

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ220043-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 8. August 2022

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführerin

gegen

B._____,
Beschwerdegegner

sowie

C._____,
Verfahrensbeteiligte

Beistandschaft durch D._____,

betreffend **Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Horgen vom 19. Mai 2022;
VO.2021.27 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)**

Erwägungen:

1.

1.1. A._____ (Beschwerdeführerin) und B._____ (Beschwerdegegner) sind die nicht verheirateten Eltern von C._____ (Verfahrensbeteiligte), geboren tt.mm.2014. Die Parteien trennten sich im Mai 2014; C._____ lebt seither bei der Beschwerdeführerin. Die Eltern üben die elterliche Sorge gemeinsam aus. Nach der Trennung entstanden Unstimmigkeiten unter den Parteien über verschiedene Kinderbelange, insbesondere über das Besuchsrecht des Beschwerdegegners. Mit Entscheid vom 15. Februar 2016 berechnigte die Verwaltungsrekurskommission St. Gallen den Beschwerdegegner, C._____ das erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag 16.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen (KESB act. 29).

1.2. Nachdem sich der Beschwerdegegner an die KESB Bezirk Horgen (KESB) gewandt hatte, legte diese mit Beschluss vom 16. März 2021 das Besuchsrecht neu auf jedes zweite Wochenende von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr sowie drei Wochen Ferien im Jahr fest. Sie ordnete an, dass die Übergaben bei den ersten drei Besuchen zu begleiten sind. Zudem wurde der Beschwerdegegner berechnigt, einmal wöchentlich mit der Tochter zu telefonieren (Dispositiv-Ziff. 3 und 4). Gleichzeitig errichtete die KESB für C._____ eine Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB (Dispositiv-Ziff. 6) und entzog einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 9; BR act. 3 = KESB act. 306).

1.3. Gegen den Entscheid der KESB gelangte die Beschwerdeführerin an den Bezirksrat Horgen (BR act. 2). Sie verlangte im Wesentlichen, es sei dem Beschwerdegegner bis auf Weiteres ein begleitetes Besuchsrecht an jedem Samstag und später (unbegleitet) an jedem Donnerstagnachmittag von 12.00 Uhr bis 19.00 Uhr sowie an jedem zweiten Samstag 9.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr einzuräumen.

Der Bezirksrat führte ein aufwändiges Verfahren durch, in dessen Verlauf er mit Beschluss vom 5. August 2021 eine vorsorgliche Besuchsregelung traf, welche einfühend ein Treffen von vier Stunden zum Kennenlernen im begleiteten Besuchstreff (BBT) in Zürich vorsah (BR act. 44). Bezüglich des detaillierten Verlaufs des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens sei auf die Akten des Bezirkrats verwiesen (BR act. 1-87). Mit Urteil vom 19. Mai 2022 wies der Bezirksrat die Beschwerde ab, soweit er darauf eintrat, und bestätigte den Beschluss der KESB vollumfänglich (Dispositiv-Ziff. I). Einer allfälligen Beschwerde entzog er die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. VII; BR act. 86 = act. 3/1 = act. 5 [Aktenexemplar]).

1.4. Mit Beschwerde vom 26. Juni 2022 verlangt die Beschwerdeführerin bei der Kammer die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. VII des Urteils des Bezirkrats bzw. es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen (act. 2). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren wurde die Geschäfts-Nr. PQ220043 eröffnet. Mit Eingabe vom 27. Juni 2022 verlangt die Beschwerdeführerin sodann bei der Kammer in Aufhebung von Dispositiv-Ziff. I des Urteils des Bezirkrats die Abänderung des vorgesehenen Besuchsrechts. Diese Beschwerde wird bei der Kammer im separat geführten Verfahren mit der Geschäfts-Nr. PQ220044 behandelt.

Die Akten des Bezirkrats (act. 9/1-87, zitiert als BR act.) sowie der KESB (act. 9/14/1-335, zitiert als KESB act.) wurden von Amtes wegen beigezogen. Mit Verfügung vom 30. Juni 2022 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 11), welche er am 8. Juli 2022 erstattete (act. 13). Weiterungen erübrigen sich.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin ist als Mutter von C._____ und unterlegene Partei im vorinstanzlichen Verfahren zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Beschwerde enthält ferner einen konkreten Antrag sowie die Begründung desselben.

2.2. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung gilt als vorsorgliche Massnahme, gegen deren Entscheid innert zehn Tagen nach der Mitteilung Beschwerde erhoben werden kann (Art. 445 Abs. 3 ZGB). Die Beschwerdeführerin hat das Urteil des Bezirksrats am 28. Mai 2022 entgegengenommen (BR act. 87/1), sodass die 10-tägige Frist am 7. Juni 2022 endete. Die am 26. Juni 2022 der Post übergebene Beschwerde erfolgte daher nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Bezirksrat im angefochtenen Urteil eine Beschwerdefrist von 30 Tagen belehrte (act. 5, Dispositiv-Ziff. VI) und auf die 10-tägige Rechtsmittelfrist zur Anfechtung von Dispositiv-Ziff. VII betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht hinwies. Die Beschwerdeführerin ist - erst recht als juristische Laiin - im Vertrauen in die Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid zu schützen (OG ZH PQ200048 E. 71 ff.; BGE 117 Ia 421 E. 2.a, BGE 135 III 374; ferner BSK ZPO-STECK, 3. Aufl. Basel 2017, Art. 238 N 34; D. STAEHELIN, in: Sutter-Somm et al., 3. Aufl. 2016, Art. 238 ZPO N 27 sowie BK ZPO-KILLIAS, Bern 2012, Art. 238 N 29). Ihre innert 30 Tagen seit Empfang des Entscheids des Bezirksrats der Post übergebene Beschwerde ist deshalb als rechtzeitig erhoben zu behandeln. Damit sind die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt.

3. Der Bezirksrat erwog, die Anpassung des Besuchsrechts gemäss Entscheid der KESB sei aufgrund des Alters von C._____ und der örtlichen Distanz der Parteien angemessen und entspreche den Interessen des Kindes. Seit dem Entscheid des Regionalgerichts Landquart vom 9. September 2020 (mit welchem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge abgewiesen wurde) verweigere die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner strikte das Besuchsrecht und gebe vor, C._____ fürchte sich vor ihm. Die Beschwerdeführerin habe weder die während dem erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren von der Beiständin organisierten noch vom Bezirksrat festgelegten Besuchstermine im BBT wahrgenommen (act. 5 S. 26 ff.). Ihre ablehnende Haltung beeinflusse den Willen des achtjährigen Kindes, welches sich ebenfalls gegen Besuche beim Beschwerdegegner sträube. Die Besuche hätten zuvor regelmässig wahrgenommen werden können und die damalige Vater-Kind-Beziehung sei gut gewesen. Die Ängste der Beschwerdeführerin vor den unbegleiteten Besu-

chen seien nicht nachvollziehbar (act. 5 S. 27 ff.). Da sie alle angesetzten Termine, insbesondere den in ihrem Sinne organisierten Besuchstag im BBT, ungenutzt habe verstreichen lassen, könne auf ihre Ängste keine Rücksicht mehr genommen werden (act. 5 S. 31). Um der zunehmenden Entfremdung des Kindes vom Beschwerdegegner und einer Verzögerung des Beziehungsaufbaus entgegenzuwirken, sei im Interesse von C._____ dringend geboten, das erweiterte Besuchsrecht umgehend umzusetzen und einer Beschwerde gegen den Entscheid die aufschiebende Wirkung zu entziehen (act. 5 S. 37).

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, C._____ habe seit dem Vorfall vom 5. Dezember 2020 Angst vor dem Beschwerdegegner, sie wolle nicht einmal mit ihm telefonieren und habe Alpträume, er komme sie holen. Ein sofortiges unbegleitetes Besuchsrecht widerspreche dem Kindeswohl. Der Beschwerdegegner sei ihr und der Tochter gegenüber früher gewalttätig gewesen. Er sei unberechenbar, was sich insbesondere am Vorfall vom 5. Dezember 2020 zeige. Damals habe er Hausfriedensbruch begangen und ihr die Flucht mit dem Auto zu verhindern versucht. Seine Verurteilung wegen dieser Vorfälle mache eine Neu Beurteilung des Besuchsrechts notwendig. Die Beschwerdeführerin verweist zum Beweis, dass das von der KESB angeordnete Besuchsrecht das Kindeswohl gefährde, auf schriftliche Empfehlungen der Opferberatungsstelle *kokon* und des *kjz Adliswil* (act. 3/7 und 3/8). Erst wenn das begleitete Besuchsrecht über einen längeren Zeitraum funktioniert habe, könne dieses schrittweise ausgebaut werden. Der Vorwurf, sie kooperiere nicht, sei falsch. Sie müsse C._____ vor den Übergaben schützen. Der Beschwerdegegner habe lange keine Bindung zu seiner Tochter aufbauen wollen und seine Interessen in den Vordergrund gestellt, obwohl die Beschwerdeführerin ihm wöchentliche Besuche angeboten habe (act. 2).

4.2. Der Beschwerdegegner bestreitet sämtliche Ausführungen der Beschwerdeführerin, welche einzig darauf abzielten, ihn und die Arbeit der Vorinstanzen schlecht zu machen. Die Beschwerdeführerin missbrauche die Ereignisse vom 5. Dezember 2020 zur Rechtfertigung ihrer Verweigerungshaltung. Er habe sich bereits am 26. November 2020 wegen den verweigerten Besuchen an die KESB

gewandt. Auch habe er sich stets liebevoll um die Tochter bemüht. Der Vorwurf, er sei gewalttätig gewesen, sei eine ungeheuerliche Unterstellung (act. 13 S. 2).

5.

5.1. Gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450c ZGB hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die Kindesschutzbehörde oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nichts anderes verfügt. Der Suspensiveffekt der Beschwerde ist nur ausnahmsweise im Einzelfall bei Gefahr in Verzug und besonderer Dringlichkeit zu entziehen (BSK ZGB I-GEISER, 6. Aufl., Art. 450c N 7). Es ist eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen, bei welcher stets auch die Hauptsachenprognose eine Rolle spielt (BGE 143 III 197 E. 4). In Fällen, welche keinen Aufschub dulden, ist die Option, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, keine blosse Möglichkeit, sondern Pflicht.

5.2. Nach Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl (BGE 130 III 585 E. 2.1). Der persönliche Verkehr hat zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, weil sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGer 5A_984/2019 vom 16. April 2019 E. 3.1 und 3.2, BGE 131 III 209 E. 4 und BGE 123 III 445 E. 3c).

6.

6.1. Verfahrensgegenstand bildet die Frage der aufschiebenden Wirkung und nicht die Angemessenheit des von der KESB angeordneten und vom Bezirksrat bestätigten Besuchsrechts. Das vorgesehene Besuchsrecht spielt jedoch insoweit eine Rolle, als dieses beim Entzug der aufschiebenden Wirkung sogleich vollstreckbar würde. Zu beurteilen ist, ob das Wohl von C._____ bei einem Aufschub des vorgesehenen Besuchsrechts bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens

vor der Kammer in der Hauptsache (PQ220044) so gefährdet würde, dass Gefahr in Verzug vorliegt.

6.2. Als Hauptargument für den Entzug der aufschiebenden Wirkung beruft sich der Bezirksrat auf die Verzögerung beim Wiederaufbau der Beziehung zum Beschwerdegegner. Es ist unstrittig, dass eine gesunde und optimale Entwicklung des Kindes nach intakten Beziehungen zu beiden Elternteilen verlangt und der Kontakt zum nicht obhutsberechtigten Elternteil für die Identitätsfindung des Kindes äusserst wertvoll ist. Bis zum Herbst 2020 unterhielten der Beschwerdegegner und C._____ regelmässige und gute Kontakte. Auch wenn seit Oktober 2020 keine Besuche mehr zustande kamen, ist der Beschwerdegegner für C._____ eine ihr einstmals enge und vertraute Person. Die früher intakte Beziehung sowie die Wichtigkeit der Kontakte sprächen grundsätzlich dafür, die sofortige Umsetzung unbegleiteter Besuche für das Kind als zumutbar und als in seinem Interesse dringend geboten zu betrachten. Allerdings lebt C._____ seit der Trennung der Parteien kurz nach ihrer Geburt bei der Beschwerdeführerin. Soweit ersichtlich entwickelt sie sich körperlich und psychisch altersgerecht, wobei einzuräumen ist, dass C._____ weder durch die KESB noch den Bezirksrat angehört werden konnte und keine fachärztlichen Berichte zum Gesundheitszustand des Kindes bei den Akten liegen. Auf der anderen Seite fehlen Indizien für eine akut drohende Kindeswohlgefährdung unter den aktuellen Verhältnissen, die die Umsetzung des erweiterten unbegleiteten Besuchsrechts dringend erforderlich erscheinen liessen.

Ohne auf die von der Beschwerdeführerin angeführten und vom Beschwerdegegner bestrittenen Vorwürfe einzugehen, ist im Weiteren nicht zu übersehen, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung und die sofortige Umsetzung des Besuchsrechts gewisse Gefahren für das Kindeswohl bergen würden. Es ist zu bedenken, dass C._____ den Beschwerdegegner seit mehr als eineinhalb Jahren nicht mehr gesehen hat und, soweit ersichtlich, seit längerem keine telefonischen Kontakte bestehen. Die Beschwerdeführerin ist die engste Bezugsperson des Kindes, mit der sich C._____ aufgrund ihres noch sehr jungen Alters naturgemäss solidarisiert. In Anbetracht der offenkundigen Abneigung der Beschwerdeführerin gegenüber dem Beschwerdegegner und der Beeinflussung des Kindes ist ernst-

haft zu befürchten, dass sich C._____ bei den Übergaben weigern würde, mit dem Beschwerdegegner mitzugehen, und das Kind bei behördlicher Umsetzung des ausgedehnten Wochenendbesuchsrechtes in einen ihrem Wohl abträglichen Loyalitätskonflikt zur Beschwerdeführerin geraten würde. Die Durchsetzung unbegleiteter Besuche könnte das Mädchen deshalb überfordern und bei ihm zur Blockade oder gar zur hartnäckigen Verweigerungshaltung gegenüber dem Beschwerdegegner führen, welche im Nachhinein nur schwer gelöst werden könnten. Eine etwas langsamere Herangehensweise erscheint daher im Interesse des Kindes unumgänglich, auch wenn damit gegenüber der Beschwerdeführerin fälschlicherweise der Eindruck entstehen könnte, ihr Boykott gegen die behördlichen Besuchsbemühungen führe zum Ziel. Schliesslich könnte der Entzug der aufschiebenden Wirkung den Ausgang des Hauptverfahrens erheblich präjudizieren.

6.3. Aufgrund der Gesamtumstände ist im Kindeswohl das Interesse höher zu gewichten, vor der Umsetzung des erweiterten Besuchsrechts gemäss Beschluss des Bezirksrats die Entscheidung der Kammer im Hauptverfahren abzuwarten. Zu erwähnen bleibt, dass das Besuchsrecht gemäss Entscheid der Verwaltungsrurskommission St. Gallen vom 15. Februar 2016 grundsätzlich weiterhin Bestand hat.

7. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziff. VII des Urteils des Bezirksrats Horgen vom 19. Mai 2022 ist aufzuheben, und der Beschwerde an die Kammer ist die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen.

8. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die Gerichtsgebühr bemisst sich im Beschwerdeverfahren nach § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG und ist aufgrund der überschaubaren Komplexität und des mittleren Zeitaufwands auf CHF 800.– festzusetzen. Da es sich um eine familienrechtliche Streitigkeit handelt, sind die Gerichtskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO), zumal anzunehmen ist, dass beide Parteien im wohlverstandenen Interesse des Kindes gehandelt haben. Die Beschwerdeführerin reichte zeitlich gestaffelt insgesamt drei Beschwerden gegen verschiedene Dispositivziffern des Urteils des Bezirksrats vom 19. Mai 2022 ein,

welche in separaten Beschwerdeverfahren behandelt werden (PQ220034, PQ220043 und PQ220044). Nachdem der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren PQ220034 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde und sich die vorliegende Beschwerde nicht als aussichtslos erweist, ist ihr auch in diesem Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der ihr auferlegte hälftige Anteil an den Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

Bei hälftiger Kostenverteilung entfällt die Zusprechung einer Parteientschädigung an eine Partei.

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziff. VII des Urteils des Bezirksrats Horgen vom 19. Mai 2022 aufgehoben, und es wird der Beschwerde vom 27. Juni 2022 (Geschäfts-Nr. PQ220044) die aufschiebende Wirkung wieder erteilt.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 800.– festgesetzt und den Parteien je zur auferlegt. Der hälftige Anteil der Beschwerdeführerin wird zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 13, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen sowie an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein, und als Kopie in die Akten des Geschäfts PQ220044.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am: