

ZH_OBERGERICHT PQ140038 vom 2. September 2014

ZH Obergericht, 2014-09-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ140038

FR: ZH_OBERGERICHT PQ140038 du 2 septembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT PQ140038 del 2 settembre 2014

Erwägungen

E. 1

A._____ und B._____ sind die nicht verheirateten Eltern von C._____, geboren am 5./6. Mai 2010. Am 5./6. Mai 2010 trafen sie eine Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge (BR act. 7/2.1 Beilage 1), welche von der damals zuständigen Vormundschaftsbehörde Z._____ per 29. September 2010 genehmigt wurde (a.a.O. S. 4). Die Familie lebte damals in einem gemeinsamen Haushalt. Nach der getroffenen Regelung beteiligen sich beide Eltern im Rahmen ihrer Möglichkeiten an der Betreuung des Kindes (Ziffer 1.1.). Für den Fall der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes soll das Kind mehrheitlich im Haushalt der Mutter leben, wobei die Eltern die Betreuungsregelung mit zunehmendem Alter des Kindes dessen Entwicklungsstand und Bedürfnissen anpassen sollen (Ziffer 1.2.). Im Weiteren nehmen die Eltern die Erziehungsverantwortung gemeinsam wahr, nämlich sprechen sie sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes miteinander ab und entscheiden gemeinsam (Ziffer 2.1.). Bei einer Auflösung des gemeinsamen Haushaltes obliegen Entscheide über alltägliche Angelegenheiten dem jeweils betreuenden Elternteil (Ziffer 2.2.), wobei im Übrigen die Regelung gemäss Ziffer 2.1. gilt. In Ziffer 3 wird der Unterhalt des Kindes geregelt. Schliesslich sieht Ziffer 5 als Konfliktregelung vor, dass sich die Eltern bei Konflikten und unüberbrückbaren Meinungsverschiedenheiten über wichtige Belange des Kindes an eine geeignete Person oder Fachstelle wenden und eine gemeinsame im Interesse des Kindes liegende Lösung anstreben.

E. 2

Im Spätsommer/Frühherbst 2013 kam es anscheinend zur Trennung der Eltern. Die Mutter meldete C._____ per 31. Oktober 2013 nach D._____/TI ab (BR act. 7/2. Beilage 2). Bereits zuvor liess der Vater die Mutter mit Schreiben seiner Rechtsvertreterin vom 10. Oktober 2013 wissen, dass er mit einem Wegzug von C._____ ins Tessin nicht einverstanden sei (BR act. 7/2. Beilage 3). Die Mutter liess ihrerseits durch ihren Rechtsvertreter dem Vater mit Brief vom 15. Oktober 2013 mitteilen, dass sie sich aus persönlichen, familiären sowie finanziellen Gründen entschlossen habe, im Kanton Tessin Wohnsitz zu nehmen. Sie habe

- 3 - die örtlich zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kontaktiert und diese ersucht, den Parteien eine Besuchsregelung zu unterbreiten bzw. verbindlich zu regeln (BR act. 7/2. Beilage 4).

E. 2.1

Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibes aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Der einmal begründete Wohnsitz einer Person bleibt bestehen bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes (Art. 24 Abs. 1

ZGB). Kinder unter elterlicher Sorge haben am Wohnsitz ihrer Eltern Wohnsitz oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, am Wohnsitz desjenigen Elternteils, unter dessen Obhut sie stehen (Art. 25 Abs. 1 ZGB).

E. 2.2

Die Parteien lebten mit ihrem Sohn unbestrittenermassen bis im Oktober 2013 in einem gemeinsamen Haushalt in Z._____. Ihr beider Lebensmittelpunkt befand sich bis zu ihrer Trennung in Z._____, wo sie in einer gemeinsamen Wohnung lebten und ihre persönlichen Effekten hatten, wo der Vater berufstätig war und wo ihr Sohn C._____ offenbar einmal wöchentlich eine Spielgruppe besuchte (die Rechnungsstellung für das letzte Quartal 2013 erfolgte am 4. Oktober 2013 (KESB act. 7/2/6). Unbestritten ist, dass die Mutter sich mit C._____ am 11. Oktober 2013 ins Tessin begab (act. 2 S. 4). Uneins sind sich die Parteien darüber, welchem Zweck diese Reise diene: während der Vater behauptet, es habe sich dabei lediglich um einen Ferienaufenthalt gehandelt (a.a.O.), bestreitet dies die Mutter und verweist auf die bereits am 10. Oktober 2013 vorgenommene Abmeldung in Z._____ und die Anmeldung vom 15. Oktober 2013 in F._____ (act. 15 S. 3 f.). Weiter lässt sie vorbringen, es sei die Absicht dauernden Verbleibes massgebend, nicht die Hinterlegung von persönlichen Effekten an einem bestimmten Ort. Schliesslich habe sie dem Beschwerdeführer vorgängig mehrmals und unmissverständlich mitgeteilt gehabt, dauernd in D._____ verbleiben zu wollen (act. 15 S. 4). Schliesslich hält sie dafür, berechtigt gewesen zu sein, mit dem Kind ins Tessin zu ziehen, wobei diese Frage allerdings nicht Gegenstand des Verfahrens sei (a.a.O.).

E. 2.3

Wie bereits erwähnt befindet sich der Wohnsitz einer Person dort, wo sie objektiv feststellbar physischen Aufenthalt und subjektiv die Absicht dauernden Verbleibes hat. Massgebend ist demnach der Ort, wo sich der Mittelpunkt der Le-

-bensbeziehungen befindet (BSK ZGB I-Staehelin Art. 23 N 5). Zur Begründung eines Lebensmittelpunktes ist der tatsächliche Aufenthalt im Sinne eines Wohnens erforderlich, d.h. der blosser Wille zur Wohnsitznahme genügt nicht (ebenda N 20). Nicht entscheidend ist hingegen, wo eine Person angemeldet ist und ihre Schriften hinterlegt hat, auch wenn diese Umstände Indizien für die Absicht dauernden Verbleibes darstellen (a.a.O. N 23 mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht hat im Entscheid 5A_663/2009 vom 1. März 2010 klar festgehalten, dass sich die Frage, wo eine Person ihren Wohnsitz habe, nach objektiven Umständen beurteile. Entscheidend sei, ob die Person den Ort, an dem sie weile, in einer für Dritte erkennbaren Weise zum Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen gemacht habe oder zu machen beabsichtige. Dieser Mittelpunkt sei regelmässig dort zu suchen, wo die familiären Interessen und Bindungen am stärksten lokalisiert seien. Verlasse ein Gatte den ehelichen Wohnsitz, dürfe nicht leichthin angenommen werden, er habe am neuen Aufenthaltsort einen neuen, eigenen Wohnsitz begründet; es müsse sich ein entsprechender Wille deutlich manifestiert haben. Unter Hinweis auf internationale Verhältnisse gelte es zu verhindern, dass einer missbräuchlichen Wohnsitzverlegung zur Begründung eines günstigen Gerichtsstandes Vorschub geleistet werde. Entscheidend sei daher nicht der innere Wille der betreffenden Person, sondern worauf die erkennbaren Umstände schliessen liessen, da nicht nur für die Person selbst, sondern vor allem auch für Drittpersonen und Behörden von Bedeutung sei, wo sich deren Wohnsitz befinde. Abzustellen sei daher auf die Kriterien, die für Dritte erkennbar seien.

E. 2.4

Anders als im angeführten Bundesgerichtsentscheid liegen hier keine internationalen Verhältnisse vor. Allerdings zog die Beschwerdegegnerin von der Deutschschweiz in den Kanton Tessin, mithin in einen anderen sprachlichen und kulturellen Landesteil, was sich zudem aus Distanzgründen erheblich auf die Kontaktmöglichkeiten und Beziehungspflege von Vater und Kind auswirkt. Allein schon deswegen darf nicht leichthin ein Wohnsitzwechsel und damit ein Wechsel in der behördlichen Zuständigkeit zur nunmehr nötigen Regelung der Kinderbelange angenommen werden. Dies umso weniger als C._____ seit seiner Geburt in Z._____ gelebt hatte, sein Vater nach wie vor dort wohnt und deren bisherigen

- 7 - Lebensumstände nicht weniger bedeutungsvoll sind als die von der Mutter mit ihrem Umzug ins Tessin geschaffenen faktischen neuen Lebensverhältnisse. Als sich die Beschwerdegegnerin am 11. Oktober 2013 ins Tessin begab, hatte sie nach eigenem Bekunden noch keine eigene Wohnung, sondern hielt sich vorerst bei ihrer Mutter auf, da sie noch nicht über ihre Möbel verfügt habe (BR act. 8 S. 7 Mitte). Sie habe zunächst eine 4 ½-Zimmer Wohnung besichtigt, die sich aber als zu teuer erwiesen habe, so dass sie beschlossen habe, eine kleinere Wohnung zu mieten (BR act. 8 S. 4). Anhand der Akten ist erstellt, dass die Beschwerdegegnerin per 16. November 2013 an der jetzigen Adresse eine Wohnung mieten konnte (BR act. 1/3). Stellt man auf diese eigenen Angaben der Beschwerdegegnerin ab, so fand sie in den ersten Wochen nach ihrem Weggang aus Z._____ im Tessin bei ihrer Mutter Unterschlupf. In Anbetracht der damals offenbar akuten Beziehungskrise der Parteien erscheint dies nicht ungewöhnlich, lässt aber nicht darauf schliessen, damit habe die Beschwerdegegnerin bereits einen neuen eigenen Wohnsitz begründet. Äusserlich betrachtet erscheint ein solcher Aufenthalt entweder als längerer Ferienaufenthalt oder als vorübergehendes Provisorium bis zum Finden einer passenden und dauerhaften Wohnsituation, zumal die Beschwerdegegnerin nicht behauptet, sie habe mit ihrer Mutter zusammenleben wollen. Bei ihrem Wegzug ins Tessin trat die Beschwerdegegnerin dort vorerst keine Arbeitsstelle an. Einen Arbeitsvertrag unterzeichnete sie erst am 15. Januar 2014 (BR act. 28/1). Vielmehr meldete sie sich zunächst bei der G._____ Arbeitslosenkasse und erhielt von dieser mit Schreiben vom 22. November 2013 Informationen zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (BR act. 8/6.2). Ohne Arbeitsstelle war für Dritte somit nicht erkennbar, dass die Beschwerdegegnerin sich mit der Absicht dauernden Verbleibens im Tessin aufhielt. Nach aussen dokumentierter Anhaltspunkt für einen Wohnsitzwechsel bietet das Schreiben der Gemeinde D._____ vom 5. Dezember 2013, dass die Mutter am 6. November 2013 C._____ für die Scuola dell'infanzia angemeldet hat (BR act. 8/5). Auch wenn der Besuch dieser Vorschule freiwillig ist, legt er zumindest nahe, dass das Kind nicht bloss vorübergehend im Tessin weilen wird/soll. Weiter-

- 8 - rer Anhaltspunkt für einen Wohnsitzwechsel der Beschwerdegegnerin ist die von ihr vorgenommene Abmeldung in Z._____ und Anmeldung in D._____. Dazu ist allerdings wie oben erwähnt festzuhalten, dass die melderechtlichen Verhältnisse nicht ausschlaggebend sind, wo sich der Wohnsitz einer Person befindet. Allein daraus kann die Beschwerdegegnerin daher nichts für sich ableiten. Hinzu kommt, dass C._____ bereits am 10. Oktober 2013 in Z._____ abgemeldet wurde, also einen Tag, bevor die Beschwerdegegnerin mit ihm ins Tessin abreiste (BR act. 7/2.2). Die Anmeldung in D._____ erfolgte per 1. November 2013 (BR act. 7/4 und BR act. 28/2). Wollte man auf

diese Dokumente abstellen, hätte die Beschwerdegegnerin per 10. Oktober 2013 in Z._____ ihren bisherigen Wohnsitz aufgegeben, jedoch erst per 1. November 2013 in D._____ einen solchen begründet. Dass sich die Beschwerdegegnerin bereits am 14. Oktober 2013 in D._____ angemeldet haben will (act. 15 S. 4), lässt sich anhand der Akten nicht feststellen. Nach Art. 24 Abs. 1 ZGB bleibt ein einmal begründeter Wohnsitz bestehen bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes. Demnach hätte die Beschwerdegegnerin frühestens ab dem 1. November 2013 einen neuen Wohnsitz begründet, käme es denn entscheidend auf die melderechtlichen Verhältnisse an. Anhand der dargelegten und nach Aussen für Drittpersonen ersichtlichen Umstände präsentierte sich der Aufenthalt der Beschwerdegegnerin nach ihrer Ankunft im Tessin am 11. Oktober 2013 vorerst nicht als ein solcher von fester oder unbestimmter Dauer. Entgegen der Auffassung der KESB Horgen und der Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin daher mit ihrer Abreise ins Tessin dort nicht unmittelbar einen neuen Wohnsitz begründet. Daran ändert auch nichts, dass sie bereits am 15. Oktober 2013 und damit noch Tage, bevor sie sich selber in D._____ anmeldete, bei der dortigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein Verfahren auf Regelung der Kinderbelange anhängig machte (vgl. BR act. 7/2.5).

E. 2.5

Der Beschwerdeführer hat am 17. Oktober 2013 bei der KESB Horgen um Neuregelung der Betreuung von C._____ nachgesucht (BR act. 7/2). Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beschwerdegegnerin nach dem Gesagten im Tessin noch keinen neuen Wohnsitz begründet. Die KESB Horgen ist daher zu Unrecht nicht auf dieses Gesuch eingetreten, was ebenso zu Unrecht von der Vorinstanz geschützt

- 9 - worden ist. Das Urteil des Bezirksrates Horgen vom 19. Mai 2014 ist daher aufzuheben und die KESB Horgen ist als örtlich zuständige Behörde verpflichtet, das Gesuch des Beschwerdeführers vom 17. Oktober 2014 materiell und beförderlich zu behandeln. 3. Anzufügen ist folgendes: Die Eltern haben die gemeinsame Sorge für C._____; die Obhut für C._____ wurde in der gemeinsamen Vereinbarung der Parteien nicht ausdrücklich geregelt; vorgesehen ist lediglich, dass C._____ im Falle der Trennung der Eltern mehrheitlich bei der Mutter leben soll (BR act. 7.2.1. Ziffer 2.1). Die Vereinbarung der Eltern sieht im Falle der Trennung aber keine ausschliessliche Obhut bei der Mutter vor, welche - nach bisherigem Recht - auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht miteinschloss (BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 301 N 9 und 10) und der Mutter gestattet hatte, alleine über den Aufenthaltsort von C._____ zu bestimmen. Anhand der von den Eltern geschlossenen Vereinbarung ist indes zweifelhaft, ob der Mutter über den Aufenthalts-/Wohnort das alleinige Bestimmungsrecht zustand (BR act. 7/2.21. Ziffer 2 Erziehungsverantwortung); die Einwohnerkontrolle Z._____ hat denn auch in der Folge C._____ wiederum als in Z._____ gemeldet eingetragen (BR act. 6/3). Da der Beschwerdeführer der Übersiedelung C._____s in den Kanton Tessin nicht zugestimmt hat (BR act. 7/2.3), wäre sein vom Vater abgeleiteter Wohnsitz in Z._____ ohnehin nie aufgegeben worden. Gemäss der neuen Bestimmung in Art. 301a Abs. 1 ZGB, welche auch auf laufende Verfahren anwendbar ist, schliesst die elterliche Sorge das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. 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 (a) der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder (b) der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr

durch den andern Elternteil hat. Können sich die Eltern nicht einigen, wird die KESB Horgen hierüber zu befinden haben.

- 10 - III. Kosten- und Entschädigungsfolge

E. 3

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2013 gelangte die Rechtsvertreterin des Vaters an die KESB Bezirk Horgen und beantragte, es sei der Mutter zu untersagen, den Aufenthaltsort und Wohnsitz von C._____ in den Kanton Tessin zu verlegen, und es sei im Hinblick auf die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes der Eltern ein Betreuungsplan für den Sohn C._____ festzulegen (BR act. 7/2). Bereits am 23. Oktober 2013 trat die KESB Bezirk Horgen wegen fehlender Zuständigkeit auf die Anträge nicht ein und leitete die Eingabe unverzüglich an die Autorità regionale die Protezione in E._____ weiter (BR act. 7/7). Die vom Vater dagegen erhobene Beschwerde (BR act. 1) wies der Bezirksrat Horgen mit Urteil vom 19. Mai 2014 ab (BR act. 37=act. 6). Gegen diesen Entscheid wehrt sich der Vater bei der Kammer (act. 2).

E. 4

Mit Zuschrift vom 21. August 2014 (Posteingang: 25.8.2015) liess die Mutter ihre Beschwerdeantwort einreichen (act. 15). Darin beantragt sie in materieller Hinsicht die Abweisung der Beschwerde. Dem Vater ist mit dem Sachentscheid davon noch Kenntnis zu geben. Prozessual stellt sie das Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Bestellung ihres Anwaltes als unentgeltlicher Rechtsbeistand (act. 15). Gleichtags ging bei der Kammer ein weiteres vom Vater persönlich verfasstes Schreiben samt diversen Unterlagen ein (act. 12 und act. 13/1-4). Kopien davon wurden der Mutter zugestellt (act. 14). In Ergänzung dazu reichte der Vater unterm 25. August 2014 (act. 17) der Kammer eine zuvor nicht eingereichte Beilage nach (act. 18). Der Mutter ist mit dem Sachentscheid eine Kopie zuzustellen, da im aktuellen Verfahren einzig die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit zu behandeln ist, materielle Aspekte wie Obhutszuteilung oder Betreuungsregelung von der zuständigen Behörde erst noch zu prüfen und zu entscheiden sein werden.

E. 5

Im Vorfeld dieser Zuschriften reichte die KESB Bezirk Horgen unterm 12. August 2014 einen vom gleichen Tag datierten Beschluss ein (act. 10 und 11). In diesem entschied die Behörde einerseits über vom Vater gestellte Anträge be-

- 4 - treffend Zuständigkeit, Ausstand, Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge und Hausverbot gegenüber der Mutter hinsichtlich des Kindergartens und des Horthauses in Z._____, und andererseits über gleichzeitig erhobene Begehren der Mutter um Rückgabe des Sohnes C._____ an sie, Genehmigung der von ihr der KESB E._____ unterbreiteten Besuchsregelung, Verbot der Einschulung C._____s in Z._____ sowie der Vornahme sonstiger Handlungen, welche mit der gültigen Vereinbarung über die elterliche Sorge und mit dem gegenwärtigen Wohnsitz der Mutter bzw. dem üblichen Aufenthaltsort von C._____ im Tessin nicht vereinbar sind. Die KESB Horgen wies die Anträge des Vaters mit Ausnahme der Dringlichkeitszuständigkeit ab und hiess den Antrag der Mutter auf Rückführung von C._____ an sie gut. Im Weiteren überwies die KESB Horgen die von beiden Parteien eingereichten Eingaben samt Beilagen der KESB E._____ für deren Hauptverfahren (act. 11). Bei der Kammer ging schliesslich am 27. August 2014 der vom

Bezirksrat Horgen am 22. August 2014 gefällte Beschwerdeentscheid gegen den eben erwähnten Beschluss der KESB Horgen vom 12. August 2014 ein (act. 19). Da die Eltern Ad-ressaten dieses Entscheides sind (act. 19 S. 12), ist ihnen dieser nicht nochmals zuzustellen. II. Materielles 1. Für Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist die KESB am Wohnsitz des Kindes zuständig (Art. 275 Abs. 1 ZGB). Strittig ist hier, wo C._____ Wohnsitz hat(te). Die KESB Horgen ging davon aus, die Mutter halte sich mit C._____ seit dem 14. Oktober 2013 an der ... [Adresse] in D._____ auf, weshalb seit diesem Zeitpunkt die KESB Horgen für den Erlass von Massnahmen nicht mehr zuständig sei (BR act. 7/7). Der Bezirksrat Horgen ist dieser Ansicht gefolgt (act. 6). 2. Per 1. Juli 2014 ist das revidierte Zivilgesetzbuch in Kraft getreten. Neu ge-regelt wurden damit die Elternrechte und -pflichten. Die hier massgebliche Frage nach dem Wohnsitz oder allenfalls Aufenthaltsort ist von den Änderungen nicht

- 5 - betroffen. In dem Sinne spielt das neue Recht für die zu entscheidende Frage keine Rolle.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.