

ZH_OBERGERICHT PQ170076 vom 8. November 2017

ZH Obergericht, 2017-11-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ170076

FR: ZH_OBERGERICHT PQ170076 du 8 novembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT PQ170076 del 8 novembre 2017

Erwägungen

E. 22

Juni 2016 die Rückplatzierung der Kinder zur Mutter: dies, nachdem sie festgestellt hatte, dass die Grosseltern zwar den Kindern liebevoll zugetan sind, jedoch mit der Betreuung an ihre Belastungsgrenze stossen und nachdem die Familienbegleiterinnen verschiedene Hinweise erhalten hatten, die auf eine auffällige psychosexuelle Entwicklung der Kinder schliessen liessen. Obwohl sie die Rückplatzierung noch als etwas zu früh beurteilte, hielt die Erziehungsbeiständin diese unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und in Abwägung der Vor- und Nachteile als die bessere Lösung. Gleichzeitig hielt sie fest, dass die lückelose, engmaschige sozialpädagogische Begleitung der Mutter und der Kinder für das Gelingen der Rückplatzierung der Kinder unverzichtbar sei (KESB-act. 7/126). Diesem Antrag folgte die KESB Winterthur und Andelfingen mit dem erwähnten Entscheid vom 2. August 2016.

- 4 - 1.5 Im Schlussbericht vom 24. November 2016 hielten die Sozialarbeiterin und die Sozialpädagogin fest, dass der Rückplatzierungsprozess kurzfristig und unübersichtlich erfolgt sei und die Mutter sich nicht habe darauf einstellen können, obwohl sie sich sehr gefreut habe. Im Alltag habe sie bisher keine kontinuierliche Struktur erarbeiten können; sie erkenne dies als ein wichtiges Ziel, investiere viel Zeit und kooperiere auf motivierte Weise; dennoch gelinge es ihr selten, sich über längere Zeit an einem Ziel zu orientieren. Ihre Ruhelosigkeit übertrage sich auf alle drei Kinder und den Familienalltag. Die sozialpädagogischen Interventionen waren aufgrund der unkoordinierten Rückplatzierung auf eine Minderung der Destabilisierung fokussiert. Im Bericht wurde bei beiden Kindern ein nicht altersadäquates sexualisiertes Verhalten festgestellt und es wurde eine Erweiterung der Zeitressourcen für die sozialpädagogische Arbeit empfohlen (KESB-act. 33, Anhang). Die Beiständin beantragte gestützt auf diesen Bericht am 22. Februar 2017 die Weiterführung und Intensivierung der Familienbegleitung für ein weiteres Jahr (KESB-act. 33 = KESB-act. 54 Anhang). Im Schluss-Rechenschaftsbericht des Besuchsbeistandes vom 13. Februar 2017 bestätigte dieser die Notwendigkeit der Besuchsbeistandschaft, da die Planung von Ferien und Besuchen immer wieder Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gäben. Der Wechsel der Kinder von den Grosseltern zur Mutter sei nicht reibungslos verlaufen und der Start für die Kinder schwierig gewesen. Die Mutter, die sich von ihrem Partner getrennt habe, bemühe sich aber, die Auflagen der KESB zu erfüllen und eine gute Mutter zu sein. Der Vater sehe die Kinder regelmässig und habe zu den Kindern ein gutes Verhältnis (KESB-act. 57). Die Erziehungsbeiständin erneuerte in ihrem Schluss-Rechenschaftsbericht vom 31. Januar 2017 ihre Feststellung, dass die Weiterführung einer engmaschigen sozialpädagogischen Familienbegleitung für den Aufbau eines stabilen Umfeldes und für verlässliche Strukturen unverzichtbar sei (KESB-act. 57). 1.6 In einem nächsten Zwischenbericht zuhanden der Erziehungsbeiständin

vom 11. Juni 2017 stellten die Sozialarbeiterin und Sozialpädagogin die Entwicklung eines grossen Misstrauens sowohl der Kinder wie auch der Mutter fest. Letztere verweigere die Zusammenarbeit zunehmend und bei den Kindern seien Ver-

- 5 - schlechterungen in der Schulsituation feststellbar. Ausserdem wurden verschiedene, als kindswohlfährdend beurteilte Zustände aufgelistet (KESB-act. 58 Anhang). Gestützt auf diesen Zwischenbericht sowie aufgrund von negativen Rückmeldungen der Schule beantragte die Erziehungsbeiständin am 13. Juni 2017 den erneuten Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter für die Kinder C._____ und D._____ sowie die Platzierung der Kinder beim Vater. Aufgrund der beobachteten starken psychischen Belastung der Mutter sei deren Verhalten nicht voraussehbar und das Risiko der Selbst- und Fremdgefährdung nicht ausschliessbar. Es sei die Möglichkeit vorhanden, dass die Kindsmutter bei steigendem Druck die Kinder durch eine Platzierung im Ausland den Kinderschutzmassnahmen zu entziehen versuche. Der Kindsvater stelle für die Kinder die einzige verlässliche Bezugsperson dar und die Kinder kennten aufgrund der früheren Platzierung diese Situation bereits. Gemäss Aussagen der sozialpädagogischen Familienbegleitung und des Kindsvaters wollten die Kinder erneut beim Vater wohnen (KESB-act. 58 = KESB-act. 59). In der Anhörung vom 4. Juli 2017 erklärte der Vater, er sei mit der Rückplatzierung zur Mutter einverstanden gewesen, doch habe sich die Situation inzwischen verschlechtert. C._____ und D._____ hätten keine Entwicklungsfortschritte, sondern eher Rückschritte gemacht (KESB-act. 61). Die Mutter erklärte anlässlich der Anhörung vom 25. Juli 2017, dass sie auf keinen Fall einverstanden sei, dass die Kinder beim Vater wohnen. Sie halte es nicht aus, wenn ihr die Kinder wieder weggenommen würden. Die Rückmeldungen der Familienbegleitung seien nicht aktuell. C._____ habe zwar Schwierigkeiten, aber bei D._____ sei alles ok. Sie, die Mutter, gebe sich sehr viel Mühe; sie sei auch zur weiteren Zusammenarbeit mit der Familienbegleitung bereit. Eigentlich sei geplant gewesen, mit den Kindern nach Spanien in die Ferien zu fahren, sie würde sie aber nie dort lassen. Vielmehr wolle sie, dass C._____ und D._____ nach den Sommerferien wieder in die Schule und den Hort gehen könnten (KESB-act. 70). Mit Schreiben vom 26. Juli 2017 teilte die KESB Pfäffikon der Mutter mit, dass für die Kinder eine Kindsvertretung bestellt werde (KESB-act. 72), mit Entscheid vom 28. Juli 2017 entzog sie der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht und ordnete für sie ein begleitetes Besuchsrecht einmal monatlich und nach Möglichkeit später 14-täglich an, da unklar sei, wie die Kinder

- 6 - und auch die Mutter mit der Platzierung umgehen könnten. Einer allfälligen Beschwerde entzog die KESB die aufschiebende Wirkung (KESB-act. 78). Gleichtags ergingen verzweifelte E-Mails der Mutter an die KESB (KESB-act. 82 und 83). Gestützt auf die KESB-Akten (KESB-act. 71, 74, 76 und 77) ist davon auszugehen, dass die Kinder nach Ankunft am Flughafen Zürich aus ihren Ferien mit dem Vater bei diesem platziert wurden, wobei die Kriseninterventionsstelle zur Unterstützung eingeschaltet wurde. Der Mutter wurde der neue Wohnort des Vaters nicht bekannt gegeben. 2. Gegen den Entscheid der KESB vom 28. Juli 2017 erhob die Mutter am 7. August 2017 Beschwerde (BR-act. 1). Sie beantragte die Rückübertragung der elterlichen Obhut über die Kinder auf sie und die umgehende Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Mit Präsidialverfügung vom 11. August 2017 wies der Bezirksrat Pfäffikon den Antrag auf sofortige Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab und ersetzte der KESB Pfäffikon sowie dem Vater Frist zur Stellungnahme zu diesem prozessualen

Antrag an (BR- act. 8). Die Stellungnahme der KESB Pfäffikon erging am 16. August 2017 (BR- act. 19). Die Kindesvertreterin äusserte sich mit Eingabe vom 1. September 2017 unaufgefordert (BR-act. 21 und 22/1-2), der Vater mit Eingabe vom 3. September 2017 (BR-act. 23). Alsdann bestätigte der Bezirksrat Pfäffikon mit Beschluss vom 12. September 2017 die Abweisung des Wiederherstellungsantrages und bestätigte den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Ausserdem gewährte er der Mutter die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr ihren Rechtsvertreter als unentgeltlichen Rechtsbeistand (BR-act. 26). Am 13. September 2017 nahm die KESB Pfäffikon in der Sache zur Beschwerde Stellung (BR-act. 32). Mit Präsidialverfügung vom 21. September 2017 wurden der Mutter die eingegangenen Stellungnahmen zur Einreichung einer Replik innerhalb 30 Tagen zugestellt (BR-act. 37). 3. Am 19. September 2017 erhob die Mutter Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirkrates vom 12. September 2017 (act. 2). Sie stellt die folgenden Anträge:

- 7 - "1. Es sei der Entscheid des Bezirkrates Pfäffikon (ZH) vom 14. (recte: 12.) September 2017 und die Sache zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Neuurteilung an den Bezirksrat zurückzuweisen. 2. Eventualiter sei der Entscheid des Bezirkrates Pfäffikon (ZH) vom 14. (recte: 12.) September 2017 aufzuheben und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MWST zu Lasten des Beschwerdegegners. Verfahrens Antrag Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei der Un- terzeichnete als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen." Es wurden die Akten des Bezirkrates und der KESB Pfäffikon beigezogen (BR: act. 7/1 -37; KESB: act. 7/20/1-114, 7/23/115 - 124 und 7/33/125 - 131). 4. Mit Verfügung vom 22. September 2017 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 8). Die Verfügung konnte dem Beschwerdegegner am 26. September 2017 zugestellt werden (act. 9), die Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort verstrich unbenutzt. Nach Eingang einer ergänzenden Eingabe der Beschwerdeführerin vom 6. Oktober 2017 wurde mit Verfügung vom 16. Oktober 2017 dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu dieser neuen Eingabe gegeben und der Kindesvertreterin Frist angesetzt, um sich zur Beschwerde und der Ergänzung dazu zu äussern (act. 13). Die Verfügung konnte dem Beschwerdegegner am 20. Oktober 2017 zugestellt werden (act. 14/2), die Beschwerdeführerin und die Kindesvertreterin nahmen sie bereits am 18. Oktober 2017 entgegen (act. 14/1 und 14/3). Mit Eingabe vom 24. Oktober 2017 (hierorts eingegangen am 27. Oktober 2017, act. 17) bezog sich der Beschwerdegegner auf ein Schreiben vom 11. Oktober 2017 und verlangte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Beauftragung der von ihm genannten Anwaltskanzlei als unentgeltliche Rechtsvertretung sowie die Neuansetzung einer Frist für die Einreichung der Stellungnahme (act. 17). Mit Verfügung vom 27. Oktober 2017 wurde dem Beschwerdegegner die Frist zur Stellungnahme letztmals erstreckt und er wurde aufgefordert, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen (act. 19). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2017 (Eingang 30. Oktober 2017) wies der Beschwerdegegner gegen ihn erhobene Vorwürfe zurück und teilte mit, dass er für diesen

- 8 - Teil des Verfahrens keine Rechtsvertretung in Anspruch nehmen (act. 21). Mit Eingabe vom 30. Oktober 2017 nahm die Kindesvertreterin Stellung (act. 22 und 23), die Stellungnahme wurden zusammen mit der Aktennotiz über den Besuch der Kindesvertreterin bei den Kindern den Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt

(act. 24). Mit Eingabe vom 6. November 2017 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest (act. 27). Der Beschwerdegegner liess sich innert Frist nicht mehr vernehmen. Das Verfahren ist spruchreif. II. 1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet ein Entscheid des Bezirksrates Pfäffikon (vom 12. September 2017), mit welchem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Pfäffikon vom 28. Juli 2017 abgewiesen wurde. Es handelt sich dabei um einen Zwischenentscheid im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, in welchem die Beschwerdeführerin sich gegen den (erneuten) Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts über ihre Kinder C._____ und D._____ und deren Platzierung beim Vater wehrt. Der Entscheid, mit welchem die aufschiebende Wirkung entzogen wird, ist seiner Natur nach eine vorsorgliche Massnahme (im Sinne einer Sicherungsmassnahme) und kann als Zwischenentscheid mit gerichtlicher Beschwerde angefochten werden (Urteil 5A_569/2013 vom 18. November 2013 E. 2). 2. Gegen Entscheide des Bezirksrats ist das angerufene Obergericht zuständig (Art. 450f. ZGB i.V.m. § 64 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenen-schutzrecht [EG KESR]), die Beschwerdeführerin ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen und ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Die Beschwerde wurde schriftlich begründet und mit Anträgen versehen eingereicht und erging innert der zehntägigen Frist (BR-act. 26 und 27). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht nichts entgegen.

- 9 - 3. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und nach den kantonalen Gesetzen (EG KESR und Gerichtsorganisationsgesetz [GOG]). Im Übrigen sind die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar (Art. 450f ZGB). Für das Verfahren gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB; §§ 65 und 67 EG KESR) mit der Einschränkung der Rüge- und Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass sich die Beschwerdeführerin mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzt und konkret aufzeigt, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Gerügt werden kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die Unangemessenheit des Entscheides (Art. 450a Abs. 1 ZGB; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; vgl. auch BGE 137 III 617; 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3.A., Art. 311 N 36 - 38; STERCHI, BK ZPO, Bd II, Art. 311 N 19 f.). Der Rechtsmittelbehörde kommt eine umfassende Überprüfungsbefugnis zu; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 450a ZGB N 3 und 10). 4. Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz: Wie sich aus dem angefochtenen Entscheid ergebe, hätten sowohl die KESB Pfäffikon wie auch der Beschwerdegegner eine Stellungnahme zum Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eingereicht. Die Kindesvertreterin habe zudem eine Aktennotiz von ihrem Besuch vom 17. August 2017 bei den Kindern eingereicht. Der Bezirksrat habe sich in seinem Entscheid u.a. auch auf diese Eingaben gestützt, ohne dass sie, die Beschwerdeführerin, sich vorher dazu habe äussern können. Damit habe die Vorinstanz ihr rechtliches Gehör verletzt, was aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruchs nach der höchstrichterlichen Praxis in der Regel zur Aufhebung des Entscheides führe. Für den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz den Entscheid nicht aufheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zurückweisen wolle, hält die Beschwerdeführerin dafür, dass die Voraussetzungen für den Entzug der aufschie-

- 10 - benden Wirkung nicht gegeben seien (act. 2). In Kinderbelangen sei dies nur der Fall, wenn ohne Entzug Gefahr für das Kind drohe oder wenn aus anderen Gründen die Dringlichkeit der Sache unter dem Aspekt des Kindeswohls den Entzug offensichtlich gebiete. Mangels konkreter Verdachtsmomente und blosser Behauptungen seitens der KESB bestehe weder eine Gefahr für die Kinder, noch eine zeitliche Dringlichkeit, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde. Es sei einleuchtend, dass die Beschwerdeführerin aufgrund des Entzugs verzweifelt sei und jede Hilfe in Anspruch nehme, die sie bekomme. Es sei ihr am 2. August 2016 das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder wieder erteilt worden; wenn es ihr nach knapp einem Jahr wieder entzogen werde, sei dies rechtsstaatlich bedenklich und dem Wohl der Kinder nicht dienlich. Die Kinder hätten aufgrund behördlicher Massnahmen in den letzten vier Jahren vier Mal die Schule wechseln müssen; dass sie nun Defizite hätten und traumatisiert seien, sei nicht der Beschwerdeführerin anzulasten. Ausserdem bestätigten die ärztlichen Berichte vom 29. August 2017, dass C._____ und D._____ weder verwahrlost, noch sonst unterernährt oder krank seien (act. 2). In der ergänzenden Eingabe äussert die Beschwerdeführerin sodann den Verdacht auf sexuellen Missbrauch der Kinder durch den Beschwerdegegner oder den Grossvater und sie reicht unter Hinweis auf Art. 317 Abs. 1 ZPO eine schriftliche Auskunft der Psychotherapeutin der Beschwerdeführerin ein, worin diese einerseits zum Schluss kommt, dass der Verdacht auf sexuellen Missbrauch der Kinder durch den Beschwerdeführer (recte wohl: Beschwerdegegner) oder den Grossvater bestehe und andererseits, dass die Beschwerdeführerin absolut fähig sei, für das Wohl der Kinder zu sorgen (act. 11 und 12). 5. Der Beschwerdegegner äusserte sich nicht zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde. In seinem Schreiben vom 26. Oktober 2017 zeigte er sich überzeugt, dass die Kinder bei ihm gut betreut seien und stabile und verlässliche Strukturen erlebten und er wehrte sich gegen den Vorwurf der sexuellen Ausbeutung; es sei ihm klar, dass die Kinder in keiner Weise mit pornographischem Material in Kontakt kommen dürften (act. 21)

- 11 - 6. Die Kindesvertreterin beantragt in ihrer Stellungnahme die Abweisung der Beschwerde. Mit der Gutheissung der eventualiter beantragten Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung durch das Obergericht würden die Kinder wieder bei der Mutter platziert mit allen damit verbundenen Folgen wie Schul- und Klassenwechsel und einer erneuten Reintegration in H._____; dies mit der "Gefahr", in einem Endentscheid doch beim Vater platziert zu werden. Da nicht offensichtlich davon ausgegangen werden könne, dass die Kinder wieder zurück zur Mutter platziert werden, sei von einer Rückplatzierung infolge Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung abzusehen. Die Kinder wirkten aktuell ruhig und entspannt und es laufe gemäss Rückmeldungen der Lehrpersonen an den Vater und des Hortpersonals an die Beiständin gut. Die Kinder hätten sich nicht negativ über die derzeitige Situation geäussert; ihnen fehle aber die Grossmutter und sie möchten auch die Mutter gerne weiterhin besuchen. Zur Dringlichkeit und damit zur Rechtfertigung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung führte die Kindesvertreterin aus, es sei nicht klar gewesen, welche Zukunftspläne die Beschwerdeführerin gehabt habe; aufgrund der Berichte der Familienbegleitung und den Rückmeldungen der Lehrpersonen sei sodann nachvollziehbar, dass von einer Gefährdung der Kinder ausgegangen worden sei, welcher so rasch als möglich begegnet werden musste. Aus den ärztlichen Zeugnissen des Kinderarztes lasse sich wenig ableiten. Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe des sexuellen Missbrauchs seien zwar ernst zu nehmen, doch hätten die Abklärungen offenbar gezeigt, dass sich diese in keiner Weise erhärtet hätten. Im Kontakt

mit den Kindern sei bei beiden Besuchen sodann kein irgendwie geartetes sexualisiertes Verhalten aufgefallen. Insgesamt sei festzustellen, dass die bereits umgesetzte Umplatzierung der Kinder zum Vater zur Beruhigung der Kinder geführt habe, es zu positiven Rückmeldungen von Fachpersonen gekommen sei und die Kinder nicht mehr zur Mutter zurückkehren möchten, auch wenn C._____ nicht mehr ganz so eindeutig sei wie beim ersten Besuch (act. 22). 7. In ihrer Stellungnahme vom 6. November 2017 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie beklagt, dass nach der Logik der Kindesvertreterin die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung von vornherein chancenlos wäre, weil damit zwingend eine erneute Umplatzierung verbunden wäre. Sie bekräftigt,

- 12 - dass keine Kindesentführung drohe und sie in der Schweiz bleiben wolle. Des Weiteren will sie das Schreiben von Frau Dr. K._____ (act. 12) anders verstanden wissen als dies die Kindesvertreterin schilderte und sie weist darauf hin, dass der Vorwurf des sexuellen Missbrauchs ursprünglich nicht von ihrer Seite gekommen sei und sich die Kindesvertreterin mit ihrer Darstellung, die Kinder zeigten kein sexualisiertes Verhalten in Widerspruch mit den vorinstanzlichen Akten (KESB- act. 54) setze. Es dürfe auch bezweifelt werden, dass es sich um einen einmaligen Ausrutscher gehandelt habe, wenn C._____ auf dem Mobiltelefon des Beschwerdegegners auf eine Internetseite mit sexuellem Inhalt gestossen sei, wie der Beschwerdegegner selbst dargestellt habe (act. 27). Auf die Vorbringen der Beteiligten ist nachstehend soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich einzugehen. 8.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Aus dieser verfassungsmässigen Garantie folgt unter anderem das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Stellungnahmen und Vernehmlassungen der anderen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen zu äussern (BGE 133 I 98 ff. E. 2.1 und E. 4.5). Das Äusserungsrecht steht einer Prozesspartei grundsätzlich unabhängig davon zu, ob die eingereichte Eingabe neue Tatsachen oder rechtliche Argumente enthält und ob sie im Einzelfall geeignet ist, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen. Es ist Sache der Parteien und nicht des Gerichts zu beurteilen, ob eine neue Eingabe oder ein neues Beweismittel Bemerkungen erfordert (BGE 138 I 484 E. 2.1). Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass des Urteils zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 195 E. 2.3.1). Hierzu genügt es grundsätzlich, den Parteien die Eingaben zur Information zuzustellen (BGE 138 I 484 E. 2.4; 138 III 252 E. 2.2). In einem Verfahren, das den Erlass vorsorglicher Massnahmen zum Gegenstand hat, kommt Art. 29 Abs. 2 BV zuweilen nicht die gleiche Tragweite zu wie in einem Verfahren betreffend die Hauptsache. Insbesondere liegt es in der Natur von richterlichen Verfügungen bezüglich der aufschiebenden Wirkung, dass sie rasch und ohne lange zusätzliche Erhebungen

- 13 - getroffen werden müssen (Urteil 5A_569/2013 E. 2 unter Hinweis auf BGE 139 I 189 E. 3.3.). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat erkannt, dass gewisse Verfahrensgarantien nur in dem Mass Anwendung finden können, als es die Natur und der Zweck des Massnahmeverfahrens erlauben (Entscheid des EGMR Micallef gegen Malta vom 15. Oktober 2009 § 86). Unter Umständen kann der Gehörsanspruch bereits mit der Einreichung seines Antrags betreffend die aufschiebende Wirkung gewahrt sein (BGE 139 I 189 E. 3.3); dies kann allerdings nicht genügen, wenn die Stellungnahme zur Beschwerde neue Elemente enthält, auf die sich die entscheidende Behörde alsdann abstützt (in diesem

Sinn BGE 139 I 189 E. 3.5). Vorliegend hat der Bezirksrat nach Eingang der Beschwerde die Stellungnahmen zur Frage der aufschiebenden Wirkung vom Beschwerdegegner und von der KESB Pfäffikon eingeholt. Beide liessen sich vernehmen, die Kindesvertreterin reichte zudem ihre Aktennotiz zu ihrem Besuch bei den Kindern ein, was im angefochtenen Entscheid ausführlich wiedergegeben ist (act. 6 S. 11 - 15). Auf telefonische Anfrage vom 14. September 2017 wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin beschieden, dass ihm die Stellungnahmen zusammen mit der Vernehmlassung der Beschwerdeantwort zu einem späteren Zeitpunkt zugestellt würden und der Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen am 15. September 2017 verschickt werde (BR-act. 34). Der angefochtene Entscheid, in welchem sich die Vorinstanz auch auf die Vorbringen in den eingeholten Stellungnahmen stützt, erging damit ohne dass die Beschwerdeführerin Gelegenheit gehabt hätte, sich zu den Vorbringen zu äussern. Er verletzt damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin.

8.2 Der Gehörsanspruch ist formeller Natur; dessen Verletzung führt grundsätzlich zur Aufhebung des Entscheides und Rückweisung der Sache. Eine nicht besonders schwer wiegende Verletzung kann nach der Rechtsprechung indes als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Selbst bei einer schwer wiegenden Verletzung kann sodann von einer Rückweisung abgesehen werden, wenn und soweit die Rückweisung zu

- 14 - einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führt, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (BGE 133 I 201 E. 2.2, auf den in BGE 137 I 195 E. 2.3.2 verwiesen wird; BGE 127 IV 431 E. 3d/aa und BGE 132 V 387 E. 5.1). Auch der zweiten Beschwerdeinstanz kommt umfassende Prüfungsbefugnis zu und die Beschwerdeführerin hat sich in der Beschwerde ausdrücklich dazu geäußert, wie es sich verhalten solle, wenn von einer Rückweisung abgesehen wird. Zur Vermeidung eines formalistischen Leerlaufes und im Sinne einer beförderlichen Behandlung der Beschwerde rechtfertigt es sich daher trotz nicht leichter Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin von einer Rückweisung abzusehen.

9.1 Im Anwendungsbereich von Art. 450c ZGB hat die Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Wortlaut und Systematik des ZGB indizieren damit die Anwendbarkeit des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung auch im Bereich der vorsorglichen Massnahmen (vgl. dazu ausführlich OGer PQ170049, Urteil vom 17. Juli 2017, E. II.1.1). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung darf nur ausnahmsweise und im Einzelfall erfolgen und kommt nur bei Gefahr im Verzug in Frage (GEISER, BSK ZGB I, Art. 450c N 7; STECK, in: Rosch/Büchler/Jakob, Er-wachsenenschutzrecht, Art. 450c N 4a). Dies ist in Kinderbelangen dann der Fall, wenn ohne Entzug der aufschiebenden Wirkung Gefahr für das Kind droht oder wenn andere Aspekte des Kindeswohls die Dringlichkeit gebieten. Allgemein vorausgesetzt für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind im Wesentlichen eine günstige Hauptsachenprognose, Dringlichkeit und die Wahrung der Verhältnismässigkeit (vgl. AUER/MARTI, in: BSK-ZGB I, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 445 N 6 ff.; OGer PQ140011 vom 25. März 2014). Beim Verzicht auf die sofortige Anordnung der Massnahme müsste ein erheblicher Nachteil drohen, den die Betroffenen nicht selber oder anders als mit der Massnahme abzuwenden vermögen; mit der Bejahung dieser Voraussetzungen ist in aller Regel auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung indiziert und zu rechtfertigen.

- 15 - 9.2 Die KESB Pfäffikon hielt den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde für angezeigt, weil nicht auszuschliessen sei, dass die Mutter die Kinder ins Ausland bringe und sie dort belasse. Dies insbesondere deshalb, da ihre jüngere Tochter L. _____ aktuell bei deren Vater in Spanien sei und daher davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführerin dort über ein Beziehungsnetz verfüge (act. 4/1 S. 4). Der Bezirksrat hielt im angefochtenen Entscheid fest, dass sowohl die Berichte der Beiständin und Familienbegleitung als auch die Erläuterungen des Beschwerdegegners auf eine Kindeswohlgefährdung seitens der Beschwerdeführerin hindeuteten. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung würde bedeuten, dass die Kinder wieder unter der Obhut der Mutter stehen würden. Ein erneuter Wohnortswechsel vom Vater zur Mutter wäre sehr belastend und derzeit kaum vereinbar mit dem Kindeswohl. Zudem hätten sich beide Kinder gegenüber der Verfahrensbeiständin dahingehend geäußert, dass sie nicht wieder bei der Mutter wohnen möchten. Angesichts der im Raum stehenden Kindeswohlgefährdung, werde die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht als eine notwendige vorsorgliche Massnahme erachtet, weshalb der Antrag abzuweisen sei (act. 6 S. 17). 9.3 Die Beschwerdeführerin hält in der Beschwerde wie gesehen dafür, die Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung seien nicht gegeben. Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass es den Kindern gut gehe und die Kindesvertreterin bestätigt, dass die Kinder ruhiger geworden seien. Die Vorbringen wurden vorstehend im Einzelnen dargelegt. 9.4.1 Wie dargetan begründet der Bezirksrat den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht mit der Gefahr, dass die Beschwerdeführerin die Kinder nach Spanien verbringen könnte, wie dies noch die KESB Pfäffikon getan hat. Dies zu Recht, ergeben sich doch aufgrund der Akten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin die Kinder C. _____ und D. _____ nach Spanien verbringen könnte. Aus dem Umstand, dass sich L. _____, die weitere Tochter der Beschwerdeführerin, derzeit in Spanien bei deren Vater aufhält, kann für die Kinder C. _____ und D. _____ nichts abgeleitet werden. Ob der Entzug der aufschieben-

- 16 - den Wirkung durch die KESB Pfäffikon mit ebendieser Begründung rechtmässig gewesen war, wie der Bezirksrat feststellt, kann letztlich offen bleiben. 9.4.2 Zur Begründung der Kindeswohlgefährdung verweist die Vorinstanz zunächst auf die Berichte der Beiständin und der Familienbegleitung wie auch auf die Erläuterungen des Beschwerdegegners, welche alle auf eine Kindeswohlgefährdung seitens der Beschwerdeführerin hinwiesen (act. 6 S. 17). Worum es sich dabei konkret handelt und worin die Dringlichkeit liegen soll, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung begründet, wird im angefochtenen Entscheid nicht begründet. Bei den Berichten der Beiständin und der Familienbegleitung handelt es sich um jene vom 11. bzw. 13. Juni 2017 (KESB-act. 59 mit Anhang = KESB-act. 58 mit Anhang). Im Zwischenbericht vom 11. Juni 2017 der mit der Familienbegleitung betrauten Fachpersonen (die sich seit Dezember 2015 mit der Familie befassen) äusserten sich diese dahingehend, dass die Mutter gegenüber J. _____ ein grosses Misstrauen entwickelt habe. Obwohl sich J. _____ gegen eine Rückplatzierung zur Mutter ausgesprochen habe, habe sie sich weiterhin teilweise auf eine Zusammenarbeit einlassen können, wobei der Fokus auf der Unterstützung der Mutter bei der Sicherung des Lebensunterhalts und der Strukturierung des Alltags gelegen habe. Auf die Bearbeitung von pädagogischen Themen habe sich die Mutter nicht einlassen können. In den letzten Monaten sei die Zusammenarbeit zunehmend verweigert worden mit der Begründung, sie wisse als Mutter am besten, was für ihre Kinder gut sei. Unterschiedliche Kooperationsangebote hätten nicht gefruchtet. Der Bericht listet sodann

verschiedene kindswohlfährden- de Zustände auf (emotionale Abwesenheit, fehlende Tagesstruktur, sexualisiertes Umfeld, inkongruentes Verhalten, latentes Aggressionspotential, Instrumentalisie- rung der Kinder u.a.m. bis zur einseitigen Ernährung und mangelnden Hygiene). Empfohlen wird zum Schutz der Kinder eine baldige Platzierung. Es sei möglich, dass die Mutter bei steigendem Druck die Kinder ins Ausland verbringe, deren Verhalten sei nicht voraussehbar und das Risiko der Selbst- und Fremdgefähr- dung nicht ausschliessbar. Im Antrag der Beiständin vom 13. Juni 2017 werden negative Rückmeldungen von der Schule aufgelistet und der Kindsvater zitiert, welcher ebenfalls eine Verschlechterung der Situation festgestellt habe. Noch im Schlussbericht der Beiständin vom 31. Januar 2017 war als sehr positiv beurteilt

- 17 - worden, dass die sozialpädagogische Familienbegleitung den Zugang zum ge- samten Familiensystem gefunden habe und die (als unerlässlich und notwendig beurteilte) Unterstützung akzeptiert werde. Insbesondere das Vertrauensverhält- nis, welches die Mutter zur Familienbegleiterin habe aufbauen können, sei von grossem Wert für den weiteren Verlauf und begrüsst wurde auch die individuelle psychotherapeutische Begleitung der Mutter und auch der Tochter D._____ sowie die Unterstützung von C._____ durch den Schulsozialarbeiter. Betont wurde die Bedeutung der Weiterführung einer engmaschigen sozialpädagogischen Famili- enbegleitung in Ergänzung zu einzeltherapeutischen Massnahmen, um für C._____ und D._____ am neuen Ort ein stabiles Umfeld und verlässliche Struktu- ren zu schaffen (KESB-act.57 Anhang). Die Mutter war am 20. Januar 2017 über den Bericht informiert worden, am 13. Juni 2017 wurde dieser von der KESB Pfäf- fikon genehmigt (KESB-act. 57). Ob die neuen Berichte mit Blick auf das Kindeswohl die sofortige Umplatzierung der Kinder zum Vater, wie sie mit dem Entscheid über den Entzug der aufschie- benden Wirkung der Beschwerde erfolgte, rechtfertigte bzw. diese Massnahme durch das Kindeswohl geboten war, wie dies die Vorinstanz annahm, erscheint als fraglich. Dies auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Kinder in der Vergangenheit bereits mit mehreren Wohnortswechseln konfrontiert waren und erst im August 2016 zur Mutter zurückgekehrt waren – damals aus Sicht der damaligen Erziehungsbeiständin allerdings etwas zu früh wegen der bereits da- mals festgestellten Defizite bei der Mutter. Die Rückplatzierung zur Mutter wurde damals unter Abwägung der Vor- und Nachteile dennoch angeordnet, weil ver- schiedene Hinweise auf eine auffällige psychosexuelle Entwicklung der Kinder eingingen und der Verdacht auf mögliche Übergriffe im System der Pflegefamilie bestand (KESB-act. 7/126). Die aufgrund der Berichte der Familienbegleitung und der Erziehungsbeiständin sowie nach Ansicht des Beschwerdegegners eingetretene negative Entwicklung führte zur Umplatzierung zum Vater, welche nach Anhörung der Parteien (KESB- act. 61 und 70) letztlich verdeckt erfolgte, was dann auch zu den verzweifelten E-Mails der Beschwerdeführerin geführt hatte (KESB-act 82 und 83). Ob die in

- 18 - den Berichten geschilderte Entwicklung eine sofortige Umplatzierung als notwen- dig erscheinen liess, hatte die KESB in Ausübung ihres pflichtgemässen Ermes- sens zu entscheiden. Wenn auch die Berichte Gefährdungsmomente aufführen, bleibt dabei fraglich, ob nicht auch mit weiteren stützenden Massnahmen im Rahmen der bereits laufenden Schutzmassnahmen hätte hinreichend Abhilfe ge- schaffen werden können; dies insbesondere auch mit Rücksicht auf die zuvor be- reits erfolgten mehreren Wohnsitzwechsel der Kinder. Letztlich kann dies offen bleiben. 9.4.3 Im Hinblick auf die Platzierung beim Vater war eine Kindesvertreterin be- stellt (KESB-act. 72 - 74) worden,

welche die Kinder ein erstes Mal am 17. August 2017 besuchte. Die Kinder seien damals noch verunsichert gewesen, hätten aber beide geäußert, beim Vater bleiben zu wollen. Die Kindesvertreterin hielt fest, dass es den Kindern gut gehe (KESB-act. 127 = BR-act. 33/127). Am 17. Oktober 2017 besuchte die Kindesvertreterin die Kinder ein zweites Mal. Die Kindesvertreterin weist darauf hin (act. 22), dass D._____ noch gleichbleibend am liebsten bei der Grossmutter väterlicherseits wohnen möchte bzw. wenn das nicht möglich sei, beim Vater und nicht bei der Mutter. C._____ drücke sich so aus, dass es etwa gleich sei ob bei Vater oder Mutter. Die Kinder hätten insgesamt viel ruhiger und sicherer und am neuen Wohnort "angekommen" gewirkt. Das Verhältnis unter den Geschwistern wie auch zum Vater und dessen Ehefrau sei gut; es hätten keine Auffälligkeiten festgestellt werden können (act. 22). Auch wenn nach dem Gesagten der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch die Vorinstanz in Frage gestellt werden kann, steht heute nach der jüngsten faktischen Entwicklung das Kindeswohl einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entgegen. Diese würde die erneute Rückplatzierung zur Mutter bedeuten und damit eine neuerliche Umplatzierung der Kinder, das heisst einen erneuten Wohnorts- und Schulwechsel. Die Massnahme hätte Geltung für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens, wäre damit bei offenem Ausgang des Verfahrens von vornherein zeitlich beschränkt. Die Kinder kämen zwar in ein bekanntes Umfeld zurück, die in den Berichten geäußerten und im Verfahren noch vertieft zu prüfenden Bedenken gegenüber der Obhut bei der Mutter blieben vorhan-

- 19 - den. Ein erneuter Wechsel der Kinder zur Mutter bedeutete für die Kinder auch deshalb eine zusätzliche Belastung, weil sie sich wiederholt dagegen ausgesprochen hatten. Selbst wenn hinsichtlich der erteilten aufschiebenden Wirkung Fragen offen bleiben, ist aus all diesen Gründen heute auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu verzichten. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen. III. 1. Nach dem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin und sie würde entsprechend kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 106 ZPO). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich indes, dass ihr Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz berechtigt war. Die Kosten des Verfahrens sind ihr daher zur Hälfte aufzuerlegen. Im Übrigen sind sie auf die Gerichtskasse zu nehmen, da der Beschwerdegegner im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt hat. Die Kosten der Kindesvertretung sind den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Beschwerdegegner hat zwar keine Anträge gestellt, sich aber doch auch am Verfahren beteiligt. 2. Die Beschwerdeführerin stellt auch im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren das Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2). Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO erscheinen ohne weiteres als erfüllt: Die Beschwerdeführerin wird von ihrer Wohngemeinde mit monatlich CHF 1'676.- unterstützt (act. 3/8) und hat als bedürftig zu gelten. Ihre Beschwerde ist sodann – auch wenn den Anträgen nicht gefolgt werden kann – nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. b ZPO zu qualifizieren und es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist, zumal sich insbesondere auch prozessuale Fragen stellen, die sich einem juristischen Laien nicht ohne weiteres erschliessen. Es ist ihr deshalb ihr Rechtsvertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren zu bestellen. Über dessen Entschädigung wird in einem separaten Beschluss zu befinden sein. Der Anteil der der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Kosten (inkl. diejenigen der Kindesvertretung) sind daher einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 20 - Dabei ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO). Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin sowie die Kindesvertreterin sind mit separatem Beschluss zu entschädigen. Der Beschwerdegegner hat zwar mit Eingabe vom 24. Oktober 2017 die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Beauftragung eines Rechtsvertreters verlangt (act. 17), auf die Fristansetzung vom 27. Oktober 2017, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie auch seine Lebenskosten darzulegen (act. 19) aber nicht reagiert. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2017 hatte er mitgeteilt, dass er nach Prüfung der rechtlichen Situation für das Verfahren keine Rechtsvertretung in Anspruch nehme (act. 21). Damit blieb sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unbegründet und ist abzuweisen. Damit bleibt es bei der Kostenaufgabe der hälftigen Kindesvertretungskosten an den Beschwerdegegner. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist als zurückgezogen zu beurteilen, was vorzumerken ist. Im Übrigen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Es wird beschlossen:

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