

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ150045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 13. August 2015

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. et lic. phil. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Erteilung eines Abklärungsauftrags an den Internationalen
Sozialdienst**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Pfäffikon vom 8. Juli
2015 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2005, und D. _____, geb. tt.mm.2002;
VO.2015.13 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Pfäffikon)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit November 2013 vor dem Bezirksgericht Pfäffikon in einem Scheidungsverfahren. In einem vorgängig geführten Eheschutzverfahren wurden die beiden Kinder D._____, geboren tt.mm.2002, und C._____, geboren tt.mm.2005, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen. Gestützt auf Gefährdungsmeldungen des Vaters, welche sich gegen die Mutter richteten, wurde die KESB Pfäffikon aktiv und verfügte am 3. Dezember 2014 die vorläufige Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes der Mutter nach Art. 310 ZGB und die Unterbringung der Kinder beim Vater. Da die beiden Kinder von der Mutter bereits vorher nach E._____, [Staat in Osteuropa] gebracht resp. von dort nicht mehr in die Schweiz zurückgeführt worden waren, hob die KESB Pfäffikon mit Entscheidung vom 21. April 2015 ihre frühere Anordnung wiedererwägungsweise wieder auf und beauftragte gestützt auf Art. 446 Abs. 2 ZGB den Internationalen Sozialdienst, die soziale Situation der beiden Kinder vor Ort abzuklären; einer Beschwerde entzog die KESB die aufschiebende Wirkung (act. 4/4).

Der Bezirksrat Pfäffikon wies mit Entscheid vom 8. Juli 2015 die Beschwerde der Mutter gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung ab (act. 4/2 = act. 11). Dagegen richtet sich die Beschwerde der Mutter vom 27. Juli 2015 (act. 2).

2. Mit Verfügung vom 29. Juli 2015 wurden die Parteien unter Hinweis auf die Art. 85 IPRG sowie 5 und 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ eingeladen, um sich zur Frage der örtlichen Zuständigkeit der Kammer zu äussern (act. 6).

Mit Eingabe vom 6. August 2015 lässt der Vater bezüglich Zuständigkeit Verzicht auf Stellungnahme erklären, beantragt jedoch eine Kosten- und Entschädigungsregelung zu Lasten der Beschwerdeführerin (act. 13).

Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Vernehmlassung vom 10. August 2015 an ihren in der Beschwerde gestellten Anträgen vollumfänglich fest; zudem hält sie die KESB zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen gestützt auf Art. 5 HKsÜ für offenkundig unzuständig (act. 15).

3. Die Parteien und ihre Kinder sind schweizerische Staatsangehörige; der Vater lebt in der Schweiz, die Mutter mit den Kindern seit Herbst 2014 in ihrem ursprünglichen Heimatland E._____. Insofern liegt ein internationaler Sachverhalt vor.

3.1. Für den Schutz von Kindern gilt in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden (wie auch das anwendbare Recht sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen) das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Art. 85 Abs. 1 IPRG). Sowohl die Schweiz wie auch E._____ sind Vertragsstaaten des Haager Kindesschutzübereinkommens (HKsÜ).

Ziel des Übereinkommens ist es u.a. den Staat zu bestimmen, dessen Behörden zuständig sind, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen (Art. 1 Abs. 1 lit. a HKsÜ). Massnahmen, welche in den Geltungsbereich des HKsÜ fallen, sind u.a. die Zuweisung, die Ausübung und die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung sowie deren Übertragung, das Sorgerecht, das Recht den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und das Recht auf persönlichen Verkehr, ebenso Aufsichts- und Schutzmassnahmen wie die Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie oder einem Heim (Art. 3 HKsÜ). Zuständig für die Beurteilung dieser Fragen sind die Behörden des Vertragsstaates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes in einen anderen Vertragsstaat sind die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes zuständig, wenn das Kind nicht widerrechtlich dorthin verbracht wurde (Art. 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 7 HKsÜ). Nach Art. 13 Abs. 1 HKsÜ dürfen die Behörden eines Vertragsstaates, die nach den Artikeln 5 - 10 HKsÜ zuständig sind, Schutzmassnahmen indes nicht ausüben, wenn bei Einleitung des Verfahrens entsprechende Massnahmen bei den Behörden eines anderen Vertragsstaates beantragt worden sind, die in jenem Zeitpunkt nach Art. 5 - 10 HKsÜ zuständig waren und diese Massnahmen noch geprüft werden. Die Behörden, bei denen die Mass-

nahmen zuerst beantragt wurden, können auf ihre Zuständigkeit verzichten (Art. 13 Abs. 2 HKsÜ).

3.2. Die beiden Kinder D._____ und C._____ hatten bei Einleitung des Verfahrens vor der KESB Pfäffikon ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz. Damit waren die hiesigen Behörden für die ursprünglich getroffenen Anordnungen zuständig.

Entgegen der Auffassung der Rechtsvertreterin der Mutter sind die beiden Kinder im Herbst 2014 von deren Mutter widerrechtlich nach E._____ verbracht resp. von dort nicht mehr in die Schweiz zurückgebracht worden, da der Vater damit nicht einverstanden gewesen ist. Auch irrt sie, wenn sie meint, es sei nach sechs Monaten resp. unmittelbar nach dem Umzug am neuen Ort ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden, da dieser den bisherigen Lebensmittelpunkt ersetzt habe (act. 15 S. 2). Wird ein Kind widerrechtlich von seinem bisherigen Aufenthaltsort in einen anderen Staat verbracht, bleiben die Behörden am ursprünglichen Aufenthaltsort für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen solange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt im anderen Staat erlangt und sich in diesem anderen Staat mindestens ein Jahr aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person seinen Aufenthaltsort kannte, kein während dieses Zeitraums gestellter Antrag auf Rückgabe mehr hängig ist und sich das Kind in seinem neuen Umfeld eingelebt hat (Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ). Auch das HKÜ (Haager Kindesentführungsabkommen) geht von einer Jahresfrist aus resp. bestimmt, dass ein Kind ins Ursprungsland zurückzuführen ist, wenn seit seinem Verbringen oder Zurückhalten in einem anderen Staat bei Eingang des Rückführungsantrages noch kein Jahr verstrichen ist (Art. 12 Abs. 1 HKÜ); eine Rückführung ist allerdings auch nach Ablauf dieser Jahresfrist möglich, wenn nicht erwiesen ist, dass sich das Kind in seine neue Umgebung eingelebt hat (Abs. 2).

Wie erwähnt sind die beiden Kinder von deren Mutter im Herbst 2014 widerrechtlich nach E._____ verbracht worden bzw. werden dort nach wie vor widerrechtlich zurückgehalten. Da seitdem noch kein Jahr verstrichen ist, sind weiterhin die Behörden in der Schweiz für die Regelung der Kinderbelange zuständig.

Der Vater hat im Rahmen des Verfahrens vor Bezirksrat Pfäffikon erklärt, auf einen Antrag auf Rückführung der Kinder zu verzichten, da die Kinder derart von der Mutter instrumentalisiert würden und deren Sichtweise übernommen hätten, dass er eine – zwangsweise – Rückführung nicht für angebracht halte bzw. eine solche zu einer weiteren Eskalation führen würde. Er erachte den Verbleib der Kinder in E._____ aber dennoch für widerrechtlich und sei damit nicht einverstanden (KESB act. 259).

Gestützt auf diese Darlegungen hat die KESB Pfäffikon am 21. April 2015 wiedererwägungsweise das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter und Beschwerdeführerin wieder übertragen (act. 4/4). Damit hat die KESB zwar die altrechtlich gesprochene Obhut der Mutter (neurechtlich: Aufenthaltsbestimmung, Art. 310 ZGB) wieder zuerkannt resp. die von ihr angeordnete Platzierung der Kinder beim Vater als Kindesschutzmassnahme rückgängig gemacht; die den Eltern zustehende gemeinsame Sorge, welche das Recht miteinschliesst, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, ist dadurch jedoch nicht tangiert (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Die Verlegung desselben ins Ausland bedarf der Zustimmung des anderen Elternteils oder einer Entscheidung des Gerichtes oder der Kindesschutzbehörde (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB). Eine solche Zustimmung oder Entscheidung liegt hier gerade nicht vor. Da die in Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, um die Zuständigkeit E._____s für den Erlass von Kindesschutzmassnahmen zu bejahen, ist es vorderhand Sache der Schweizer Behörden, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen bzw. vorgängig dazu die erforderlichen Abklärungen in die Wege zu leiten.

4. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist allein der Beschluss (Zwischenentscheid) des Bezirkrates Pfäffikon vom 8. Juli 2015. In diesem befasste sich der Bezirksrat mit der von der Beschwerdeführerin beantragten Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der von der KESB angeordneten Abklärungen (act. 4/2 S. 3 Rz 1.4 ff.); da die KESB die Dringlichkeit dieser Abklärungen bejahte, hatte sie einer Beschwerde gegen diese Anordnungen die aufschiebende Wirkung entzogen (act. 4/4 S. 4 Dispositiv Ziffer 5 letzter Satz). Da der Bezirksrat den Entscheid der KESB schützte, geht es nunmehr einzig darum zu ent-

scheiden, ob dieser Zwischenentscheid im Sinne der Beschwerdeführerin aufzuheben oder aber zu bestätigen ist. Die Beschwerdeführerin beantragt denn auch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen den Entscheid der KESB Pfäffikon vom 21. April 2015 bezüglich der Dispositiv Ziffern 3 und 5. Sodann verlangt sie, es sei der KESB superprovisorisch zu untersagen, die mit ihrem Entscheid vom 21. April 2015 veranlassten und bereits laufenden Abklärungen durch den Internationalen Sozialdienst in E. _____ durchzuführen (act. 2 S. 2).

Wie bereits der Bezirksrat Pfäffikon zutreffend festgehalten hat, ist die Frage nach Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung einer vorsorglichen Massnahme vergleichbar. Solche (prozessleitenden) Entscheide sind mit Beschwerde anfechtbar und zwar in aller Regel ohne dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 450 Abs. 1 und Art. 450f ZGB i.V.m. § 40 EG KESR und Art. 319 ZPO). Hier ist nun allerdings zu beachten, dass sich die vorsorgliche Massnahme, d.h. der Entscheid des Bezirksamts zur aufschiebenden Wirkung, auf eine prozessleitende Anordnung der KESB bezieht, nämlich die Erteilung eines Abklärungsauftrages an den Internationalen Sozialdienst. Eine solche prozessleitende Anordnung ist, wie der Bezirksrat zutreffend festhielt, mit Beschwerde nur unter der Voraussetzung anfechtbar, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ist aber der Gegenstand einer Beschwerde nur unter dieser eingeschränkten Voraussetzung anfechtbar, kann für vorsorgliche Massnahmen, welche im Laufe eines solchen Beschwerdeverfahrens gefällt werden, keine weitergehende Beschwerdemöglichkeit gewährt werden. Es gilt daher auch für die vorliegende Beschwerde die Einschränkung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, wonach durch den angefochtenen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dies ist von der beschwerdeführenden Partei darzutun.

Kindesschutzangelegenheiten sind in aller Regel dringlich und verlangen eine beförderliche Behandlung durch die zuständigen Behörden. Dies gilt namentlich für die Abklärung der Lebensumstände der Kinder, da erst bei deren Kenntnis über allfällige Schutzmassnahmen entschieden werden kann. Der Bezirksrat Pfäffikon erwog zu Recht, die Beschwerdeführerin habe sich während eines laufenden Kin-

desschutzverfahrens in der Schweiz nach E._____ abgesetzt und halte seitdem die Kinder widerrechtlich in E._____ zurück. Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet (act. 2), ist wie erwähnt nicht stichhaltig. Entgegen ihrer Auffassung (act. 2 S. 12 Rz 18) hat der Bezirksrat – wenn auch erst in einer summarischen Prüfung der Akten – festgehalten, die Akten ergäben eine Kindeswohlgefährdung und es sei erforderlich, die Situation der Kinder nicht allein gestützt auf die Angaben der Beschwerdeführerin, sondern anhand objektiver Beobachtungen festzustellen und einzuschätzen (act. 4/2 S. 10). Dies gilt aktuell umso mehr, als sich die Kinder nunmehr seit Oktober 2014 in E._____ befinden und objektive Feststellungen über ihre persönliche, gesundheitliche, soziale, familiäre und schulische Situation gänzlich fehlen. Nachdem anfänglich gehegte Hoffnungen, die Beschwerdeführerin werde mit den Kindern wieder in die Schweiz zurückkehren, sich in Luft aufgelöst hatten und auch eine umfassende einvernehmliche Scheidungskonvention nicht zustande kam, war die KESB gehalten, umgehend Abklärungen betreffend das Wohlbefinden und Wohlergehen der beiden Kinder einzuleiten. Der Bezirksrat Pfäffikon hat daher zu Recht die Beschwerde abgewiesen. Inwiefern durch die in die Wege geleiteten Abklärungen des Internationalen Sozialdienstes der Beschwerdeführerin ein Nachteil entstehen soll, welcher nicht leicht wiedergutzumachen wäre, ist nicht zu sehen. Dies legt sie auch nicht dar.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

Dem Antrag Ziffer 3 der Beschwerdeführerin, es sei der KESB superprovisorisch zu untersagen, die mit ihrem Entscheid vom 21. April 2015 veranlassten und bereits laufenden Abklärungen durch den Internationalen Sozialdienst in E._____ durchzuführen (act. 2 S. 2), kommt keine selbständige Bedeutung zu; vielmehr hängt er direkt am Entscheid betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei aufzuerlegen. Sie ist sodann zu verpflichten, den Beschwerdegegner für seine (geringen) Aufwendungen im Beschwerdeverfahren vor der Kammer zu entschädigen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Verfahren vor der Kammer eine Parteientschädigung von Fr. 600.-- zuzüglich 8% MwSt zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 13, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 15, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Pfäffikon, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie an den Bezirksrat Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: