

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190040-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 18. Juni 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

betreffend **aufschiebende Wirkung**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Meilen vom 29. April
2019 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2011; VO.2019.15 (Kindes- und Erwachsenen-
schutzbehörde Meilen)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2011.
2. In einer Elternvereinbarung vom 9. März 2012 vereinbarten die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge, regelten den Kindesunterhalt und hielten fest, dass C._____ im Fall einer Trennung unter der Obhut ihrer Mutter lebt (KESB act. 3).
3. Laut Angaben des Vaters, die soweit ersichtlich nicht bestritten wurden, trennten sich die Eltern im Dezember 2014. Im Juli 2015 zog die Mutter mit C._____ ohne den Vater nach D._____ / TG, wo C._____ im Sommer 2016 in den Kindergarten eingeschult wurde. Im Sommer 2018 wanderte die Mutter mit C._____ nach Teneriffa in Spanien aus (vgl. KESB act. 2 S. 2 f. und act. 24 S. 1).
4. Als C._____ über Ostern bei ihm in den Ferien war, beantragte der Vater mit Eingabe vom 3. April 2019 bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Meilen (nachfolgend KESB), es sei ihm superprovisorisch die alleinige Obhut über C._____ zuzuteilen und das Besuchsrecht der Mutter sowie der Unterhalt angemessen zu regeln.

Nach Anhörung von C._____ sowie der beiden Eltern wies die KESB am 17. April 2019 den Antrag auf superprovisorische Massnahmen ab und ermächtigte die Mutter im Sinne einer vorsorglichen Betreuungsregelung, C._____ vorübergehend mit sich nach Teneriffa zu nehmen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (KESB act. 24).

5. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater mit elektronischer Eingabe vom 18. April 2019 Beschwerde beim Bezirksrat Meilen (nachfolgend Bezirksrat) mit dem Antrag (BR act. 2 S. 2):

Der im Zirkulationsentscheid der KESB Meilen vom 17. April 2019 verfügte Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde sei sofort aufzuheben und die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Unter Verweis auf die am 23. April 2019 erfolgte telefonische Mitteilung der Vertreterin des Vaters, C. _____ sei inzwischen mit ihrer Mutter wieder nach Teneriffa zurückgekehrt, schrieb der Bezirksrat das Beschwerdeverfahren betreffend aufschiebende Wirkung (VO.2019.15) mit Beschluss vom 29. April 2019 als gegenstandslos geworden ab (BR act. 7 = act. 6).

6. Wie sich aus den Akten des Bezirksrats ergibt, hat der Vater inzwischen gegen den Entscheid der KESB vom 17. April 2019 Beschwerde erhoben. In jenem Verfahren (VO.2019.16) stellte der Vater mit der Replik vom 27. Mai 2019 einen Antrag auf Wiedererwägung des Beschlusses vom 29. April 2019 und Gewährung der aufschiebenden Wirkung (BR act. 9). Mit Präsidialverfügung vom 31. Mai 2019 wurde auf den Wiedererwägungsantrag nicht eingetreten und das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sinngemäss als neuer Antrag in jenem Verfahren entgegen genommen und der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (act. 7).

7. Mit Eingabe an die Kammer vom 3. Juni 2019 erhebt der Vater gegen den Beschluss vom 29. April 2019, der seiner Vertreterin am 2. Mai 2019 zugestellt wurde (vgl. BR act. 7 S. 5 i.V.m. BR act. 8/1), rechtzeitig Beschwerde mit folgendem Antrag (act. 2 S. 2):

Der Beschluss des Bezirksrates Meilen vom 29. April 2019 sei aufzuheben, auf den Antrag mit mailweiser Eingabe vom 18. April 2019 um Wiedereinräumung der aufschiebenden Wirkung sei einzutreten und es sei ihm stattzugeben.

8. Die Akten der KESB und des Bezirksrats wurden beigezogen (act. 4 und 5 sowie BR act. 8/1-5 und KESB act. 8/4/1-28). Auf eine Stellungnahme der Beschwerdegegnerin konnte verzichtet werden (§ 66 Abs. 1 EG KESR).

II.

1. Die Vorinstanz schrieb ihr Verfahren als gegenstandslos geworden ab, ohne Kosten zu erheben. Zur Begründung bezog sie sich auf eine telefonische Mitteilung der Vertreterin des Vaters am 23. April 2019, die auf die Frage der Behörde, ob sich C. _____ noch in der Schweiz befinde und entsprechend über seinen An-

trag auf Wiedereinräumung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden sei, nach Rücksprache mit dem Vater mitteilte, "es habe sich erledigt, die Tochter sei nun wieder in Teneriffa", worauf man so verblieben sei, dass das Verfahren aufgrund dieser Mitteilung als gegenstandslos geworden abgeschrieben werde (act. 6 S. 4 und BR act. 6).

2. In seiner Beschwerde an die Kammer macht der Vater geltend, trotz der Ausreise von C._____ nach Teneriffa sei der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung keineswegs gegenstandslos geworden. Zur Begründung verweist er auf die bundesgerichtliche Praxis, wonach die indirekte Zuständigkeit der Schweiz wegfällt nach einer allfälligen rechtmässigen Ausreise eines Kindes ins Ausland zu einem Elternteil, der sich dort niedergelassen hat. Deshalb sei entscheidend, ob aufgrund des Antrags vom 18. April 2019 (der noch vor der Ausreise von C._____ erfolgte) die Ausreise von C._____ allenfalls rechtswidrig war oder nicht. Damit sei ein Rechtsschutzinteresse gegeben und es sei auf den Antrag einzutreten (act. 2 S. 4 Ziff. 12).

3. Der Vater geht in seiner Beschwerde nicht darauf ein, dass die Erledigung gestützt auf seine Parteierklärung erfolgte, "es habe sich erledigt" (BR act. 6). Diese Mitteilung beantwortete eine Rückfrage der Behörde, ob über den Antrag zu entscheiden sei, und knüpfte an eine Reihe von Telefongesprächen vor den Osterfeiertagen an, in denen seine Vertreterin erklärt hatte, der Vater sei nicht prinzipiell dagegen, dass das Kind mit der Mutter weggehe, sondern es gehe ihm darum, dass das Verfahren korrekt durchgeführt werde (vgl. BR act. 1 S. 1 und 2).

Aufgrund dieser Telefongespräche, die unbestritten sind, durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass der Vater nach der Ausreise von C._____ auf die Wiedereinräumung der aufschiebenden Wirkung verzichtete, was als sinngemässer Rückzug zu qualifizieren ist.

Es war korrekt, dass die Vorinstanz das Verfahren gestützt darauf abschrieb. Was der Grund dafür war - Gegenstandslosigkeit oder Rückzug durch den Beschwerdeführer - ist sekundär, da der Abschreibungsentscheid nach einer Parteierklä-

nung nur deklaratorische Wirkung hat (ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 241 N 21). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

4. Die Beschwerde wäre auch abzuweisen, wenn man der Begründung des Vaters folgte. Trifft die von ihm vertretene Rechtsauffassung zu und ist die schweizerische Zuständigkeit nach der von der KESB genehmigten Ausreise der Mutter mit C._____ nach Spanien weggefallen, gilt das auch für die Beschwerde gegen den Entscheid der KESB, so dass die Frage der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden ist (vgl. BGE 143 III 193 E. 2). Der Vater könnte sich deshalb auch nicht mit Erfolg darauf berufen, er sei bei seinem Rückzug einem Irrtum unterlegen.

5. Die nachträgliche Erteilung der aufschiebenden Wirkung würde daran nichts ändern, da die Ausreise der Mutter mit C._____ dadurch nicht rechtswidrig i.S. von Art. 7 HsKÜ würde, sondern weiterhin die vorprozessuale Rechtslage gälte, nach der die Mutter berechtigt war, C._____ beim Vater abzuholen und mit ihr aus der Schweiz auszureisen, obwohl der Vater seine Zustimmung i.S. von Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB zum Umzug nach Spanien nicht erteilt hatte (vgl. BR act. 9 S. 5 Ziff. 5.1), so dass sich am gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien nichts änderte.

Unabhängig von der Frage der Zuständigkeit kann der Vater mithilfe der aufschiebenden Wirkung nicht erreichen, dass sein abgewiesenes Massnahmebegehren während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens vorzeitig in Kraft tritt, sondern dazu bedürfte es einer vorsorglichen Anordnung, was nicht beantragt wurde. Die aufschiebende Wirkung dient nicht dazu, eine Änderung früher in Kraft zu setzen, sondern bewahrt den *status quo*, weshalb in der Regel nicht ein gescheiterter Antragsteller, sondern ein unterlegener Antragsgegner an ihr interessiert ist.

6. Die KESB wollte die oben skizzierte Rechtsfolge - den Wegfall ihrer Zuständigkeit als Folge ihres Entscheides - verhindern, indem sie eine vorsorgliche Regelung erliess und diese ausdrücklich als vorübergehend deklarierte. Sie ging davon aus, dass der gewöhnliche Aufenthalt in der Schweiz erhalten bleibt, wenn sich ein Kind aufgrund einer behördlichen Regelung vorübergehend im Ausland aufhält (KESB act. 24 S. 3 und S. 4 Disp.-Ziff. 2).

Wie es sich damit verhält, wird der Bezirksrat im hängigen Beschwerdeverfahren bei der Prüfung seiner Zuständigkeit zu beantworten haben. Diesem Entscheid soll hier nicht vorgegriffen werden.

III.

Da der Vater mit seiner Beschwerde unterliegt, hat er die Verfahrenskosten zu tragen. Er hat der Mutter keine Prozessentschädigung zu bezahlen, da ihr in diesem Verfahren keine erheblichen Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Meilen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Meilen, je gegen Empfangsschein.
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 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: