf die Erbverteilung nach dem Tod der Verfahrensbeteiligten hin (BR-act. 39 S. 1 f.). Vor diesem Hintergrund wird sich die Frage stellen, inwiefern es noch im Interesse der Verfahrensbeteiligten ist, gutachterliche Abklärungen zu ihrer gesundheitlichen Si-

tuation, zu ihrer Unterstützungsbedürftigkeit und zur Gültigkeit von Vorsorgeauftrag und Vollmachten zu treffen. Jedenfalls wird es nicht darum gehen können, mit Blick auf den Konflikt zwischen den Nachkommen der Verfahrensbeteiligten oder eine erbrechtliche Auseinandersetzung zwischen diesen Erkenntnisse zu gewinnen.

V.

Die Entscheidgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 1'000.– festzusetzen (§ 5 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen, da die Beschwerdeführer zum einen unterliegen und zum andern der Verfahrensbeteiligten keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Verfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und den Beschwerdeführern 1 und 2 in solidarischer Haftung auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführer, die Verfahrensbeteiligte, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:

Dr. M. Tanner

versandt am: