

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ160058-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## Urteil vom 30. März 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdegegnerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Obhut etc.**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Horgen vom 6. Juli 2016 i.S.**

**C.** \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009; VO.2015.45 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien, die einst gemeinsam in Thalwil lebten, sind die unverheirateten Eltern des am tt.mm.2009 geborenen Kindes C.\_\_\_\_\_. Eine Vereinbarung der Parteien über die gemeinsame elterliche Sorge vom 6. Mai 2010, welche die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde Thalwil am 23. September 2010 genehmigte, sah für den Fall einer Auflösung des gemeinsamen Haushalts vor, dass C.\_\_\_\_\_ mehrheitlich im Haushalt der Mutter leben solle. Als es zur Trennung kam, zog die Mutter mit C.\_\_\_\_\_ im Oktober 2013 gegen den Willen des Vaters nach D.\_\_\_\_\_ im Kanton Tessin.

2. Beide Eltern gelangten daraufhin an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), die Mutter am 15. Oktober 2013 in Minusio und der Vater am 17. Oktober 2013 in Horgen. Während die Behörde in Minusio ihr Verfahren sistierte, trat die KESB des Bezirks Horgen auf das Gesuch des Vaters nicht ein, was der Bezirksrat Horgen am 19. Mai 2014 bestätigte. Mit Urteil vom 2. September 2014 hob die Kammer diesen Entscheid auf und wies die KESB des Bezirks Horgen an, die Anträge des Vaters in der Sache zu beurteilen.

3. Die KESB des Bezirks Horgen holte ein Gutachten der Solid Help AG ein, das am 10. März 2015 erstattet wurde, und liess C.\_\_\_\_\_ am 3. Juni 2015 durch eine Fachperson am Marie Meierhofer Institut für das Kind anhören. Nachdem die KESB mit Entscheid vom 17. Februar 2015 einen Antrag des Vaters abgewiesen hatte, C.\_\_\_\_\_ sei bis zum Entscheid in der Hauptsache vorsorglich in die Obhut des Vaters zu geben, regelte sie das Besuchsrecht des Vaters mit Beschluss vom 25. März 2015 vorsorglich wie folgt:

Der Vater ist berechtigt, C.\_\_\_\_\_ jeweils an den Wochenenden der ungeraden Wochen von Freitag ab 18.15 Uhr bis Sonntag um 17.30 Uhr zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen. Die Übergaben haben jeweils am Bahnhof E.\_\_\_\_\_ zu erfolgen. Zudem ist der Vater berechtigt, C.\_\_\_\_\_ an den Doppelfeiertagen Weihnachten und Neujahr in den ungeraden Jahren zu Weihnachten gemäss der Wochenendbesuchsregelung und in den geraden Jahren über Neujahr gemäss der Wo-

chenendbesuchsregelung sowie in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Gründonnerstag, 18.15 Uhr, bis Ostermontag, 17.30 Uhr, und in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Pfingsten von Freitag, 18.15 Uhr bis Pfingstmontag, 17.30 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner ist der Vater berechtigt, seinen Sohn jährlich während 6 Wochen Ferien zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei ein einziger Ferienaufenthalt die Dauer von vier Wochen nicht überschreiten darf. Er ist zudem verpflichtet, der Mutter sowie dem Beistand mindestens drei Monate im Voraus schriftlich mitzuteilen, wann er sein Ferienbesuchsrecht ausüben will.

Mit Beschluss vom 14. Juli 2015 entschied die KESB in der Sache wie folgt:

1. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C. \_\_\_\_\_ wird gestützt auf Art. 301a Abs. 5 ZGB B. \_\_\_\_\_ zugesprochen, womit die Mutter über das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht verfügt.
2. Die Erziehungsgutschriften werden zu 100% B. \_\_\_\_\_ zugesprochen.
3. Die Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB wird fortgeführt.
4. Das vorsorglich mit Beschluss der KESB Bezirk Horgen vom 25.03.2015 festgesetzte Besuchsrecht wird bestätigt.
5. Die Eltern werden gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB angewiesen, C. \_\_\_\_\_ einer geeigneten psychologischen Therapie zuzuführen.
6. Die Gebühren werden auf CHF 8'000.00 festgesetzt und zu einem Viertel B. \_\_\_\_\_ (CHF 2'000.00) und zu drei Vierteln A. \_\_\_\_\_ (CHF 6'000.00) auferlegt. Die Kosten von CHF 11'449.00 sowie die noch zu beziffernden Kosten für den Kinderanwalt werden den Inhabern der elterlichen Sorge je hälftig auferlegt.

Mit Urteil vom 6. Juli 2016 wies der Bezirksrat Horgen eine Beschwerde des Vaters ab und bestätigte den Entscheid der KESB vom 14. Juli 2015.

4. Mit Eingabe vom 8. August 2016 erhob der Vater rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksrats, das ihm am 11. Juli 2016 zugegangen war und stellte die folgenden Anträge:

1. Ziff. I des Urteils sei aufzuheben, und das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C. \_\_\_\_\_ sei dem Vater zuzusprechen.
2. Es sei B. \_\_\_\_\_ zu verpflichten, angemessenen Kinderunterhalt zu bezahlen.
3. Das Besuchsrecht der Beschwerdegegnerin sei im Sinne der nachfolgenden Ausführungen neu zu regeln.

4. Die Erziehungsgutschriften seien dem Vater zuzusprechen.
5. Ziff. II und III des Urteils seien aufzuheben, und die Kosten des bezirksrätlichen Verfahrens seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das bezirksrätliche Verfahren eine angemessene Entschädigung auszurichten. Die Kosten des Verfahrens der KESB Bezirk Horgen seien zu  $\frac{1}{4}$  dem Beschwerdeführer und zu  $\frac{3}{4}$  der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Eingabe vom 7. Oktober 2016 beantwortete die Mutter die Beschwerde und beantragte die Abweisung der Beschwerde und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Der Vertreter des Kindes nahm innert wiederhergestellter Frist am 2. November 2016 Stellung zur Beschwerde und beantragte deren Gutheissung. Am 18. November 2016 nahm die Mutter, der mit Beschluss vom 7. November 2016 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden war, ein weiteres Mal Stellung und am 7. Dezember 2016 der Vater. Am 10. Februar 2017 wurde C.\_\_\_\_\_ durch den Referenten angehört. An der Schlussverhandlung vom 7. März 2017 erhielten die Parteien und der Vertreter des Kindes Gelegenheit zu abschliessenden Stellungnahmen.

Obwohl sein Vertreter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte und die Parteien darauf hingewiesen wurden, dass das Verfahren nun in das Stadium der Urteilsberatung trete (Prot. S. 19), liess der Vater am 23. März 2017 eine weitere Stellungnahme einreichen (act. 52). Diese verspätete Eingabe, die im Übrigen keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte enthält, ist den übrigen Beteiligten mit diesem Entscheid zuzustellen.

5. Die Akten der KESB und des Bezirkrats wurden beigezogen (KESB act. 8/1-172, act. 50/173-221 und act. 48/222-236; BR act. 7/1-25).

## II.

1. Während das Aufenthaltsbestimmungsrecht früher als Teil des Obhutsrechts galt, fällt es seit der Revision der elterlichen Sorge, die am 1. Juli 2014 in Kraft

trat, unter die elterliche Sorge (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder der Wechsel des Aufenthaltsorts erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 ZGB).

Die zweite Voraussetzung für eine Zustimmungspflicht ist bei einem Umzug vom Kanton Zürich in den Kanton Tessin erfüllt. Dass der Umzug der Mutter mit C.\_\_\_\_\_ vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung stattfand, ändert nichts daran, da die neue Regelung nach den Übergangsbestimmungen in hängigen Verfahren sofort zur Anwendung kommt (Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB).

2. Mit der verabschiedeten Fassung von Art. 301a Abs. 2 ZGB sollte nicht die Niederlassungs- bzw. Bewegungsfreiheit der Elternteile eingeschränkt werden. Der Wegzug ist folglich nicht zu hinterfragen, sondern es ist von der Prämisse auszugehen, dass der eine Elternteil wegzieht, und es ist nicht ein Vorzustand zu perpetuieren bzw. wiederherzustellen, sondern eine neue Situation zu regeln und die nötige Anpassung der Eltern-Kind-Beziehung vorzunehmen. Es stellt sich daher nicht die Frage, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Eltern am bisherigen Wohnort verblieben, sondern ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem wegziehenden Elternteil geht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält (BGE 142 III 481 E. 2.5 und 2.6; BGE 142 III 498 E. 4.3; BGE 142 III 502 E. 2.5).

3. Die Kriterien, die das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Obhutsteilung im Trennungs- oder Scheidungsfall entwickelt hat, können auf die Anwendung von Art. 301a ZGB übertragen werden. Für die Neuregelung der Eltern-Kind-Verhältnisse haben die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten, abzustellen ist auf die persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, auf ihre erzieherischen Fähigkeiten und die Bereitschaft, die Kinder in eigener Obhut zu haben und sie weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen, sowie auf das Bedürfnis der Kinder nach der für eine harmonische Entfaltung in körperli-

cher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendigen Stabilität der Verhältnisse, welches bei gleicher Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit besonderes Gewicht erhält (BGE 142 III 481 E. 2.7 und BGE 142 III 498 E. 4.4 m.H. auf Urteil 5A\_375/2008 vom 11. August 2008 E. 2).

4. Dass die Mutter C.\_\_\_\_\_ ohne Einwilligung des Vaters in den Tessin mitnahm, stellt aus Sicht des Kindesvertreters ein abredewidriges, eigenmächtiges Verhalten dar (act. 23 S. 2 Ziff. 2). Die Mutter hält diese Auffassung aus heutiger Sicht für aktenwidrig. Von einer Abredewidrigkeit könne spätestens seit Kenntnisnahme des Beschlusses der KESB vom 17. Februar 2015, mit dem ein Antrag des Vaters auf vorsorgliche Umteilung der Obhut abgewiesen wurde, nicht die Rede sein (act. 27 S. 3 Ziff. 5). Dem Vater gehe es nicht um das Kindeswohl, sondern um Rechthaberei (Prot. S. 15).

Diese Lesart fokussiert ausschliesslich auf die heutige Situation und blendet aus, dass die Mutter damals nicht über die alleinige Obhut verfügte und damit nicht berechtigt war, C.\_\_\_\_\_ ohne Einwilligung des Vaters in den Tessin mitzunehmen. Die Parteien waren sich zwar ursprünglich einig, dass C.\_\_\_\_\_ nach einer Trennung mehrheitlich im Haushalt der Mutter leben solle (KESB act. 2/1 Ziff. 1.2). Diese Vereinbarung ersetzte jedoch im Streitfall nicht die behördliche Zuweisung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Zudem hatten die Parteien vereinbart, dass sie sich bei Konflikten und unüberbrückbaren Meinungsverschiedenheiten über wichtige Belange des Kindes an eine geeignete Person oder Fachstelle wendeten und eine gemeinsame, im Interesse des Kindes liegende Lösung anstrebten (KESB act. 2/1 Ziff. 5). Darüber setzte sich die Mutter hinweg.

Die strafrechtliche Relevanz dieses Verhaltens müssen die Strafbehörden beurteilen (vgl. act. 36). Der Vater, der sich von der Mutter hintergangen fühlt (Prot. S. 13), stört sich daran, dass die Mutter wegen der Bedeutung der Konstanz und der Stabilität der Verhältnisse (vgl. unten 8) davon profitiert, dass ihre Eigenmacht (verbunden mit der Verfahrensdauer) Tatsachen schuf (act. 2 S. 10). Mit Blick auf das Kindeswohl, welches die oberste Maxime für diesen Entscheid darstellt, kommt es jedoch nicht in Frage, das Verhalten der Mutter mit dem Entscheid über

das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu sanktionieren, sondern ist dieses nur insoweit von Belang, als es Rückschlüsse auf die Erziehungsfähigkeit zulässt.

5. Das eigenmächtige Vorgehen der Mutter, mit dem sie den Vater vor vollendete Tatsachen stellte, anstatt sich vor dem Umzug um eine Einigung oder um eine Übertragung der alleinigen Obhut zu bemühen, weckt Zweifel an ihrer Erziehungsfähigkeit. Diese werden jedoch durch die seitherige Entwicklung des Kontakts zwischen C.\_\_\_\_\_ und seinem Vater nicht bestätigt, die zeigt, dass die Mutter daran interessiert ist, dass der Vater im Rahmen der unter den veränderten Bedingungen bestehenden Möglichkeiten eine lebendige Beziehung zu C.\_\_\_\_\_ pflegen kann.

Das kommt in der oben wiedergegebenen Regelung des persönlichen Verkehrs zum Ausdruck, die über eine unter solchen Verhältnissen denkbare Minimalregelung hinausgeht. Diese Regelung musste von der KESB erlassen werden, sie wird aber von den Eltern umgesetzt und wurde vom Vater mit umgekehrter Rollenverteilung der Mutter angeboten (Prot. S. 14), was ein Zeichen für ihre Akzeptanz ist. Wie die Anhörung durch das Gericht zeigte und er auch selbst hervorhebt, ist der Vater in der Erlebniswelt von C.\_\_\_\_\_ präsent (Prot. S. 10). Das ist unter den gegebenen Umständen nicht selbstverständlich und zeugt nicht nur seinen engagierten Bemühungen, sondern auch von der aktiven Unterstützung der Mutter.

Die Vorfälle, die der Vater anführt, um den Eindruck der Akzeptanz der Rolle des anderen Elternteils zu korrigieren (Prot. S. 13), beschlagen nicht den persönlichen Verkehr, sondern die elterliche Sorge und sind von geringerem Gewicht. Es ist davon auszugehen, dass diese Nebengeleise, wie sie der Beschwerdeführer nennt (Prot. S. 13), eine Nebenfolge des Konflikts um die Obhut darstellen und abnehmen oder verschwinden, wenn der Hauptkonflikt erledigt ist.

Der Eindruck, dass das Verhältnis zwischen dem Vater und der Therapeutin von C.\_\_\_\_\_ belastet ist (Prot. S. 13), scheint auf Gegenseitigkeit zu beruhen (vgl. KESB act. 50/183). Wer dafür verantwortlich ist, kann offen bleiben. Das hat auf alle Fälle nicht die Mutter zu vertreten.

Meinungsverschiedenheiten über die Behandlung von nicht lebensbedrohlichen gesundheitlichen Problemen erfordern keinen Wechsel des Aufenthaltsbestimmungsrechts, sondern sind von den Parteien zusammen mit der Beiständin anzugehen. Wenn sich der Vater über mangelnde Unterstützung durch die KESB oder den Beistand beklagt (Prot. S. 13), stellt das ebenfalls keinen Grund für einen Wechsel des Aufenthaltsorts von C.\_\_\_\_\_ dar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass trotz Kritik an ihrem ursprünglich eigenmächtigen Vorgehen keine wesentlichen Bedenken gegen die Erziehungsfähigkeit der Mutter bestehen, welche eine Umteilung von C.\_\_\_\_\_ zum Vater erforderlich machen würden. Das entspricht offenbar der Einschätzung des Kindesvertreters, der meint, es sei beiden Eltern nichts vorzuwerfen mit Bezug auf die Betreuung, und keinen Grund erkennt, der eindeutig für einen Wechsel spricht (Prot. S. 17).

6. Der Vater äussert Zweifel daran, dass es C.\_\_\_\_\_ gut gehe, so dass es keinen Grund gebe, etwas zu ändern. Dieser Darstellung könne er sich nicht vorbehaltlos anschliessen mit Blick auf die Therapie, die offenbar als notwendig erachtet werde, die Berichte über Alpträume, die seit dem Kindergarten auftraten, und die körperlichen Beschwerden, namentlich die Darmbeschwerden. Es liege ihm fern zu sagen, das liege am Umzug ins Tessin, aber eine gewisse Ruhe, die beim Vater eher gewährleistet wäre als bei der Mutter im Tessin, wo es immer wieder Veränderungen gebe, wäre für C.\_\_\_\_\_ sicher gut (Prot. S. 14).

Die KESB erteilte den Eltern die Weisung, für C.\_\_\_\_\_ eine geeignete Therapie zu organisieren, nachdem C.\_\_\_\_\_s Mutter der Beiständin mitgeteilt hatte, C.\_\_\_\_\_ reagiere nun auch vermehrt mit somatischen Beschwerden vor den Besuchen beim Vater. Die KESB erwog, C.\_\_\_\_\_ befinde sich aufgrund der hochstrittigen elterlichen Konfliktsituation in einem starken Loyalitätskonflikt, der auch ein Grund für seine Traurigkeit sei. Aufgrund seiner somatischen Beschwerden und seiner wiederholt geäusserten Traurigkeit sah die KESB das Wohl von C.\_\_\_\_\_ in Frage gestellt und fand, es sei eine sofortige Unterstützung in Form einer geeigneten Therapie erforderlich (KESB act. 163 S. 7 E. 13).

Diese Ausführungen widerlegen die Darstellung des Vaters, dass man so tue, wie wenn es C.\_\_\_\_\_ gut gehe. Die KESB benennt teilweise sogar die gleichen Probleme wie er, hingegen unterscheiden sich ihre Lösungsansätze: Während die KESB am Aufenthaltsort von C.\_\_\_\_\_ nichts ändern will und ihn in dieser Situation unterstützen möchte, will der Vater diese Ausgangslage ändern und erhofft sich davon eine Verbesserung für C.\_\_\_\_\_.

Ob und inwiefern die Darmbeschwerden von C.\_\_\_\_\_, die im letzten Herbst einen Spitalaufenthalt notwendig machten, auf seine Obhutsverhältnisse zurückzuführen sind, ist umstritten (vgl. act. 23 S. 5 f.; act. 27 S. 5; act. 30 S. 2; act. 31 S. 7 f.). Bei der Traurigkeit liegt ein solcher Zusammenhang auf der Hand und wurde von C.\_\_\_\_\_ in der erstinstanzlichen Abklärung selbst hergestellt (KESB act. 116 S. 9). Der Vertreter von C.\_\_\_\_\_ traf bei seinem Besuch im Rahmen dieses Verfahrens einen schwer belasteten Jungen, was ihn schockiert habe. Er geht davon aus, dass ein Teil von C.\_\_\_\_\_'s Beschwerden psychischer Natur sei (Prot. S. 16 f.).

Die Feststellung der KESB, dass C.\_\_\_\_\_ unter der hochstrittigen Konfliktsituation der Eltern leide, geht unter diesen Umständen nicht fehl. Dem Ansatz der KESB, die den Eltern die Weisung erteilte, C.\_\_\_\_\_ therapieren zu lassen, kann vorgeworfen werden, dass es sich um Symptombekämpfung handelt, weil damit die belastende Ausgangssituation nicht verändert wird, sondern C.\_\_\_\_\_ lediglich unterstützt wird, besser damit umzugehen. Solange das dem Wohl von C.\_\_\_\_\_ dient, ist dagegen nichts einzuwenden.

Die Auffassung des Vaters, dass eine Umteilung von C.\_\_\_\_\_ zu ihm eine wesentliche Verbesserung bringen würde, vermag nicht zu überzeugen. Das entspricht dem Prozesstandpunkt des Vaters, der damit sein Ziel erreicht hätte, aber für C.\_\_\_\_\_ würde sich die gegenwärtige Situation mit umgekehrten Vorzeichen mehr oder weniger unverändert fortsetzen, denn es ist nicht anzunehmen, dass der elterliche Konflikt damit beendet wäre. Im Übrigen gibt es keine Anhaltspunkte, dass mangelnde Ruhe im Helfernetz der Mutter ein wesentlicher Belastungsfaktor für C.\_\_\_\_\_ ist, wie der Vater mutmasst (Prot. S. 14 und 18), so dass sich eine Umteilung zum Vater auch aus diesem Grund nicht aufdrängt.

Wie die meisten Kindern in derartigen Situationen wird C.\_\_\_\_\_ sowohl unter der Trennung seiner Eltern als auch unter dem darauf folgenden Konflikt leiden. Die Trennung und der damit verbundene Wegzug der Mutter kann hier nicht in Frage gestellt werden (vgl. oben 2). Soweit der Vater darauf abzielt, die Mutter könnte wieder nach Thalwil oder zumindest in die Nähe ziehen, sind seine Ausführungen nicht zu hören. Ob der Konflikt andauert, liegt in der Verantwortung der Eltern, von denen jemand in den sauren Apfel beißen muss, wie ihnen der Kindesvertreter in Erinnerung rief, auch wenn sie nicht auf ihn hören und sich nicht auf eine Lösung einigen, sondern das Gericht entscheiden lassen (Prot. S. 18).

7. Der Vater wirft den Vorinstanzen vor, sie hätten viel Aufwand betrieben, um den Kindeswillen auszuschalten. Bei gleichen elterlichen Kompetenzen und keinen Argumenten gegen den Vater sei nicht einzusehen, weshalb gegen den Willen von C.\_\_\_\_\_ entschieden werden solle. Damit der Kindeswille ausgehebelt werden könne, müsste der Tessin die bessere Lösung sein, wofür keine Gründe ersichtlich seien (Prot. S. 12 und S. 14).

a) In der Anhörung im Verfahren der KESB, welche am 10. Juni 2015 am Marie Meierhofer Institut durchgeführt worden war, betonte C.\_\_\_\_\_, dass es ihm im Tessin gut gefalle, dass es aber bei der Mami nicht so gut sei und er traurig sei und den Papi vermisse und dass er lieber in Thalwil beim Papi leben würde, wobei die Mami dann eine Wohnung in Thalwil nehmen solle. Von sich aus hob er hervor, dass Papi den Weg ins Tessin nicht mehr solle zurücklegen müssen, dieser Weg sei sehr lang (KESB act. 150).

Im Abklärungsbericht der Solid Help AG vom 10. März 2015 steht, C.\_\_\_\_\_ habe beim Gespräch im Kindergarten in D.\_\_\_\_\_ gesagt, er habe beim letzten Gespräch, das beim Vater stattgefunden hatte, vergessen zu sagen, dass er immer beim Papi bleiben sollte. Auf die Frage, ob er oder der Papi dies wollte, habe er geantwortet, der Papi habe dies gewollt (KESB act. 116 S. 8 f.).

b) Die KESB wies auf das Spannungsfeld zwischen Kindeswille und Kindeswohl hin und hielt fest, C.\_\_\_\_\_ sei mit seinen sechs Jahren noch nicht in der Lage die Konsequenzen eines solchen Entscheids abzuschätzen. C.\_\_\_\_\_ gehe im

Rahmen seiner kindlichen Logik davon aus, dass mit dem Wohnen beim Vater all seine Probleme gelöst seien und er die Traurigkeit loswerde, welche sich mit der Trennung seiner Eltern einstellte. Die Mami könne seiner Meinung nach eine Wohnung nahe dem Wohnort des Vaters beziehen und der Vater müsse den beschwerlichen Weg ins Tessin nicht mehr auf sich nehmen, um ihn zu sehen. Dass die Mutter ihren Wohnort nicht verlegen würde und welche Konsequenzen dies für ihn mit sich bringen würde, entziehe sich seinem Vorstellungsvermögen. Die KESB äussert ferner die Vermutung, dass die Aussagen von C.\_\_\_\_\_ induziert waren, was u.a. mit dem Verweis auf die oben wiedergegebene Passage aus dem Abklärungsbericht von Solid Help AG begründet wurde (KESB act. 163 S. 6).

c) Der Kindesvertreter stellte ursprünglich den Antrag, die Beschwerde des Vaters sei zu schützen. Dies begründete er damit, dass C.\_\_\_\_\_ ihm gegenüber, als er ihn bei seinem Vater besuchte, klar geäussert habe, dass er lieber dort wohnen möchte, was er damit begründet habe, dass es dort weniger einschränkende Regeln gebe, die cooleren Spielsachen vorhanden seien und sein Vater v.a. mehr Zeit für ihn habe und mehr mit ihm spiele (act. 23 S. 1 f.).

In seiner abschliessenden Stellungnahme, die er nach der Anhörung von C.\_\_\_\_\_ durch das Gericht (vgl. unten d) erstattete, relativierte der Vertreter von C.\_\_\_\_\_ diesen Standpunkt. Was ein Kind sage in einer solchen Verzweiflung, die er bei seinem Besuch erlebt habe, dürfe nicht überbewertet werden. C.\_\_\_\_\_ könne nicht beurteilen, welche Folgen ein Wechsel für seine Mutterbeziehung habe, in seinem Alter könne er sich die Mutter nicht wegdenken. Ein Wechsel sei sicher möglich, könne aber aus seiner Sicht nicht eindeutig begründet werden. Damit das Gericht zum Wohl von C.\_\_\_\_\_ den mehrmals geäusserten Kinderwillen zum Anlass für eine Umplatzierung nehmen dürfe, müssten Gründe ausserhalb von C.\_\_\_\_\_ vorliegen, wobei der Kindesvertreter offen liess, ob solche gegeben seien (Prot. S. 17 f.).

d) Bei der Anhörung durch den gerichtlichen Referenten, die in einem Raum der Gemeindeverwaltung am Wohnort seiner Mutter stattfand, wollte sich C.\_\_\_\_\_ nicht zum Verfahren äussern und meinte, es sei ihm eigentlich recht, wenn er das den Erwachsenen überlassen könne (act. 43 S. 3).

e) Das Bundesgericht hielt fest, dass kleinere Kinder nicht nach konkreten Zuteilungswünschen zu fragen sind, denn sie können sich darüber noch gar nicht losgelöst von zufälligen gegenwärtigen Einflussfaktoren äussern und in diesem Sinn eine stabile Absichtserklärung abgeben. Die Aussagen jüngerer Kinder haben deshalb für die Zuteilungsfrage nur einen beschränkten Beweiswert. Bei ihnen geht es in erster Linie darum, dass sich das urteilende Gericht ein persönliches Bild machen kann und über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung verfügt. Allgemein ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge ein Kind erst ab dem 12. Altersjahr urteilsfähig ist (BGer 5C.293/2005 vom 6. April 2006, E. 4.2; BGer 5A\_482/2007 vom 17. Dezember 2007, E. 3.1; BGE 131 III 553 E. 1.2.2).

f) C.\_\_\_\_\_ ist sieben Jahre alt. Er ist damit weit entfernt von der Schwelle, welche das Bundesgericht für die Urteilsfähigkeit in Zuteilungsfragen annimmt. Die Begründung, die er gegenüber seinem Vertreter für seinen Wunsch anführte, beim Vater zu wohnen (weniger Regeln, coolere Spielsachen, mehr Zeit für ihn) ist typisch für sein Alter und legt keine andere Einstufung seiner Urteilsfähigkeit nahe. Während "mehr Zeit" grundsätzlich auch aus Sicht des Kindeswohls positiv ist und "coolere Spielsachen" zumindest nicht negativ sind, dürfte die Bewertung von Regeln aus Sicht des Kinderwillens und des Kindeswohls auseinandergehen.

Hinzu kommt, dass diese Wahrnehmung zumindest teilweise auch dadurch bedingt sein dürfte, dass sich C.\_\_\_\_\_ während der Freizeit beim Vater aufhält, wenn dieser keine konkurrierenden Verpflichtungen (namentlich Arbeit) wahrzunehmen hat, die ihn daran hindern, sich persönlich um C.\_\_\_\_\_ zu kümmern, und dass C.\_\_\_\_\_ beim Vater keine Alltagsprogramm (insbesondere Schule) zu bewältigen hat, das eine stärkere Strukturierung des Tagesablaufs mit Regeln erfordert. Bei einer Umteilung der Obhut würden sich diese Voraussetzungen ändern.

g) Berücksichtigt man den Kontext der unterschiedlichen Äusserungen von C.\_\_\_\_\_, lässt sich der Verdacht einer (wenn auch allenfalls nur unbewussten) Beeinflussung nicht ohne Weiteres von der Hand weisen. Während C.\_\_\_\_\_ zugunsten des Vaters Position bezog, als ihn sein Vertreter beim Vater besuchte, wollte er in der gerichtlichen Anhörung, die in einem Raum der Gemeindeverwal-

tung am Wohnort der Mutter stattfand, nichts zum Ausgang des Verfahrens sagen. Dafür beklagte er sich zu Beginn des Gesprächs beiläufig darüber, dass sie beim Vater nie etwas unternehmen würden (act. 43 S. 1).

Das muss nicht heissen, dass das tatsächlich zutrifft, sondern kann auch darauf zurückzuführen sein, dass die Welt des Vaters und damit auch die Erinnerung an die dortigen Aktivitäten in diesem Moment weiter weg war. Das ist ein bekanntes Phänomen bei Kindern getrennter Eltern, das die Bedeutung von solchen Aussagen relativiert, die in einer anderen Umgebung nicht reproduziert werden.

Der Vater blendet aus, dass C.\_\_\_\_\_ den Wunsch, bei ihm zu leben, zuletzt in einer neutralen Umgebung nicht wiederholte. Und gegenüber der SolidHelp AG erwähnte er diesen Wunsch zwar, distanzierte sich aber davon und schrieb ihn dem Vater zu. Die Folgerung des Vaters, dabei handle es sich um den Kinderwillen, ist daher nicht haltbar. Darüber, was C.\_\_\_\_\_ sagt, wenn er bei der Mutter ist, sowie über seine Motive wissen wir nicht Bescheid. Möglicherweise spielt Mitleid mit dem Vater mit, den er weniger sieht und der mehr unter der gegenwärtigen Situation zu leiden scheint (vgl. KESB act. 116 S. 9 Ziff. 2.2.7 a.E.).

h) Während sich beide Eltern zumindest gegenüber ihrem Sohn als gute Eltern präsentieren können, die ihn über alles lieben, wenn sie sich der oben zitierten Ermahnung des Kindesvertreters widersetzen und bis zuletzt an ihren entgegengesetzten Zuteilungsanträgen festhalten, kann C.\_\_\_\_\_ nicht einen Elternteil wählen, ohne gleichzeitig den anderen zu enttäuschen, was für ein siebenjähriges Kind ein unzumutbares Dilemma darstellt.

Wenn C.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Gericht erklärt, dass er diese Entscheidung gerne den Erwachsenen überlassen möchte, was sein Vertreter als altersentsprechende Reaktion bezeichnete (Prot. S. 11), ist das auch vom Vater zu respektieren.

8. Ob die erzieherischen Kompetenzen der Eltern gleich sind, ist letztlich unbekannt, da die Eltern in unterschiedlichen Rollen aufgetreten sind und nicht feststeht, wie sie sich in der jeweils anderen Funktion bewähren würden. Es kann jedoch gesagt werden, dass beide ihre Sache recht machen, was der Kindesvertre-

ter mit den Worten ausdrückt, es sei beiden Eltern nichts vorzuwerfen (Prot. S. 17).

Diese Auffassung scheint der Vater zu teilen, verlangt er doch, dass bei gleichen elterlichen Kompetenzen auf den Willen des Kindes abzustellen sei (Prot. S. 12). Wie oben ausgeführt wurde, hilft ihm das nicht weiter: Zum einen kann von vornherein nicht davon ausgegangen werden, dass C.\_\_\_\_\_ in Bezug auf diese Frage urteilsfähig ist. Zum andern steht ein konstanter Wille des Kindes mit Bezug auf diese Frage nicht fest.

In dieser Situation erhält nach der eingangs zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Kriterium der Stabilität der Verhältnisse entscheidende Bedeutung (BGE 142 III 481 E. 2.7 und BGE 142 III 498 E. 4.4 m.H. auf Urteil 5A\_375/2008 vom 11. August 2008 E. 2), was zur Abweisung der Beschwerde und zur Bestätigung der Entscheidungen der Vorinstanzen führt.

### III.

1. Die KESB hatte die Gebühren ihres Entscheides im gesetzlichen Rahmen von § 60 Abs. 2 EG KESR, der von CHF 200.00 bis CHF 10'000.00 geht, auf CHF 8'000.00 festgesetzt. Auch wenn man berücksichtigt, dass die KESB einen separaten Entscheid über die Zuständigkeit fällte und ein Beweisverfahren durchführte, erscheint diese Gebühr (welche die eigentlichen Beweiskosten von CHF 10'650.00 für das Gutachten der SolidHelp AG und von CHF 799.00 für die Kinderanhörung durch das Marie-Meierhofer-Institut nicht umfasst) unverhältnismässig hoch. Die Entscheidgebühr der KESB ist auf CHF 4'000.00 zu reduzieren.

Im Unterschied zu den Beweiskosten und den Kosten der Kindesvertretung, die sie den Parteien je hälftig auferlegte, auferlegte die KESB die Entscheidgebühr zu drei Vierteln dem Vater und zu einem Viertel der Mutter, was sie mit der Vorbemerkung, die Gebühren würden den Parteien nach Aufwand auferlegt, sowie mit einem Hinweis auf die "zahlreichen, mitunter unnötigen Eingaben der diversen Rechtsvertreter" des Vaters begründete (KESB act. 163 S. 7 E. 16).

Gemäss § 60 Abs. 3 EG KESR ist der Aufwand eine Grundlage für die Bemessung der Gebühr der KESB. Die Auflage der Gebühren hingegen erfolgt gemäss § 60 Abs. 5 EG KESR grundsätzlich unter Berücksichtigung des Ausgangs des Verfahrens. Eine Kostenaufgabe für unnötige Prozesskosten kommt nach dem Verursachungsprinzip zwar in Frage (vgl. Art. 108 ZPO). Die Behörden sollten sich jedoch Zurückhaltung dabei auferlegen, die Eingaben einer Partei im Nachhinein als unnötig zu bezeichnen. Die Einwände des Vaters gegen diese Begründung sind berechtigt (act. 2 S. 16 f.).

In den Akten der KESB überwiegen tatsächlich die Eingaben des Vaters. Das hängt jedoch damit zusammen, dass sich die Mutter ursprünglich nicht auf das Verfahren einliess, während der Vater als Kläger die Initiative übernehmen musste und zudem mit Blick auf die Macht des Faktischen versuchen musste, die von der Mutter geschaffenen Verhältnisse mit vorsorglichen Massnahmen rückgängig zu machen. Das lässt den Umfang seiner Bemühungen verständlich erscheinen.

Der Vater unterliegt im Ergebnis. Indem die Mutter gegen den Willen des Vaters mit C. \_\_\_\_\_ in den Tessin umgezogen war, obwohl sie nicht über das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht verfügte, verursachte sie jedoch dieses Verfahren, auch wenn sie schliesslich obsiegte. Wie das Ergebnis gewesen wäre, wenn das Verfahren vor dem Umzug durchgeführt worden wäre, muss offen bleiben. Da sie vor der Trennung C. \_\_\_\_\_ hauptsächlich betreute, hätte die Mutter zwar auch so die besseren Chancen gehabt, aber die Prozessaussichten des Vaters wären sicher besser gewesen als heute, nachdem C. \_\_\_\_\_ bereits seit mehreren Jahren im Tessin lebt und dort eingeschult wurde (vgl. Prot. S. 12).

Vor diesem Hintergrund erscheint es unbillig, die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens mehrheitlich oder vollumfänglich dem Vater zu auferlegen, sondern die Kosten sind den Eltern je hälftig zu auferlegen, was im Übrigen der Regelung der subsidiär anwendbaren Zivilprozessordnung entspricht (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; § 40 Abs. 3 EG KESR).

2. Gestützt auf das Obsiegen und Unterliegen auferlegte der Bezirksrat die Entscheidgebühr von CHF 800.00 dem Vater und verpflichtete ihn zur Zahlung einer Prozessentschädigung von CHF 1'000.00 an die Mutter (act. 6 S. 12 f. E. 6).

Der Bezirksrat hatte erwogen, in familienrechtlichen Prozessen könne zwar gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO vom Grundsatz der Verteilung der Prozesskosten nach Obsiegen und Unterliegen abgewichen werden. Die Grundnorm sei aber auch bei familienrechtlichen Verfahren Art. 106 ZPO. Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht sei und keine besonderen Gründe einen Billigkeitsentscheid nahelegen würden, sei nach Art. 106 ZPO zu entscheiden. Solche besonderen Gründe seien vorliegend nicht ersichtlich (act. 6 S. 12 f. E. 6).

Dem kann mit Verweis auf die Ausführungen zur Verteilung der Kosten des Verfahrens der KESB nicht gefolgt werden. Die Kosten des bezirksrätlichen Verfahrens sind den Parteien gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO je hälftig zu auferlegen.

Das hat zur Folge, dass über das Gesuch der Mutter um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zu entscheiden ist, das vom Bezirksrat mit Blick auf die nun aufgehobene Kostenregelung infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben wurde (act. 6 S. 11 E. 5.1 und S. 13 Disp.-Ziff. I). Unter Verweis auf die vorinstanzliche Begründung der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist der Mutter für das bezirksrätliche Verfahren auch die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (act. 6 S. 12 E. 5.2).

Eine Prozessentschädigung ist für das bezirksrätliche Verfahren gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO nicht zuzusprechen. Mit seinem Entschädigungsanspruch ist der Vertreter der Mutter an die Vorinstanz zu verweisen, die seiner Mandantin die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt hatte (act. 6 S. 11 E. 5.1 und S. 13 Dispo.-Ziff. I).

3. Da beide Parteien durch das Kindeswohl motiviert wurden, auch wenn sie dieses jeweils unterschiedlich, von ihren subjektiven Interessen geleitet interpretierten, sind ihnen für dieses Verfahren die Kosten (einschliesslich durch die Kin-

deranhörung im Tessin verursachten Reisekosten und der Kosten der Vertretung des Kindes, Art. 95 Abs. 2 lit. c und e ZPO) je hälftig zu auferlegen und keine Parteienschädigungen zuzusprechen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und die Dispositiv-Ziffern 1-5 des Beschlusses der KESB Bezirk Horgen vom 14. Juli 2015 werden bestätigt.
2. Dispositiv-Ziffer 6 des Beschlusses der KESB Bezirk Horgen vom 14. Juli 2015 wird aufgehoben. Die Gebühren werden auf CHF 4'000.00 festgesetzt. Sowohl die Gebühren von CHF 4'000.00 als auch die weiteren Kosten von CHF 11'449.00 und die Kosten für den Kinderanwalt werden den Parteien je hälftig auferlegt.
3. Dispositiv-Ziffer I. des Beschlusses des Bezirksrats Horgen vom 6. Juli 2016 wird aufgehoben, und es wird der Beschwerdegegnerin für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
4. Dispositiv-Ziffer II. des Urteils des Bezirksrats Horgen vom 6. Juli 2016 wird teilweise aufgehoben, und es wird die Entscheidgebühr von CHF 800.00 für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren den Parteien je hälftig auferlegt. Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Anteil wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen, wobei die Nachzahlungspflicht vorbehalten bleibt.
5. Dispositiv-Ziffer III. des Urteils des Bezirksrats Horgen vom 6. Juli 2016 wird aufgehoben und es werden für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren wird auf CHF 3'000.00 festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen CHF 61.00. Hinzu kommen die Kosten für die Vertretung des Kindes, über deren Höhe nach Vorliegen einer Aufwandübersicht entschieden wird.

7. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Anteil wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen, wobei die Nachzahlungspflicht vorbehalten bleibt.
8. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und den Vertreter des Kindes, an die Beschwerdegegnerin und den Vertreter des Kindes je unter Beilage eines Doppels von act. 52, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein.
10. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: