

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ200071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss vom 27. Januar 2021

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

gegen

B._____,

Beschwerdegegner

betreffend **Beistandschaft / Parteistellung**

**Beschwerde gegen eine Präsidialverfügung des Bezirksrates Horgen vom
23. November 2020, i.S. C._____, geb. tt.mm.2008; VO.2020.47 (Kindes und
Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)**

Erwägungen:

I.

1. C._____, geboren tt.mm.2008, ist das Kind von A.____ (Mutter/Beschwerdeführerin) und B.____ (Vater Beschwerdegegner). Bei der Scheidung wurde die Obhut über die vier gemeinsamen Kinder, von welchen C.____ das jüngste ist, bei gemeinsamer elterlicher Sorge der Mutter zugeteilt (act. 10/6/34). Vor rund einem Jahr ist C.____ in die Wohnung des Vaters gezogen, die sich über derjenigen der Mutter im gleichen Haus befindet.

2. Am 23. Dezember 2019 meldete sich die Mutter erstmals telefonisch bei der KESB Bezirk Horgen, weil sie sich um C.____ Sorge, da sich der damals Elfjährige alleine in der Wohnung des Vaters befinde. Dieser sei mit zwei anderen Kindern in die Ferien gefahren (act. 10/6/2). Daraufhin eröffnete die KESB ein Kindesschutzverfahren. Nach wiederholter Anhörung der Eltern sowie von C.____ (act. 10/6/15, 10/6/16, 10/6/24 und 10/6/39-42), weiterer Korrespondenz und einer Abklärung bei der Privatschule (act. 10/6/53), die C.____ besucht, errichtete sie mit Beschluss vom 22. September 2020 für den Jungen eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB und beauftragte die Beistandin unter anderem mit den Aufgaben, die Eltern bei der Erziehung und Sorge um C.____ zu unterstützen und dessen persönliche Entwicklung zu überwachen. Einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (act. 10/6/59 = act. 10/2).

3. Dagegen erhob der Vater am 13. Oktober 2020 Beschwerde beim Bezirksrat Horgen und verlangte die Aufhebung der Beistandschaft und die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 10/1). Der Bezirksrat setzte der Mutter und der KESB eine 10-tägige Frist an, um zum Antrag auf Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen, sowie eine 30-tägige Frist, um sich zur Beschwerde materiell zu äussern (act. 10/4). Nach Eingang der Stellungnahmen zur aufschiebenden Wirkung beschloss der Bezirksrat am tt.mm.2020, diese wieder zu erteilen (act. 10/12). Am 4. November 2020 ging die Vernehmlassung der KESB zur Hauptsache und am 16. November 2020 die Beschwerdeantwort der Mutter ein. Mit Verfügung vom 23. November 2020 ent-

schied der Präsident des Bezirksrats, dass der Mutter im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren die Rolle der Beschwerdegegnerin zukomme, nachdem diese in der Beschwerdeantwort moniert hatte, es handle sich um ein Einparteien-Verfahren und sie sei lediglich Verfahrensbeteiligte (act. 10/13 S. 2), und setzte den Parteien Frist an, um zu den Eingaben Stellung zu nehmen (act. 10/14).

4. Gegen diesen Entscheid wehrte sich die Mutter mit Schreiben vom 25. November 2020 (Poststempel vom 30. November 2020) beim Bezirksrat (act. 3). Dieser überwies die Eingabe der Kammer zur weiteren Prüfung (act. 2). Die Akten des Bezirksrats (act. 10/1-18, zitiert als BR act.) sowie der KESB (act. 10/6/1-66, zitiert als KESB act.) wurden beigezogen. Da keine Weiterungen notwendig sind und sich die Sache sogleich als unbegründet erweist, ist auf die Einholung von Stellungnahmen zu verzichten (§§ 66 Abs. 1 und 68 EG KESR).

II.

1.1 Das Schreiben der Mutter vom 25. November 2020 ist trotz richtiger Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid fälschlicherweise beim Bezirksrat eingereicht worden. Zwar lässt sich daraus kein formeller Antrag, ob und wie der Entscheid der Vorinstanz abzuändern sei, entnehmen. Indes geht aus der Begründung unmissverständlich hervor, dass sich die Mutter mit der Eingabe gegen die Zuteilung ihrer Rolle als Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren vor Bezirksrat wehren und Ziffer II der Präsidialverfügung vom 23. November 2020 aufheben möchte. Aus diesem Grund und weil es sich bei ihr um eine juristische Laiin handelt, ist ihre Eingabe gemäss Praxis der Kammer als Beschwerde entgegenzunehmen.

1.2 Die Beschwerde wurde rechtzeitig innert 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) dem Bezirksrat eingereicht und anschliessend an die sachlich zuständige II. Zivilkammer des Obergerichts weitergeleitet. Die Mutter ist zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Eingabe enthält zudem eine Begründung, aus der sich ein hinreichend konkreter Antrag entnehmen lässt.

2.1 Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR (LS 232.3) geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat. Es sind die Vorschriften des EG KESR (§§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und - soweit das EG KESR etwas nicht regelt - ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der Zivilprozessordnung (ZPO) als kantonales Recht zu beachten (§ 40 EG KESR und Art. 450f ZGB). Der Kanton Zürich kennt im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen: als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können nur Entscheide des Bezirksrates sein, nicht hingegen solche der KESB.

2.2 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid. Gemäss Art. 450 Abs. 1 ZGB kann gegen *Entscheide* der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden. Welche Entscheide gemeint sind und Anfechtungsobjekt sein können, wird weder im ZGB noch im EG KESR näher geregelt. Nach der Botschaft richtet sich die Anfechtbarkeit bei Zwischenentscheiden nach kantonalem Recht (vgl. Botschaft, 7084; Art. 450 N 1 und 7088, Art. 450f N 1), weshalb nach Art. 450f ZGB und § 40 Abs. 3 EG KESR subsidiär sinngemäss die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung gelangen. Für den Weiterzug von Zwischenentscheiden gilt daher Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO analog (BSK ZGB I-STECK, Art. 450 ZGB N 22 ff.). Demnach ist die Anfechtbarkeit nur zulässig, wenn dargelegt wird, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Zudem ist die Kognition der Beschwerdeinstanz hinsichtlich der Beschwerdegründe gegenüber Art. 450a ZGB im Sinne von Art. 320 ZPO insoweit eingeschränkt, als nur offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellungen rügbar sind (BSK ZGB I-STECK, Art. 450 ZGB N 22a; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 319 ZPO N 5 und Art. 320 ZPO N 2; Fam-Komm Erwachsenenschutz/STECK, 2013, Art. 450 N 17 und CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, STECK, 3. A., Art. 450 ZGB N 10).

3.

3.1 Ob ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziffer 2 ZPO droht oder nicht, liegt im (pflichtgemässen) Ermessen des Ge-

richts. Solche Nachteile können gemäss einer Mehrheit der Lehrmeinungen auch tatsächlicher Art (Bsp. wirtschaftliche Nachteile) sein und müssen nicht zwingend rechtlicher Natur sein (vgl. KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 319 N 40; PHILIPPE REICH, Stämpflis Handkommentar, 2010, Art. 319 N 9; ZK ZPO-FREIBURGHaus/AHFELDT, 2016, Art. 319 N 15; a.A. BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 319 N 7). Es genügt, dass die Lage der betroffenen Partei durch die angefochtene Verfügung in nicht leicht wiedergutzumachender Weise erschwert wird. Entscheidend sind die Auswirkungen des ursächlichen Zwischenentscheides. In prozessualer Hinsicht muss die beschwerdeerhebende Partei den Nachteil substantiiert behaupten und nachweisen. Auch hat sie darzulegen, weshalb der Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmacht werden kann.

3.2 Die Mutter bringt in ihrem Schreiben vor, sie sei absolut nicht einverstanden, dass sie zur Beschwerdegegnerin des Beschwerdeführers gemacht werde. Sie bedaure heute, dass sie sich an die KESB gewandt habe. Die Anordnung der Beistandschaft sei die Idee der KESB gewesen; sie sei gegen ihren Willen in das Verfahren involviert worden, das sie nun selbstverständlich werde bezahlen müssen. Sie teile heute die Auffassung, dass die Beistandschaft weder erforderlich noch angemessen sei, weshalb sie die Beschwerde des Beschwerdeführers unterstütze. Die KESB habe als verantwortliche Behörde die Verfahrenskosten zu tragen (act. 3).

3.3 Soweit die Mutter allfällige Verfahrenshandlungen und den Beschluss der KESB betreffend die Anordnung der Beistandschaft rügen möchte, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden, da diese Fragen nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids bildeten.

3.4 Was den durch die angefochtene Verfügung verursachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil betrifft, scheint sie einen zukünftigen wirtschaftlichen Nachteil zufolge der formellen Parteirollenzuteilung geltend machen zu wollen, befürchtet sie doch, wegen ihrer Kontaktnahme mit der KESB und zufolge der Rolle als Prozesspartei bzw. Prozessgegnerin des Vaters kostenpflichtig zu werden. Diesbezüglich ist ihr insoweit Recht zu geben, als durch das Aktivwerden der KESB grundsätzlich Kosten entstehen. Diese sind indessen von den am Verfah-

ren beteiligten Personen unabhängig von ihrer formellen prozessualen Rechtsstellung zu tragen (vgl. § 60 Abs. 2 - 5 EG KESR). Gemäss § 60 Abs. 5 EG KESR auferlegt die KESB Gebühren und weitere Kosten den Verfahrensbeteiligten unter Berücksichtigung des Ausgangs des Verfahrens. Sie kann auf die Erhebung von Verfahrenskosten, die weder eine am Verfahren beteiligte Person noch Dritte veranlasst haben, verzichten. Aufgrund der gesetzlichen Vorschriften ist damit für die Auferlegung der Kosten des KESB-Verfahrens nicht massgebend, wer das Verfahren ansties und welche Parteirolle einer Person im Kindesschutzverfahren zufällt. Ohne auf die konkreten Kriterien der Kostenfestsetzung und -auflage in Kindesschutzverfahren einzugehen, sei darauf hingewiesen, dass bei Anordnung einer Beistandschaft die Kosten im Grundsatz je hälftig den Eltern ungeachtet ihrer formellen prozessualen Stellung auferlegt werden, in der Annahme, jeder Elternteil handle im wohlverstandenen Interesse des Kindes. Diese Regelung wurde auch im Beschluss der KESB vom 22. September 2020 getroffen, indem die Kosten von CHF 1'600.– beiden Elternteilen je zur Hälfte auferlegt wurden. Soweit ersichtlich hat die Beschwerdeführerin dies akzeptiert und gegen diese Kostenfestsetzung und -auflage kein Rechtsmittel ergriffen.

3.5 Was sich daran durch die formelle Zuweisung der Rolle als Beschwerdegegnerin im bezirksrätlichen Beschwerdeverfahren zum Nachteil der Mutter konkret ändern soll, begründet diese nicht. Ob und in welchem Umfang ihr im Endentscheid des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens dereinst Kosten auferlegt werden, lässt sich im heutigen Verfahrensstadium zudem noch nicht abschätzen. Auch der Bezirksrat wird diese aufgrund der im Kindesschutz massgeblichen Kriterien und damit nicht nur nach der formellen Parteirolle aufzuerlegen haben.

3.6 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass beiden Elternteilen von Gesetzes wegen bereits im Verfahren vor der KESB bei streitigen Kinderbelangen Parteistellung zukommt (§ 56 Abs. 2 EG KESR). Dies gilt unabhängig davon, ob im Beschluss der KESB vom 22. September 2020 usanzgemäss bloss die Personalien des Kindes und seiner Eltern eingangs aufgeführt wurden, ohne eine verfahrensrechtliche Rollenverteilung vorzunehmen (BR act. 2). Im anschliessenden gerichtlichen Beschwerdeverfahren gemäss Art. 450 ff. ZGB ist den Eltern,

wie im zivilrechtlichen Zweiparteienverfahren üblich, eine formelle Parteirolle zuzuweisen, damit sie ihre prozessualen Rechte, insbesondere ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, wahrnehmen können und das Beschwerdeverfahren ordnungsgemäss durchgeführt werden kann. Das minderjährige Kind wird im Beschwerdeverfahren betreffend Beistandschaft jeweils als Verfahrensbeteiligter aufgeführt, weil anzunehmen ist, die Eltern nähmen die Kindsinteressen, jeder aus seiner Sicht, in guten Treuen wahr. Zudem soll das Kind nicht einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt werden, indem es im Prozess einem Elternteil zugeordnet wird. Da die Mutter das Verfahren vor der KESB initiierte, indes der Vater an den Bezirksrat gelangte und beide Elternteile von der Anordnung der Beistandschaft für C._____ gleichermassen betroffen sind, ist die vom Bezirksrat getroffene Rollenverteilung nicht zu beanstanden.

4. Abschliessend ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziffer 2 ZPO für die Mutter durch die Zuweisung der Rolle als Beschwerdegegnerin im Verfahren vor Bezirksrat weder substantiiert noch im heutigen Zeitpunkt vorhersehbar oder belegt. Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten.

III.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Kammer, auf das die Art. 319 ff. ZPO anzuwenden sind, sind ausgangsgemäss der unterliegenden Mutter aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist gestützt auf §§ 5 und 12 GebV OG auf CHF 400.– festzusetzen. Parteienschädigungen werden keine zugesprochen, weil die Mutter unterliegt und dem Vater keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 400.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin (Mutter) auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 3, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: