

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ230059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 7. Dezember 2023

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Affoltern vom

**15. September 2023; VO.2023.2 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Bezirk Affoltern)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die geschiedenen Eltern von D._____, geboren am tt.mm.2009, und von C._____, geboren am tt.mm.2016. Mit Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Affoltern wurden die beiden Töchter unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen, die Obhut der Mutter zugeteilt und der persönliche Kontakt des Vaters zu den Kindern geregelt. Ausserdem wurde zur Unterstützung der Kindseltern mit Rat und Tat in Bezug auf medizinische Fragen eine Beistandschaft i.S. von Art. 308 ZGB errichtet (KESB act. 50). Mit Entscheid vom 20. Mai 2021 erweiterte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern (nachfolgend KESB) diese Beistandschaft auf eine solche nach Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB mit einer entsprechenden Ausweitung des Auftrags (KESB act. 106). Mit Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. April 2022 wurden die Töchter unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt (KESB act. 201).

2. Nachdem der Vater am 16. Mai 2023 bei der KESB eine Gefährdungsmeldung eingereicht hatte (KESB act. 207), beantragte die Mutter am 6. Juli 2023 eine vorsorgliche Änderung der Betreuungsregelung, insbesondere die Absage der Sommerferien der Kinder mit dem Vater und die Einschränkung der übrigen Kontakte auf begleitete Kontakte an jedem zweiten Wochenende (KESB act. 271/1). Die KESB holte eine Stellungnahme der Beiständin ein (KESB act. 281), führte einen Hausbesuch bei der Mutter durch (KESB act. 290) und ernannte Rechtsanwalt lic. iur. Z._____, als Kindesverfahrensvertretung für C._____ (KESB act. 291).

3. Mit Entscheid eines Behördenmitglieds in Einzelzuständigkeit vom 13. Juli 2023 wurde die Betreuungsregelung mit Bezug auf C._____ superprovisorisch abgeändert und ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet (KESB act. 294). Nach einer getrennten Anhörung beider Parteien bestätigte die KESB mit Entscheid

vom 8. August 2023 diese Änderung der Betreuungsregelung als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Verfahrens. Ferner wurde eine sozialpädagogische Familienbegleitung bei der Mutter sowie die Aufnahme bzw. Weiterführung einer Mediation zwischen den Eltern angeordnet. Einer Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (KESB act. 341).

4. Mit Eingabe vom 21. August 2023 erhob der Vater gegen diesen Entscheid Beschwerde an den Bezirksrat, wobei er in der Sache die Aufhebung der Änderung der Betreuungsregelung und in prozessualer Hinsicht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (BR act. 1). Nach Einholung von (ablehnend ausgefallenen) Stellungnahmen der Mutter und des Kindesvertreters wies der Bezirksrat den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Beschluss vom 15. September 2023 ab (BR act. 14 = act. 7).

5. Gegen den Beschluss des Bezirksamts vom 15. September 2023 erhob der Vater mit Eingabe vom 25. September 2023 (act. 2) Beschwerde mit dem Antrag:

1. Es sei Dispositiv Ziffer I. des Beschlusses des Bezirksamts Affoltern vom 15. September 2023, VO.2023.2/3.02.00, aufzuheben und es sei der Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern NR. 2023.0649 vom 8. August 2023 die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens seien beizuziehen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.).

Die Vorakten wurden beigezogen (KESB act. 1-355 = act. 8/1-355; BR act. 1-16 = act. 9/1-16). Die KESB reichte mehrmals während des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens entstandene Akten nach (KESB act. 356-377 = act. 10/356-377; KESB act. 378-396 = act. 19/378-396).

6. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2023 (act. 11) wurde der Mutter und dem Kindesvertreter Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Mit Eingabe vom 10. Oktober 2023 beantragte die Mutter die Sistierung des Verfahrens und die Abnahme der angesetzten Frist, was sie mit der von der KESB angeordneten Mediation begründete, in deren Rahmen sich die Parteien auf die Sistierung sämtlicher hängiger Verfahren geeinigt hätten (act. 14). Nachdem sich der Vater gegen

eine Sistierung ausgesprochen hatte (act. 15), wurde dieser Antrag mit Verfügung vom 11. Oktober 2023 abgewiesen (act. 16). Wie die Mutter inzwischen mitteilen liess, wurde die Mediation daraufhin von den Mediatoren aufgegeben (act. 33 und 34). Aus einer übergeordneten Perspektive ist es bedauerlich, dass diese Chance vertan wurde. Generell fragt sich, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei einer angeordneten Mediation wirklich sinnvoll ist, wenn das dazu führt, dass die Mediation gleichzeitig mit einem allfälligen Rechtsmittelverfahren stattfindet. Mit Bezug auf das Thema dieses Prozesses erscheint das Vorgehen beider Parteien hingegen durchaus folgerichtig: Eine Sistierung wäre nichts anderes als die Fortsetzung der aufschiebenden Wirkung mit anderen Mitteln gewesen.

7. Die Mutter beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 18. Oktober 2023, der Kindesvertreter mit Eingabe vom 20. Oktober 2023, beide mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde. Der Vater beantragte mit Eingabe vom 19. Oktober 2023 (act. 22) den Beizug von Berichten der Besuchsbegleitung und reichte mit Eingabe vom 24. Oktober 2023 (act. 24) drei solche Berichte selber ein (act. 25/1-3). Mit Eingabe vom 2. November 2023 (act. 29) reichte er einen an den Bezirksrat gerichteten Antrag der Beiständin vom 31. Oktober 2023 auf Anpassung der Besuchsbegleitung nach (act. 30). Mit Eingabe vom 9. November 2023 nahm die Mutter dazu Stellung und hielt am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest (act. 33), während sich der Kindesvertreter nicht mehr vernehmen liess. Mit Schreiben vom 29. November 2023 teilte seine vormalige Anwältin mit, dass sie den Vater nicht mehr vertrete (act. 38) und mit elektronischer Eingabe vom 30. November 2023 zeigte sein neuer Vertreter die Übernahme des Mandats an (act. 39 und act. 40). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung im Entscheid der KESB vom 8. August 2023 folgt auf die superprovisorische Anordnung der Abänderung der Betreuungsregelung mit Entscheid vom 13. Juli 2023 und bewirkt, dass die superprovisorische Anordnung während des Rechtsmittelverfahrens weiterhin in Kraft

bleibt. Die Begründung für die superprovisorische Anordnung ist daher bei der Überprüfung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung mit zu berücksichtigen.

Im superprovisorischen Entscheid der KESB vom 13. Juli 2023 wurde festgehalten, gestützt auf Art. 445 Abs. 2 ZGB könne bei besonderer Dringlichkeit eine vorsorgliche Massnahme sofort ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen getroffen werden (KESB act. 294 S. 3 Ziff. 13). Zur Begründung wurde auf Verhaltensänderungen von C._____ im Kindergarten verwiesen, die zeigten, dass mit Sofortmassnahmen nicht bis zum Abschluss des Verfahrens zugewartet werden könne, sondern umgehend gehandelt werden müsse, um ihren Loyalitätskonflikt zu entschärfen und C._____ Ruhe und Sicherheit zu geben, was nur möglich sei, wenn sie, soweit es möglich sei, das elterliche Spannungsfeld nicht mehr so sehr spüren müsse. C._____ stehe unter der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter, welche auch die Obhut innehabe. Befürchtungen des Vaters, dass ihr Wohl bei der Mutter akut gefährdet sei, fänden in den Akten keine Stütze. Es sei daher nicht zum Wohl von C._____, sie durch einen weiteren abrupten Kontaktabbruch von der Seite der Mutter zu reissen. Bleibe C._____s Betreuung bei der Mutter, könne ihre Situation nur mit einer Einschränkung der Betreuung beim Vater beruhigt werden (KESB act. 294 S. 5 Ziff. 14).

2. Im Entscheid vom 8. August 2023, mit dem die superprovisorisch angeordnete Einschränkung des Kontakts auf begleitete Besuche jedes zweite Wochenende am Samstag und / oder Sonntag von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr und jeden Mittwoch ab Mittag bis 19.00 Uhr bestätigt wurde, begründete die KESB den Entzug der aufschiebenden Wirkung damit, dass es für die Entwicklung von C._____ notwendig sei, dass sie mit den angeordneten Kinderschutzmassnahmen (weiterhin) zur Ruhe kommen könne, um beispielsweise die Einschulung gut bewältigen zu können. Das gelte auch in Bezug auf die Umsetzung der Besuchs- und Familienbegleitung durch die Beiständin und für die angeordnete Mediation, damit diese zusätzlich die dringend notwendige Beruhigung ins Familiensystem bringen könne (KESB act. 341 S. 13 Ziff. 42).

3. Nach einer ausführlichen Zusammenfassung der Akten und der Parteistandpunkte kam der Bezirksrat im angefochtenen Entscheid vom 15. September 2023

zum Schluss, aufgrund der Aktenlage sei eindeutig, dass sich C._____ in einem starken Loyalitätskonflikt befinde und ihr Wohl akut gefährdet sei. Bereits am 21. Juli 2022 habe die mobile Familienberatung (mfb) in ihrem Schlussbericht festgehalten, dass der andauernde Elternkonflikt mittel- und langfristig eine negative Auswirkung auf die Entwicklung von C._____ habe. Offenkundig habe dieser Elternkonflikt nicht beigelegt werden können. Erschwerend komme hinzu, dass die ältere Schwester D._____ in der Zwischenzeit aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei. Damit sei für C._____ eine Ressource weggefallen, der ihr Halt im bestehenden Loyalitätskonflikt gegeben habe. Die Verhaltensauffälligkeiten im Kindergarten seit dem Auszug von D._____ würden die Not unterstreichen, in der sich C._____ aktuell befinde. Die mit dem angefochtenen Entscheid ebenfalls angeordnete Familienbegleitung und Mediation vermöchten kurzfristig keine schnelle Entlastung für C._____ bewirken. Es erscheine daher dringlich, für eine sofortige Entlastung für C._____ zu sorgen und vorsorgliche Massnahmen zu ergreifen, um der Kindeswohlgefährdung entgegen zu wirken (act. 7 S. 12 E. 2.4).

Aufgrund einer summarischen Prüfung sei die Schlussfolgerung der KESB, dass die Situation von C._____ aktuell in Abwägung aller bekannten Umstände nur mit einer Einschränkung der Betreuungsregelung beim Vater beruhigt werden könne, da die Betreuung von C._____ bei der Beschwerdegegnerin bleibe, nachvollziehbar. Weiter erscheine es angebracht, dass die angeordnete vorsorgliche Massnahme sofort vollzogen werden könne. Das Interesse von C._____, entlastet zu werden, überwiege deutlich das Interesse des Vaters, dass die bisherige Betreuungsregelung für die Dauer des Verfahrens aufrecht erhalten bleibe. Die akute Belastung von C._____ äussere sich insbesondere durch Verhaltensauffälligkeiten im Kindergarten. Damit sich diese nicht weiterzögen und die vor wenigen Wochen erfolgte Einschulung gut gelingen könne, sei eine sofortige Entlastung für C._____ angezeigt. Der Einwand des Vaters, die Kindeswohlgefährdung gehe nicht von ihm aus, sei unbeachtlich. Bei der Anordnung einer Kindesschutzmassnahme sei es unerheblich, ob ein Elternteil die Kindeswohlgefährdung zu verantworten habe, sondern der Fokus müsse einzig darauf gerichtet sein, die Kindeswohlgefährdung zu beseitigen. Ausserdem werde das Besuchsrecht des Vaters mit der vorsorglichen Massnahme nicht gänzlich beschränkt (act. 7 S. 12 f.).

4. Der Vater macht mit der Beschwerde vom 25. September 2023 einleitend geltend, der Entscheid der KESB schränke sein Besuchsrecht zur Tochter C._____ massiv ein. Da sich keine professionelle Besuchsbegleitung gefunden habe, welche am Wochenende Besuche begleite, reduzierten sich die Besuche auf einen halben Tag unter der Woche. Bisher hätten insgesamt drei Besuche stattgefunden (act. 2 S. 4).

Im Anschluss an eine Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Würdigung der Akten und eine Wiedergabe der rechtlichen Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung wirft der Vater der Vorinstanz vor, sie stelle den Sachverhalt falsch fest, und folgert, die Vorinstanz habe die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Besuchsrechtseinschränkung nicht dargelegt, welche einen Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde (act. 2 S. 9 f.).

5. Im Anschluss an die Wiedergabe der Prozessgeschichte zitiert die Mutter in der Beschwerdeantwort vom 18. Oktober 2023 aus den Ausführungen des Kindesvertreters in seiner Stellungnahme zur künftigen Wohnsituation von D._____ und C._____ sowie zur Ausgestaltung der Kontakte zu den Eltern zuhanden der KESB vom 22. September 2023 und den darin gestellten Anträgen (act. 20 S. 4 f.). Die Abklärungen und Anträge des Kinderanwaltes zeigten eindrücklich, wie wichtig es "im Interesse des Wohles von C._____" sei, aktuell noch die Betreuungsbegleitungen beizubehalten und somit den Antrag des Vaters auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Sie verweist weiter darauf, alle Beteiligten ausser dem Vater schienen einig zu sein, dass die Besuchsbegleitungen kein langfristig anhaltender Dauerzustand sein solle, und verlangt "der Vater [müsse] jedoch das Mindestmass an Verständnis dafür aufbringen, dass er die Fachleute unbeschränkt durch strittige Prozesse wirken lassen [müsse]" (act. 20 S. 6).

6. In seiner Beschwerdeantwort vom 20. Oktober 2023 verteidigt sich der Kindesvertreter gegen den in der Beschwerde erhobenen Vorwurf, seine Gespräche mit C._____ seien nicht informativ gewesen und bei den Schlussfolgerungen handle es sich um seine eigene Interpretation des Gesprächsverlaufs und der Sachlage (act. 23 S. 3). Er bestreitet nicht, dass die begleiteten Besuchskontakte

zwischen C._____ und dem Vater grundsätzlich gut verliefen und für C._____ wichtig seien, und bedauert, dass die Besuche nicht im angeordneten Umfang durchgeführt werden könnten (act. 23 S. 4).

Dass sich für C._____ vor allem die Übergaben bzw. die Übergänge zwischen den Eltern als schwierig gestalteten entnimmt der Kindesvertreter nicht nur den Rückmeldungen der mobilen Familienberatung mfb, sondern auch Aussagen der älteren Schwester D._____, die ihm gegenüber sinngemäss die Vermutung geäussert habe, dass die Situation mit dem Elternkonflikt für C._____ anspruchsvoll und eine Begleitung zumindest einstweilen sinnvoll sei. Dass C._____ mitunter ein äusserst auffälliges Verhalten an den Tag lege, werde von den Parteien nicht bestritten. Seine eigenen Wahrnehmungen und Feststellungen sowie die übrigen Rückmeldungen zeigten auf, dass die Kindswohlgefährdung sehr wohl in einem engen Zusammenhang mit dem Elternkonflikt und dem dadurch ausgelösten Loyalitätskonflikt zu sehen seien. Er widerspricht zwar der Behauptung des Vaters, dass die Kindswohlgefährdung einzig durch die Belastungen im mütterlichen Haushalt verursacht werde, aber er räumt ein, dass der Auszug D._____'s aus dem Haushalt der Mutter für alle Beteiligten eine grosse Herausforderung sei, die zusammen mit anderen Belastungsfaktoren zu einer Überforderung der Mutter geführt hätten, weshalb die KESB ergänzend zur vorbestehenden Beistandschaft eine sozialpädagogische Familienbegleitung bei der Mutter angeordnet habe. Dessen ungeachtet stehe als Ursache der unbestrittenen Kindswohlgefährdung aber weiter der durch die Vaterkontakte verschärfte Loyalitätskonflikt im Vordergrund. Er folgert, um C._____ vor dem Loyalitätskonflikt und dessen negativen Auswirkungen zu schützen, seien einstweilen weitere Massnahmen erforderlich. Das Ausmass der festgestellten Belastung habe erfordert, diese Massnahmen unverzüglich zu ergreifen. Die erforderliche Dringlichkeit zur sofortigen Umsetzung der Massnahme sei somit zu bejahen und die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei deshalb nicht wiederherzustellen (act. 23 S. 4 f.).

7. Gemäss Art. 450c ZGB ist die aufschiebende Wirkung der Beschwerde im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht die Regel, und zwar anders als nach Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO auch bei vorsorglichen Massnahmen. Der Entzug der

aufschiebenden Wirkung ist möglich, stellt aber eine Ausnahme dar, die sich mit den Besonderheiten des konkreten Falles begründen lassen muss und von vornherein immer nur bei Gefahr im Verzug in Frage kommt. Die Interessen an einem sofortigen Vollzug des Entscheides sind gegen jene an einer rechtsstaatlich einwandfreien Prüfung der Rechtslage abzuwägen (BSK ZGB I-Geiser, Art. 450c m.H. auf BGE 143 III 193 E. 4. f).

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt immer eine zeitliche Dringlichkeit voraus (BSK ZGB I-Maranta, Art. 445 N 6). Aus dem Umstand, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht den Regelfall darstellt, ergibt sich, dass mit der Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit in diesen beiden Fällen nicht das gleiche gemeint ist, sondern dass für den Entzug der aufschiebenden Wirkung eine besondere zeitliche Dringlichkeit erforderlich ist. Es genügt daher nicht, beim Entzug der aufschiebenden Wirkung auf die Begründung für den Erlass der vorsorglichen Massnahme und die dafür notwendige Dringlichkeit zu verweisen.

Dass sich vorliegend mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung im Entscheid vom 8. August 2023 in tatsächlicher Hinsicht gar nichts änderte, weil die Massnahme bereits mit Entscheid vom 13. Juli 2023 superprovisorisch angeordnet worden war, hat auf diese Ausgangslage grundsätzlich keinen Einfluss. Im Vergleich zu einer gewöhnlichen vorsorglichen Massnahme erfordert der Erlass einer superprovisorischen Massnahme ebenfalls eine besondere zeitliche Dringlichkeit, die es nicht zulässt, bis zum ordentlichen Massnahmenentscheid zuzuwarten (Art. 445 Abs. 2 ZGB; vgl. BSK ZGB I-Maranta, Art. 445 N 6 a.E.).

Während beim Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung die zeitliche Dringlichkeit auf der Grundlage der Situation vor dem Erlass der Massnahme und einer Prognose über die zukünftige Entwicklung mit oder ohne den Erlass einer Massnahme zu treffen ist, wird dieser Entscheid im Rechtsmittelverfahren in Kenntnis der tatsächlichen Entwicklung überprüft. Dabei geht es allerdings nach wie vor nur um die für den Entzug der aufschiebenden Wirkung erforderliche besondere zeitliche Dringlichkeit und nicht um die Frage, ob die Massnahme aufzuheben sei, weil sie von Anfang an nicht gerechtfertigt war, sie ihren Zweck inzwischen erfüllt hat oder dieser Zweck aus anderen Gründen weggefallen ist. Auf die

nachgereichten Berichte über den Verlauf der begleiteten Besuche, den Antrag der Beiständin auf eine Beschränkung der Begleitung auf die Übergaben und die Ausführungen der Parteien dazu ist deshalb in der Folge nicht näher einzugehen (vgl. act. 25/1-3; act. 29; act. 30; act. 33).

8. Die Notwendigkeit, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, wird begründet mit dem starken Loyalitätskonflikt, in dem sich C._____ befinde (vgl. act. 7 S. 12 E. 2.4). Der Schlussbericht der Mobilen Familienberatung mfb, der als Beleg angeführt wird, stammt jedoch aus dem Juli 2022 und ist damit von vornherein nicht genügend aktuell, um heute eine besondere Dringlichkeit zu begründen.

Auf Vorhalt der Eingabe der Rechtsvertreterin der Mutter vom 6. Juli 2023 (KESB act. 271/1) mit dem Antrag auf Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts um "zu überwachen, dass der Vater gegenüber den Kindern nicht schlecht über die Mutter spricht, sie nicht mit seinen Äusserungen verunsichert und ihnen Angst macht", erklärte D._____ gegenüber der Beiständin, "dass sie nicht verstehe, warum sie nicht zum Vater gehen sollte oder weshalb es eine Begleitung bräuchte. Sie brauche die Zeit bei und mit ihm. Der Vater rede nicht viel über die Mutter. Wenn C._____ etwas von zuhause erzähle, zum Beispiel dass sie mit der Mutter im Connyland gewesen sei, sage er "Ah, schön!"" (KESB act. 281 S. 1).

Die Beiständin selbst bezeichnete es in der gleichen Stellungnahme als lebensnah, dass der Vater seine Gefühle der Mutter gegenüber auch bei den Kindern nicht (genügend) kanalisieren könne. Es fehle ihm immer wieder die Geduld und Einsicht, dass die Fachpersonen Zeit bräuchten und letztlich die Eltern in der Verantwortung stünden, ihre Probleme zu lösen. Die Beiständin hält es vor diesem Hintergrund für durchaus möglich, dass er weder die Erkenntnis noch die Kontrolle darüber habe, was er - möglicherweise unbewusst - an die Kinder weitergebe (KESB act. 281 S. 2). Die KESB übernahm diese Einschätzung in ihrer Entscheidung vom 24. Juli 2023 (KESB act. 294 S. 4 Ziff. 14) und hielt im Entscheid vom 8. August 2023 (KESB act. 341 S. 6 Ziff. 15) gegen den Widerspruch des Vaters daran fest.

Damit stellt die Beiständin eine Parallele her zwischen dem prozessualen Verhalten des Vaters zum einen gegenüber der Mutter und zum andern gegenüber Fachpersonen wie ihr und überträgt dieses auf sein Verhalten gegenüber C._____. Der Umgang mit den Parteien kann für Behörden und Fachpersonen herausfordernd sein, vor allem in Materien, wo die persönliche Betroffenheit besonders hoch ist, wie im Familienrecht, und wenn er nicht oder nur teilweise durch Anwälte vermittelt wird. Ein mehr oder weniger geschicktes Auftreten und wie gut jemand beraten ist bzw. sich beraten lässt, sollte sich jedoch nicht auf die materielle Beurteilung auswirken.

Ob das Verhalten des Vaters im Verfahren angemessen ist und auf sein Verhalten gegenüber C._____ schliessen lässt, betrifft nicht den Bereich der fachlichen Expertise der Beiständin, sondern sie urteilt darüber aufgrund von eigenen Erlebnissen und Beobachtungen, wobei unklar ist, wie stark ihre persönliche Betroffenheit darin eingeflossen ist. Die KESB hätte diese Einschätzung daher nicht ungeprüft übernehmen dürfen, zumal sie der Schilderung von D._____ widerspricht, die - zumindest vor dem Einsatz der professionellen Besuchsbegleitung, die im Übrigen ebenfalls keine einschlägigen Vorfälle schildert (vgl. act. 25/1-3) - am ehesten in der Lage war, über die Verhältnisse im Haushalt des Vaters zu berichten.

9. In einer Nachricht vom 29. Juni 2023 berichtete die Beiständin der KESB über eine Mitteilung der Kindergärtnerin, dass es mit C._____ seit zwei bis drei Wochen sehr schwierig sei im Kindergarten. Sie habe viele Konflikte und reagiere komisch, wenn sie darauf angesprochen werde. Dieses Verhalten sei neu und trete seit dem Weggang von D._____ auf (KESB act. 250).

Der Bezirksrat verknüpfte die beobachteten Verhaltensauffälligkeiten im Kindergarten mit der damals unmittelbar bevorstehenden Einschulung nach den Sommerferien und erwog, damit die Einschulung gut gelinge, sei eine sofortige Entlastung von C._____ angezeigt, sonst bestehe das Risiko, dass sich diese Verhaltensauffälligkeiten weiterzögen (act. 7 S. 13). Mit Bezug auf die Einschulung war eine zeitliche Dringlichkeit gegeben, die inzwischen allerdings weggefallen ist, weil die Einschulung seither erfolgt ist.

Dazu ist anzumerken, dass die in der Nachricht der Beiständin vom 29. Juni 2023 erwähnte Beobachtung der Kindergärtnerin, als der Vater einmal zu Besuch gekommen sei, "habe C._____ es super gemacht und sich an alle Regeln gehalten. Kaum sei er weg gewesen, habe sie nur noch Seich gemacht, nicht mehr gefolgt, den Unterricht gestört" (KESB act. 250), einen positiven Einfluss des Vaters auf das auffällige Verhalten von C._____ beschreibt. Obwohl auch angepasstes Verhalten problematisch sein kann, deutet das zumindest auf den ersten Blick nicht darauf hin, dass die Einschränkung des Kontakts zum Vater die geeignete Sofortmassnahme als Reaktion auf die beobachteten Verhaltensänderungen war.

10. Als Ursache für die Verhaltensänderung von C._____ nennen die Kindergärtnerin und mit ihr die Beiständin den Weggang von D._____: Im Mai 2023 hatte die ältere Schwester D._____ den Haushalt der Mutter verlassen und wohnt seither bei der Familie einer Freundin. Die Warnungen des Vaters vor dieser Entwicklung bzw. vor dem Verhalten der Mutter, das er als Ursache dafür sah, führten zur Wiederaufnahme des Verfahrens der KESB und zum Erlass der bei der Vorinstanz angefochtenen vorsorglichen Massnahme. Die beiläufige Erwähnung an dieser und an anderen Stellen täuscht über die Erschütterung hinweg, welche dieses Ereignis für das ohnehin schon belastete familiäre System bedeutete, worauf auch der Kindesvertreter hinweist (act. 23 S. 4 Ziff. 9). Wenn es eine zeitliche Dringlichkeit gab, die ein sofortiges Handeln erforderte, entstand sie durch dieses Ereignis.

Der Bezirksrat bezeichnet D._____ als Ressource, der C._____ im Loyalitätskonflikt Halt gegeben habe, und die sie durch den Auszug von D._____ bei der Mutter verloren habe (act. 7 S. 12). Beim Hausbesuch der KESB erzählte C._____, dass sie D._____ vermisse und dass sie diese seither nur sehe, wenn sie beim Vater sei (KESB act. 290). Anscheinend ist der Vater befreundet mit Frau Ursprung, der Mutter der Freundin, bei der D._____ wohnt, was die Mutter sehr ungern sieht (vgl. KESB act. 271/1). Dass diese Konstellation zwischen den Eltern für Spannungen sorgt und in Rechtsschriften ausgeschlachtet wird, überrascht nicht. Dass davon eine schädliche Auswirkung auf C._____ ausgehen würde, ist jedoch nicht ersichtlich. Nachdem sie kürzlich von ihrer Schwester getrennt wurde, erscheint

die Einschränkung des Kontakts zum Vater vielmehr ungünstig, umso mehr als der verbleibende Kontakt zur Schwester dadurch unvermeidlich noch mehr eingeschränkt wird.

Der KESB war diese Problematik bewusst und sie räumte ein, aufgrund der vorsorglichen Anordnung begleiteter Kontakte würden diese Kontakte allenfalls spärlicher ausfallen (KESB act. 341 S. 12 Ziff. 39). Was die KESB dagegen vorkehrte - die Erteilung des Auftrages an die Beiständin, ausreichende Kontakte zwischen C._____ und D._____ zu organisieren, zu koordinieren und zu überwachen - ist untauglich, weil es keinen Rahmen für solche Kontakte gibt, solange D._____ nicht zu ihrer Mutter zurückkehrt und C._____ sie nicht an ihrem gegenwärtigen Aufenthaltsort besuchen darf, weil sie dort - ohne professionelle Begleitung und ausserhalb der vorgegebenen Zeiten - dem Vater begegnen könnte.

11. Im superprovisorischen Entscheid der KESB vom 13. Juli 2023 wird die Situation so dargestellt, wie wenn ein sofortiges Handeln unumgänglich und der Abbruch oder eine wesentliche Einschränkung des Kontakts zum einen Elternteil unvermeidlich wäre. Da ein abrupter Kontaktabbruch zur Mutter nicht zum Wohl von C._____ sei, könne diese Situation nur mit einer Einschränkung des Kontakts zum Vater beruhigt werden (KESB act. 294 S. 5 Ziff. 14). Mit diesen Ausführungen stellt die KESB einen Kontaktabbruch zur Mutter der blossen Einschränkung des Kontakts gegenüber dem Vater als mildere Alternative gegenüber. Der Bezirksrat betont in diesem Sinn, dass das Besuchsrecht des Vaters nicht gänzlich beschränkt werde (act. 7 S. 13).

Es ist zwar richtig, dass die angeordnete Begleitung keinen völligen Kontaktabbruch zu C._____ bedeutet. Angesichts der bekanntermassen fehlenden Verfügbarkeit einer professionellen Besuchsbegleitung am Wochenende musste der KESB jedoch bewusst sein, dass das von ihr angeordnete professionell begleitete Besuchsrecht nur in stark reduziertem Umfang würde umgesetzt werden können (vgl. act. 2 S. 4 Ziff. 10), so dass die von ihr angeordnete Begleitung zwar nicht auf dem Papier, aber in der Realität eine sehr starke Einschränkung des zeitlichen Umfangs des Kontakts bedeuten würde.

Die vorsorgliche Änderung der Betreuungsregelung durch die KESB schränkte den Kontakt des Vaters zu C._____ daher nicht nur durch die Begleitung, sondern faktisch auch im Umfang stark ein. Ein so schwerwiegender Eingriff erfordert eine sorgfältige Prüfung der Verhältnismässigkeit und das gilt auch für die Einschränkung des rechtlichen Gehörs durch die superprovisorische Anordnung und den Entzug der aufschiebenden Wirkung, die dazu führt, dass eine Überprüfung erst hinterher stattfindet. Das sucht man in den vorinstanzlichen Entscheiden vergebens, und auch der Kindesvertreter stellt die Behauptung auf, die erforderliche Dringlichkeit für die sofortige Umsetzung der Massnahme sei gegeben (act. 23 S. 5 Ziff. 11), ohne dafür eine einlässliche Begründung zu liefern.

12. Was zur Begründung für den Erlass einer superprovisorischen Anordnung und den Entzug der aufschiebenden Wirkung angeführt wird, geht nicht über das hinaus, was es grundsätzlich für die Anordnung einer solchen Massnahme braucht, und genügt nicht, um eine besondere Dringlichkeit darzutun, die für den Entzug der aufschiebenden Wirkung nötig wäre. Als schädliche Nebenwirkung der angeordneten Massnahme hinzu kommt die damit verbundene zusätzliche Einschränkung des für C._____ gegenwärtig besonders wichtigen Kontakts zur älteren Schwester D._____. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Beschwerde des Vaters gegen die Anordnung der KESB an den Bezirksrat ist die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

III.

Es handelt sich um einen Zwischenentscheid in einem Streit um Kinderbelange. Beiden Parteien ist zuzubilligen, dass sie in der Prozessführung durch die Kindesinteressen motiviert werden, bzw. von ihrer Sicht davon, auch wenn sich diese voneinander unterscheidet. Die Kosten, zu denen auch die Entschädigung des Kindervertreeters gehört, die nach der Einreichung einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen festgesetzt wird, sind daher nicht nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen, sondern den Parteien je hälftig zu auferlegen, und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, Dispositiv-Ziffer I des Beschlusses des Bezirksrats Affoltern vom 15. September 2023 wird aufgehoben und der Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern vom 8. August 2023 wird die aufschiebende Wirkung wieder erteilt.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des obergerichtlichen Rechtsmittelverfahrens, einschliesslich der Entschädigung des Kindesvertreters, die nach Einreichung einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen festgesetzt wird, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Kindesvertreter, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern sowie unter Rücksendung der eingereichten Akten an den Bezirksrat Affoltern, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: