

ZH_OBERGERICHT PQ220065 vom 27. Oktober 2022

ZH Obergericht, 2022-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ220065

FR: ZH_OBERGERICHT PQ220065 du 27 octobre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT PQ220065 del 27 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

A._____ und B._____ (fortan: Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner oder Mutter und Vater) sind die nicht verheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2021. Mit Entscheid vom 24. Mai 2022 entschied die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil (KESB) Folgendes (BR-act. 2): "1. C._____ wird gestützt auf Art. 298b Abs. 2 ZGB unter die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern, A._____ und B._____, gestellt.

E. 1.1

Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen richtet sich nach den Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) und des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3). Enthalten diese Gesetze keine Regelung, gelten für die Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, LS 211.1) sowie subsidiär und sinngemäss die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; Art. 450f ZGB und § 40 EG KESR). Beschwerden gegen Entscheide der KESB werden in erster Instanz vom Bezirksrat und in zweiter Instanz vom Obergericht beurteilt (Art. 450f ZGB i.V.m. §§ 40 und 63 f. EG KESR und § 50 GOG). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können nur die Entscheide des Bezirksrats, nicht diejenigen der KESB sein.

E. 1.2

Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides ge-

- 4 - rügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Der Rechtsmittelbehörde kommt sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (BSK ZGB I-DROESE, Art. 450a N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Beschwerdeinstanz darf sich primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE, Art. 450a N 5). 2. Der Entscheid der Vorinstanz vom 6. Oktober 2022 ist mit Beschwerde im Sinne von Art. 450 ZGB

anfechtbar. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben (vgl. act. 7, Anhang). Als betroffene Person und Partei im vorinstanzlichen Verfahren ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde an die Kammer legitimiert (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Beschwerde enthält sodann Anträge und eine Begründung (act. 2). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht insoweit nichts entgegen. III. 1. Die Vorinstanz führte nach Wiedergabe der Parteivorbringen (act. 7 S. 3 ff.) sowie der rechtlichen Grundlagen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 7 S. 5 f.) aus, der Beschwerdeführerin sei zwar Recht zu geben, dass der geplante Umzug nach Deutschland für C._____ einfacher sei, solange sie ihre Aussenwelt noch nicht aktiv wahrnehme bzw. an ihr aktiv teilnehme und keine freundschaftlichen Beziehungen zu anderen Kindern oder Erwachsenen geknüpft habe. C._____ habe am tt.mm.2022 allerdings erst ihren ersten Geburtstag gefeiert. Bis sie an ihrer Aussenwelt aktiv teilnehme und tiefergehende Beziehungen zu ihren Mitmenschen aufbauen könne, dauere es noch

- 5 - einige Zeit. Es sei davon auszugehen, dass das vorliegende Verfahren bis dahin abgeschlossen sei. Auch in den Kindergarten käme C._____ frühestens im August 2025 und somit in drei Jahren. Ob ein allfälliger Umzug selbst im Kindergartenalter dem Kindwohl von C._____ entgegenstehe, könne nach jetziger Sicht noch nicht beurteilt werden. Allerdings sei ein Umzug gerade kurz vor Eintritt in den Kindergarten oder Eintritt in die 1. Klasse nicht unüblich. Ein Umzug zu diesem Zeitpunkt erfolge oft mit der Intention, dass anschliessend für die Dauer der obligatorischen Schulzeit kein Ortswechsel vorgenommen werde und das Kind sein schulisches Umfeld nicht wechseln müsse. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringe, bereits Dispositionen getroffen zu haben, welche sich nicht mehr leicht rückgängig machen liessen, sei zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin diese Dispositionen während laufender Rechtsmittelfrist getroffen habe. Der Entscheid der KESB vom 23. Mai 2022 sei am 31. Mai 2022 versandt worden. Die Unterzeichnung des Mietvertrages für die Wohnung in Gossau sei am 15. Juni 2022 erfolgt und die Kündigung der Wohnung in D._____ am 28. Juni 2022. Dass die Beschwerdeführerin diese Dispositionen nicht leicht wieder rückgängig machen könne, werde nicht weiter in Frage gestellt, sei jedoch für die Entscheidungsfindung nicht von weitergehender Relevanz. Es gehe nicht an, dass durch das Schaffen von nicht leicht wieder rückgängig zu machenden Dispositionen die Dringlichkeit bejaht und damit die Möglichkeit einer rechtsstaatlich einwandfreien Prüfung der Rechtslage beeinflusst werde. Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass sie ab Dezember 2022 obdachlos sein werde, sei zum jetzigen Zeitpunkt als reine Behauptung zu werten. Der Beschwerdeführerin bleibe noch genügend Zeit, um eine Wohnung ab Dezember zu finden, falls dies zwischenzeitlich nicht schon passiert sei. Inwiefern vorliegend die Interessen an einem sofortigen Vollzug des Entscheides gegen jene an einer rechtsstaatlich einwandfreien Prüfung der Rechtslage schwerer wiegen dürften, erhelle nicht. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung komme von vornherein immer nur bei Gefahr im Verzug und Dringlichkeit in Frage, was in diesem Fall nicht gegeben sei. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen und der Antrag der Beschwerdeführerin entsprechend abzuweisen (act. 7 S. 6 f.). Im Übrigen sei mit Entscheid vom 16. August 2022 der persönliche Verkehr zwischen dem Kindsvater und C._____

- 6 - geregelt und der Beschwerde diesbezüglich die aufschiebende Wirkung entzogen worden. Ein regelmässiger Kontakt zwischen dem Beschwerdegegner und seiner Tochter C._____ und somit eine Vater-Tochter Beziehung sei jetzt herzustellen. Mit dem vorliegend

beantragten Entzug der aufschiebenden Wirkung und dem daraus resultierenden Umzug der Beschwerdeführerin und C._____ nach Norddeutschland wäre dies mutmasslich kaum mehr möglich und C._____ würde möglicherweise keine Beziehung zu ihrem Vater aufbauen können. Der ausnahmsweise Entzug der aufschiebenden Wirkung sei vorliegend auch vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt (act. 7 S. 7). 2. Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vorinstanz verkenne, dass das Kindergartenalter in Deutschland bereits ab drei Jahren gelte, d.h. dass C._____ bereits im Jahr 2024 in den Kindergarten gehe. Sie müsse zeitnah einen Platz reservieren, was erst möglich sei, wenn sie einen festen Wohnsitz in Deutschland hätten (act. 2 Rz. 4 f.). Wenn der Beschwerdegegner das Verfahren noch weiter in die Länge ziehe, bestehe die erhebliche Gefahr, dass C._____ ein Jahr Kindergarten verpasse und dann den anderen Kindern in ihrer Entwicklung nachstehe. Zudem verkenne die Vorinstanz, dass C._____ bald in einem Alter sein werde, in welchem sie soziale Beziehungen zu "Gspänli" aufbaue, was noch mehr dafür spreche, dass sie nicht verfahrensbedingt verzögert mit dem Aufbau von sozialen Kontakten mit Kindern in ähnlichem Alter beginnen könne (act. 2 Rz. 5). Während die KESB die gesamte Situation genauestens kenne und das Kindeswohl in den Vordergrund stelle, habe die Vorinstanz nur aufgrund der Akten entschieden (act. 2 Rz. 8). Der Beschwerdegegner habe bislang mit seinen etlichen Eingaben und Beschwerden das Verfahren schon sehr in die Länge gezogen und es sei weiterhin davon auszugehen, dass er das Verfahren bis zur letzten Instanz ausschöpfen werde. Dabei lasse er die Interessen seines eigenen Kindes völlig ausser Acht (act. 2 Rz. 9). Die Vorinstanz verkenne im Gegensatz zur KESB auch, dass der Beschwerdegegner anlässlich seiner persönlichen Anhörung einem Wohnortwechsel nach Deutschland explizit zugestimmt habe und seine Meinung aus heiterem Himmel und ohne jegliche Vorwarnung geändert habe (act. 2 Rz. 10 f.). Vor diesem Hintergrund bzw. im Vertrauen hierauf habe sie (die Beschwerdeführerin) nicht leicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen (act. 2

- 7 - Rz. 12 f.). Das widersprüchliche Verhalten des Beschwerdegegners verdiene keinen Rechtsschutz. Zudem habe sie das Recht zu entscheiden, wo sie ihre Niederlassung begründen wolle (act. 2 Rz. 13). Es sei auch nicht ersichtlich, dass der Umzug nach Norddeutschland einem Aufbau der Beziehung zwischen C._____ und dem Beschwerdegegner entgegenstehe. Der Beschwerdegegner habe seit der Geburt kaum Interesse daran gehabt, eine solche Beziehung aufzubauen; er habe sie im Jahr 2022 gerade ein paar Mal gesehen (act. 2 Rz. 15). Auf der anderen Seite bestehe nun die reelle Gefahr, dass sie (die Beschwerdegegnerin) und ihre einjährige Tochter ab Dezember 2022 obdachlos sein könnten (act. 2 Rz. 14). Das Verweilen in der Schweiz ohne Wohnung, der Verlust der Wohnung in Deutschland und die verspätete Integration der Tochter in ihrem neuen Lebensumfeld überwiegen als Nachteile diejenigen des Beschwerdegegners und seien nicht mehr wieder gut zu machen (act. 2 Rz. 16). Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Erfolgsaussichten der Beschwerde sehr klein seien (act. 2 Rz. 16). V. 1. Gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450c ZGB hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die Kindesschutzbehörde oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nichts anderes verfügt. Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung kommt ausnahmsweise bei besonderer Dringlichkeit in Frage und muss sich mit den Besonderheiten des konkreten Falles begründen lassen (BSK ZGB I-GEISER, Art. 450c N 7). Im Einzelfall ist eine Abwägung der konkret auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen (BGE 143 III 193 E. 4). Zu erwähnen ist zudem, dass mit dem Wegzug des Kindes nach Deutschland, welches wie die Schweiz das Haager Kindesschutzübereinkommen ratifiziert hat, grundsätzlich sogleich ein

gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Deutschland begründet würde und die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte gemäss Konvention ent- fiele (Art. 5 Abs. 2 Haager Kindesschutzübereinkommens, HKsÜ; u.a. BGE 143 III 193 E. 2 und BGE 142 III 1 E. 2.1; BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1 m.w.H.). Zwar bleiben die schweizerischen Beschwerdeinstanzen gemäss jünge- rer Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dennoch sachlich zuständig (vgl. EGMR Antrag Nr. 69444/67 E. 54 ff.). Die Regelung im Kindes-

- 8 - schutzübereinkommen betont dennoch das Anliegen, dass grundsätzlich die Ge- richte am Ort, wo sich das Kind befindet, über Kinderanliegen entscheiden sollen, weil diese mit den Verhältnissen des Kindes am besten vertraut sind. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei Ausreisen ins Ausland ist daher nur mit grosser Zurückhaltung vorzusehen. 2.

E. 2

(Erziehungsgutschriften)

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin stellt für das obergerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, inklusive unentgeltliche Rechtsverbeiständung.

E. 2.2

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin ergibt sich aus den bei den Akten lie- genden Unterlagen (vgl. act. 2 S. 8 f.; act. 4/4 ff.). Was die Aussichtslosigkeit be- trifft, ist die Kammer in familienrechtlichen Verfahren grundsätzlich zurückhaltend bei deren Bejahung, insbesondere soweit es um die elterliche Sorge, die Obhut und die Betreuungsregelung geht. Vorliegend ist zugunsten der Beschwerdefüh- rerin keine von vornherein bestehende Aussichtslosigkeit anzunehmen. Der Be- schwerdeführerin ist die unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Ver- fahren zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Beschwerdeführerin ist darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

- 11 - Es wird beschlossen:

E. 2.2.1

C. _____ ist ein Jahr alt und würde auch in Deutschland (wo die Kinder ge- mäss der Beschwerdeführerin bereits mit drei Jahren in den Kindergarten eintre- ten) den Kindergarten frühestens im Jahr 2024 besuchen. Eine zeitliche Dring- lichkeit ist vor diesen Hintergrund nicht zu sehen. Die Vorinstanz weist sodann zu Recht darauf hin, dass es bei einem Kind im Alter von C. _____ noch einige Zeit dauert, bis es an der Aussenwelt aktiv teilnehmen und tieferegehende Beziehun- gen zu ihren Mitmenschen aufbauen kann. Es besteht unter diesem Aspekt kein ersichtlicher Grund, wieso C. _____ mit der Beschwerdeführerin nicht auch zu ei- nem späteren Zeitpunkt nach Deutschland übersiedeln könnte, ohne dass ihre Entwicklung gefährdet wäre.

- 9 -

E. 2.2.2

Die Beschwerdeführerin hat die Wohnung in D._____ auf Ende November 2022 gekündigt und gemäss ihren Ausführungen noch keine neue Wohnung in der Schweiz gefunden. Mit der Erwägung der Vorinstanz, dass ihr noch genügend Zeit verbleibe, um eine Wohnung ab Dezember zu finden, setzt sie sich allerdings nicht auseinander. Insbesondere tut sie nicht dar, welche erfolglosen Suchbemühungen sie unternommen hat, aufgrund derer von der nahen Möglichkeit auszugehen wäre, dass sie und C._____ ab Dezember ohne Wohnung sein könnten. Eine entsprechende konkrete Gefahr kann im heutigen Zeitpunkt nicht bejaht werden. Auch die von der Beschwerdeführerin nur vage angedeutete Konsequenz, dass sie die in Deutschland gefundene Wohnung wieder "verliere", weil sie sich zwei Wohnungen nicht leisten könne, vermag keinen anderen Schluss zu begründen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingen könnte, zu einem späteren Zeitpunkt (erneut) eine passende Wohnung in Deutschland zu finden.

E. 2.2.3

Weitere Umstände, welche eine besondere Dringlichkeit für eine Verlegung des Aufenthaltsorts nach Deutschland begründen könnten, wurden nicht dargetan und sind nicht ersichtlich.

E. 2.3

Vor diesem Hintergrund – d.h. angesichts des Fehlens von Umständen, die für eine besondere Dringlichkeit sprechen – vermag auch eine Hauptsachenprognose, die prima facie zu Gunsten der von der KESB angeordneten Regelung (Erteilung der Zustimmung zur Verlegung des Aufenthaltsortes) ausfällt (vgl. BGE 142 III 502 E. 2.5), nichts zu ändern. Gleiches gilt mit Bezug auf das von der Beschwerdeführerin angeführte ursprüngliche Einverständnis des Beschwerdegegners mit einem Umzug nach Deutschland. Wenn der Beschwerdegegner seine Meinung hinsichtlich eines Wechsels des Aufenthaltsorts seiner Tochter geändert hat (vgl. dazu BR-act. 23 S. 2), fühlt sich die Beschwerdeführerin in ihrem diesbezüglichen Vertrauen zwar verständlicherweise getäuscht. Ein solcher Meinungsumschwung des Beschwerdegegners ist angesichts der Auswirkungen, welche ein Aufenthaltsortswechsel auf den persönlichen Verkehr bzw. den Aufbau einer Vater-Tochter-Beziehung haben kann, aber nicht als geradezu missbräuchlich zu qualifizieren.

- 10 - 3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keine besondere Dringlichkeit dargetan hat, welche es ausnahmsweise gebieten würde, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die Beschwerde ist abzuweisen. V. 1. Die Entscheidgebür für das vorliegende Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 800.– festgesetzt (§ 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; s. zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sogleich E. 2). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beschwerdegegner nicht, weil ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären. 2.

E. 3

Der Mutter, A._____, wird gestützt auf Art. 301 a Abs. 2 ZGB die Zustimmung zur Verlegung des Aufenthaltsortes von C._____ nach Deutschland erteilt.

E. 4

Der Antrag vom 15. März 2022 des Vaters auf Anordnung einer alternierenden Obhut wird abgewiesen. [...]" 2. Mit Eingabe vom 30. Juni 2022 erhob der Vater Beschwerde gegen diesen Entscheid beim Bezirksrat Hinwil (BR-act. 1). Er beantragte unter anderem, es sei C._____ unter seine alleinige Obhut zu stellen, es sei der Mutter zu verbieten, den Aufenthaltsort von C._____ nach Deutschland zu verlegen und es sei der Mutter ein ausgedehntes Besuchsrecht zuzusprechen (BR-act. 1 S. 2 ff.). Der Bezirksrat holte eine Vernehmlassung der KESB vom 3. August 2022 (BR-act. 23) und eine Beschwerdeantwort der Mutter vom 5. August 2022 ein (BR-act. 25). Die Mutter beantragte, es sei die Beschwerde abzuweisen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen und ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu bewilligen (BR-act. 25 S. 2). Es folgten eine Stellungnahme des Vaters zum Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vom 22. August 2022 (BR-act. 34) und eine Stellungnahme der Mutter vom 2. September 2022 (BR-act. 37). Mit Beschluss vom 23. September 2022 wies der Bezirksrat Hinwil (Vorinstanz) den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab (Dispositiv-Ziffer I) und hielt fest, dass die Kosten für diesen Zwischenentscheid mit dem Endentscheid verlegt würden (Dispositiv-Ziffer II; act. 4/B = act. 7 [Aktenexemplar]).

- 3 - 3. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2022 (Eingang 10. Oktober 2022) erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 23. September 2022 mit folgendem Rechtsbegehren (act. 2 S. 2): "1. Es sei Ziff. I. des Beschlusses des Bezirkesrates Hinwil (V0.2022.15/3.02.00) vom 23. September 2022 (Zwischenentscheid betreffend Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung) auszuheben; 2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen; 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten des Beschwerdegegners." Gleichzeitig ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, inklusive unentgeltliche Rechtsverteidigung (act. 2 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten des Bezirkesrates (act. 8/1-47; zitiert als "BR-act.") und der KESB (act. 8/24/1-288; zitiert als "KESB-act.") wurden beigezogen (vgl. act. 5). Das Verfahren ist spruchreif. II.

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