

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 31. Mai 2012

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

betreffend **Nichteintreten Kindesschutzmassnahmen**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates Bülach vom 21. März 2012 Nr. ... i.S. B._____, geb. tt.mm.2008; VO.... (Sozialbehörde C._____)

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte/Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege)

1. A._____ (nachfolgend: der Berufungskläger) und D._____ sind die unverheirateten Eltern von B._____, geboren tt.mm.2008. Die Anerkennung des Kindes durch den Berufungskläger als deutscher Staatsangehöriger erfolgte rund sechs Monate vor der Geburt am tt.mm.2008 in E._____, dem damaligen Wohnort der Mutter, welche ebenfalls deutsche Staatsangehörige ist (vgl. VB-act. 6/1). Zugleich vereinbarten die Eltern die Übernahme der gemeinsamen elterlichen Sorge (vgl. VB-act. 6/2).

1.1 B._____ kam in der Schweiz zur Welt und lebte hier nach Darstellung des Berufungsklägers zusammen mit der Mutter zuletzt "unter der Anschrift des Berufungsklägers" in C._____ (vgl. act. 2 S. 2 [Ziff. 5]). Am 7. Mai 2010 reiste D._____ mit B._____ nach E._____, wo sie seither zusammen mit dem Kind wohnt. Die Abreise erfolgte nach Darstellung des Berufungsklägers gegen seinen Willen, ja gar heimlich, aber immerhin unter Mitnahme etlicher Möbel und Hausratsgegenstände sowie mit Abmeldung auf dem Einwohnermeldeamt (vgl. act. 4/10 [= VB-act. 1], dort Ziff. 10 und 17).

1.2 Ein vom Berufungskläger angehobenes Verfahren zwecks Rückführung des Kindes wurde vom Kammergericht Berlin mit Beschluss vom 27. Juni 2011 erledigt: Die vom Berufungskläger gegen die Abweisung seines Rückführungsersuchens durch das Amtsgericht (Familiengericht) Pankow/Weissensee erhobene Beschwerde wurde auf Kosten des Vaters zurückgewiesen (vgl. act. 4/10/5 [= VB-act. 1/5 = act. 9/6/9], dort S. 2). Den Akten sowie der Sachdarstellung des Berufungsklägers in der Berufungsschrift kann im Übrigen entnommen werden, dass die Eltern in E._____ – offenbar vor einem Gericht (vgl. act. 2 S. 7) – eine Regelung zum Besuchsrecht getroffen haben (vgl. a.a.O., ferner act. 4/10/2 [= VB-act. 1/2], S. 3., act. 4/10 [= VB-act. 1], dort Ziff. 2).

2. Zeitlich erkennbar im Anschluss an den Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 27. Juni 2011 gelangte der Berufungskläger mit Eingabe vom 5. August 2011 an die Vormundschaftsbehörde C._____ und ersuchte darum, "es seien nach Art. 307, 308, 310 ZGB geeignete Massnahmen zum Kindesschutz zu treffen"; namentlich sei auch das alleinige Obhutsrecht auf ihn zu übertragen (vgl. VB-act. 1). Mit Beschluss vom 8. Dezember 2011 trat die Vormundschaftsbehörde C._____ (Vormundschaftskommission) auf das Ersuchen nicht ein, und zwar mangels Zuständigkeit (vgl. VB-act. 7 [= act. 9/1]). Dagegen beschwerte sich der Berufungskläger beim Bezirksrat Bülach (vgl. act. 9/2). Dieser wies die Beschwerde mit Beschluss vom 21. März 2012 ab (vgl. act. 7 [= act. 4/9 = act. 9/7 = VB-act. 10]).

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2012 (vgl. act. 2-4) liess der Berufungskläger bei der Kammer Berufung erheben. Dabei stellte er (vgl. act. 2 S. 2 f.) die nachstehenden Anträge:

- "1. Es seien der Beschluss Nr. ... des Bezirksamts Bülach vom 21. März (VO....) und der Beschluss der Vormundschaftsbehörde C._____ vom 8. Dezember 2011 (Beschluss Nr. ...) aufzuheben.
2. Es sei auszusprechen, dass die Vormundschaftskommission C._____ für das Kind B._____, geboren am tt.mm.2008, von F._____, zuständig ist.

Eventualiter sei die Sache an den Bezirksrat Bülach oder an die Vormundschaftsbehörde C._____ zurückzuweisen.
3. Die Kosten des Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und dem Berufungskläger eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen.

eventualiter

dem Berufungsführer für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwalt X._____, ..., einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 5). Die Sache erweist sich – wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird – als spruchreif gemäss § 191 GOG. Ein formeller Einbezug von D._____ in das Verfahren ist daher nicht erforderlich. Es sind D._____ indessen dieser Entscheid sowie je ein Doppel von act. 2 und act. 4 an die dem Gericht zuletzt bekannt gewordene Adresse in E._____ (vgl. act. 4/10/5 und act. 4/10/2) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

3. Der Berufungskläger ersucht um Bewilligung der (umfassenden) unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren. Gemäss § 187 GOG gelten für die Beurteilung dieses Gesuchs im Berufungsverfahren die Regeln der ZPO als kantonales Recht.

Eine Person hat nach Art. 117 i.V.m. Art. 119 Abs. 5 ZPO dann Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um das Rechtsmittelverfahren zu finanzieren, und zusätzlich ihr Rechtsbegehren (die Rechtsmittelanträge) nicht aussichtslos erscheint, wobei die Aussichtslosigkeit rechtlicher Art zu sein hat. Verhindert werden soll mit dem Erfordernis fehlender Aussichtslosigkeit gemäss Art. 117 lit. b. ZPO, dass kostenlos Prozesse geführt werden können, welche eine mit ausreichend finanziellen Mitteln ausgestattete Person bei vernünftiger Überlegung auf eigene Kosten gar nicht führen würde (vgl., statt vieler, etwa KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 33, mit Verweisen auf die Judikatur).

Die Berufung erweist sich – wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird – aus rechtlichen Gründen als sofort unbegründet im Sinne des § 191 Abs. 1 GOG. Sie ist auch aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Das führt ohne Prüfung der übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 117 ZPO zur Abweisung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. - 1.1 Gegen Entscheide der Bezirksräte in familienrechtlichen Angelegenheiten, wie hier eine gegeben ist, sind gemäss § 187 die Rechtsmittel der ZPO gegeben; das Verfahren richtet sich unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen in den §§ 188 GOG nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Rechtsmittelfrist beträgt gemäss § 188 Abs. 1 GOG abweichend von der ZPO lediglich 10 Tage ab der Zustellung des bezirksrätlichen Entscheides. Dem Lauf der Rechtsmittelfrist und der Einreichung des Rechtsmittels kommt gemäss § 189 Abs. 1 GOG grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu. Die Einhaltung der Rechtsmittelfrist ist Prozessvoraussetzung des Rechtsmittelverfahrens und von Amtes wegen zu prüfen. Auf verspätet eingereichte Rechtsmittel ist nicht einzutreten (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO).

1.2 Der Berufungskläger macht geltend, der Bezirksrat habe ihm den Beschluss vom 21. März 2012 nicht zugestellt, sondern nur mit gewöhnlicher A-Post zukommen lassen; die Übergabe des Beschlusses durch den Bezirksrat an die Post sei am 4. Mai 2012 erfolgt und der Beschluss sei seinem Rechtsvertreter am 7. Mai 2012 zugegangen (vgl. act. 2 S. 3). Zum Beleg reichte er eine Fotokopie des Couverts ein (vgl. act. 4/9, letztes Blatt), in dem sich der Entscheid befunden habe (vgl. act. 2 S. 3). Den beigezogenen Akten des Bezirkrates Bülach (act. 9) lässt sich zur Zustellung des Beschlusses vom 21. März 2012 nichts Verlässliches entnehmen, geschweige denn etwas, was die Sachdarstellung des Berufungsklägers widerlegen könnte. Die Berufung ist daher als rechtzeitig erfolgt entgegenzunehmen.

Der Vollständigkeit halber ist immerhin anzumerken, dass Bezirksräte Verwaltungsbehörden sind. Gemäss dem für sie verfahrensrechtlich massgeblichen VRG ist die Zustellung von Anordnungen und Entscheiden daher – was der Berufungskläger zu übersehen scheint (vgl. act. 2 S. 3) – auch mit gewöhnlicher Post zulässig. Ob dergleichen Zustellungen mit gewöhnlicher Post bei Verfahren erledigenden Entscheiden wie dem Beschluss vom 21. März 2012 vernünftig oder wenigstens angebracht sind, darf allerdings mit Blicken z.B. auf die Wirkungen einer Rechtsmittelfrist gemäss GOG, den Eintritt der Rechtskraft oder die Fristberechnungsmodalitäten gemäss ZPO (vgl. § 187 GOG) mit Fug bezweifelt werden.

2. Der Berufungskläger hat bei der Vormundschaftsbehörde C._____ um den Erlass von Massnahmen zum Schutze des Kindes ersucht. Wie die Vormundschaftsbehörde und der Bezirksrat richtig erkannt haben, liegt ein sog. internationaler Sachverhalt vor, auf den grundsätzlich Art. 85 IPRG Anwendung findet bzw. das Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ; SR 0.211.231.011). Die sich daraus ergebende Rechtslage und deren Konsequenzen hat die Vormundschaftsbehörde C._____ in ihrem Beschluss vom 8. Dezember 2011 (VB-act. 7 [= act. 9/1]) grundsätzlich zutreffend und einlässlich dargelegt. Der Sache nach hat der Bezirksrat im angefochtenen Entscheid (act. 7) die Rechtsauffassung der Vormundschaftsbehörde übernommen und ergänzt. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann daher vorab auf die entsprechenden Erwägungen in diesen zwei Beschlüssen verwiesen werden.

Der Ergänzung bzw. Verdeutlichung halber ist dem noch Nachfolgendes beizufügen:

2.1 Das HKsÜ trat in der Schweiz zugleich mit dem Art. 85 IPRG per 1. Juli 2009 in Kraft, welcher für Kindesschutzmassnahmen seinerseits die Regeln des HKsÜ für alle die in internationalen Verträgen/Übereinkommen nicht abweichend geregelten Fragen für anwendbar erklärt. Im Verhältnis zu Deutschland ersetzt das HKsÜ ab dem 1. Januar 2011 (dem Tag des Inkrafttretens in Deutschland) gemäss seinem Art. 51 das aus dem Jahre 1961 stammende Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MAS; SR 0.211.231.01).

Der Berufungskläger hat sich im Juli 2011, also nach dem Inkrafttreten des HKsÜ in Deutschland, an die Vormundschaftsbehörde C._____ gewandt (vgl. vorn Ziff. I/2). Sowohl die Vormundschaftsbehörde als auch der Bezirksrat haben daher zu Recht auf die Normen des HKsÜ abgestellt, welche die Zuständigkeit der Behörden für Kindesschutzmassnahmen (wie bereits das MAS in seinem Art. 1) an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes knüpfen (vgl. die Art. 5 HKsÜ und Art. 7 Abs. 1 HKsÜ).

Mit dem gewöhnlichen Aufenthalt wird der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung eines Kindes verstanden, welcher sich aus der tatsächlichen Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen ergibt (vgl. zum analogen Begriff gemäss HKÜ [SR 0.211.230.02] etwa Urteil des BGer 5A_257/2011 vom 25. Mai 2011 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 110 II 119 E. 3, 117 II 334 E. 4d). Er ist aufgrund der nach aussen erkennbaren tatsächlichen Umstände zu bestimmen; innere Umstände, wie etwa der Wille, sind unmassgeblich. In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen (vgl. BGE 129 III 288 E. 4.1, Urteile des BGer 5A_427/2009 vom 27. Juli 2009 E.3.2, 5A_650/2009 vom 11. November 2009 E. 5.2 und 5A_257/2011 vom 25. Mai 2011 E. 2.2). B._____ hält sich seit dem Wegzug von C._____ am 7. Mai 2010 (vgl. vorn Ziff. I/1.1) bei seiner Mutter in E._____ auf, mittlerweile seit mehr als zwei Jahren. Nach eigenem Bekunden gegenüber der Vormundschaftsbehörde besuchte ihn der Berufungskläger in E._____ wiederholt bzw. besucht er ihn offenbar weiterhin, nachdem er und die

Mutter sich darauf verständigt hatten (vgl. vorn Ziff. I/1.2 sowie VB-act. 1 [Ziff. 19] und act. 2 S. 7). Sein gewöhnlicher Aufenthalt liegt daher in E. _____. Eine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde C. _____ gemäss Art. 5 HKsÜ zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen entfällt insofern offenkundig.

2.2 Der gewöhnliche Aufenthalt im dargelegten Sinne bildet ebenso eine Voraussetzung der Regelung des Art. 7 Abs. 1 HKsÜ. Daran nichts zu ändern vermag, dass das HKsÜ im Mai 2010 für Deutschland noch nicht in Kraft war, worauf der Berufungskläger verweist. Denn aufgrund des vorhin erwähnten Verweises des Art. 85 IPRG auf das HKsÜ entsprach es bereits im Jahre 2010 der schweizerischen Rechtsauffassung, dass der Verbleib eines Kindes bei einem Elternteil an einem Ort im Ausland während mehr als einem Jahr den gewöhnlichen Aufenthalt begründet.

Von daher spielt es ebenfalls keine Rolle mehr, ob B. _____ im Mai 2010 – wie der Berufungskläger geltend macht – allenfalls widerrechtlich von der Mutter nach E. _____ verbracht und/oder hernach widerrechtlich von der Mutter in E. _____ zurückbehalten worden ist, was die Gerichte in Deutschland verkannt haben sollen (vgl. act. 2 S. 8 ff.). Denn der Berufungskläger weiss – wie gesehen – seit mittlerweile weit mehr als einem Jahr, dass sich B. _____ in E. _____ bei seiner Mutter aufhält. Seit dem im Ergebnis die Rückführung verweigernden Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 27. Juni 2011 ist zudem kein vom Berufungskläger gestellter Antrag auf Rückgabe mehr in Deutschland anhängig, selbst nach der Darstellung des Berufungsklägers nicht (vgl. act. 2 S. 5 ff.). Endlich behauptet der Berufungskläger heute (vgl. a.a.O.) doch wohl zu Recht nicht, B. _____ habe sich seit Mai 2010 in E. _____ nicht eingelebt. Demgemäss entfällt ebenso aufgrund von Art. 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ eine Zuständigkeit hiesiger Behörden für Kindesschutzmassnahmen.

Es kann aus allen diesen Gründen offen gelassen werden, ob z.B. im Beschluss des Kammergerichts E. _____ nicht ohnehin der Sache nach eine Genehmigung des Zurückhaltens usw. i.S. des Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ gelegen hat, weil es darauf nicht mehr ankommt. Dasselbe gilt für die (einstweilige) Einwilligung des Berufungsklägers, welche dieser in E. _____ abgegeben hatte und auf die der Bezirksrat – sinngemäss im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ –

bereits hinwies. Was der Berufungskläger heute dagegen vorbringt (vgl. act. 2 S. 7), beschlägt daher letztlich Unerhebliches.

2.3 Um selbst das noch zu erwähnen: Die Vormundschaftsbehörde C._____ hat eine Ausnahmezuständigkeit gemäss Art. 8 HKsÜ richtigerweise verneint. Der Berufungskläger bringt bis heute (vgl. act. 2 S. 4 ff.) nichts vor, was nur schon im Ansatz eine Befassung mit diesem Aspekt einer ausserordentlichen Zuständigkeitsbegründung nahe legen könnte. Der Bezirksrat hatte insoweit keine Veranlassung, darauf näher einzugehen, wie es auch nicht geboten ist, dass eine Verwaltungsbehörde in ihrer Entscheidungsbegründung jeweils einzeln auf die Vorbringen einer Partei näher eingeht, sondern es genügt, wenn sie anhand der ihr vorliegenden Akten und Sachvorbringen der Parteien die wesentlichen Elemente ihrer Überlegungen aufzeigt. Dem ist der Bezirksrat mit seinen – zugegeben sehr knappen – Erwägungen im angefochtenen Beschluss entgegen der Auffassung des Berufungsklägers (vgl. etwa act. 2 S. 7) hinreichend nachgekommen.

Auch sonst ergibt sich aus den gesamten vorliegenden Akten kein Sachverhalt, der eine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde C._____ zum Erlass der bei ihr im August 2011 angebehrten Kindesschutzmassnahmen begründen könnte.

Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vormundschaftsbehörde angesichts der klaren Rechtslage darauf verzichtete, die Mutter von B._____ in das Verfahren einzubeziehen. Ob sich ein wenigstens informeller Einbezug der Kindsmutter in das Verfahren des Bezirksrates gerechtfertigt hätte, kann offen gelassen werden, nachdem der Kindmutter mit dem heutigen Entscheid vom Verfahren insgesamt Kenntnis gegeben wird.

3. Der angefochtene Beschluss des Bezirksrates erweist sich aus den dargelegten Gründen vor dem Hintergrund des erstellten und vom Berufungskläger auch im Berufungsverfahren vorgetragenen Sachverhaltes im Ergebnis als zutreffend. Damit ist zugleich festgestellt, dass kein Raum für eine Rückweisung an den Bezirksrat zwecks (Sachverhalts-)Ergänzungen besteht (vgl. dazu § 196 GOG). Damit kann auch der Eventualantrag nicht gutgeheissen werden.

Die Berufung erweist sich folglich insgesamt als unbegründet und ist ohne Weiterungen abzuweisen.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen. Die Ausrichtung einer Entschädigung entfällt mangels Rechtsgrundlage.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'000.- festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an den Berufungskläger, an die Vormundschaftsbehörde C._____, an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) und – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Bülach sowie auf dem Weg der Rechtshilfe – unter Beilage je eines Doppels der act. 2 und act. 4 – an D._____, ... [Adresse].
4. 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. K. Graf

versandt am: