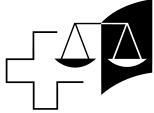


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



5A_574/2022

Urteil vom 11. Mai 2023

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Herrmann, Präsident
Bundesrichter von Werdt, Bundesrichterin De Rossa,
Gerichtsschreiberin Conrad.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Veronika Imthurn,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Esther Küng,
Beschwerdegegner,

C.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Marco Uffer.

Gegenstand
Kindesschutzmassnahmen, Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 21. Juni 2022 (PQ220039-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. A. _____ und B. _____ sind die geschiedenen Eltern von C.A. _____ (geb. 2011). Anlässlich des Scheidungsverfahrens wurde der Mutter die alleinige elterliche Sorge zugewiesen.

A.b. Am 29. Juni 2021 ging bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk U. _____ (KESB) eine Gefährdungsmeldung der Schulleitung der Primarschule V. _____ ein. Nach ersten Abklärungen entzog die KESB der Mutter mit Entscheid vom 19. Januar 2022 superprovisorisch das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C.A. _____ und platzierte das Kind beim Vater. Im Übrigen verzichtete sie auf eine Regelung des persönlichen Verkehrs.

A.c. Am 16. Februar 2022 ernannte die KESB Rechtsanwalt Marco Uffer zum Kindesvertreter von C.A. _____ gemäss Art. 314a bis ZGB.

A.d. Mit Entscheid vom 8. März 2022 bestätigte die KESB den vorsorglichen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter und die Platzierung des Kindes beim Vater; sie erklärte diese Massnahme für vollstreckbar und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

B.

B.a. Dagegen erhob die Mutter am 28. März 2022 Beschwerde beim Bezirksrat U._____.

B.b.

B.b.a. Bereits am 7. März 2022 hatte der Vater beim Bezirksgericht U._____ eine Klage auf Abänderung des Ehescheidungsurteils anhängig gemacht, wovon er die KESB am 31. März 2022 in Kenntnis setzte. Im Verfahren vor dem Bezirksgericht stellten beide Parteien unter anderem vorsorgliche Massnahmebegehren: Der Vater beantragte, C.A._____ sei für die Dauer des Abänderungsverfahrens unter seine alleinige Obhut und unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien zu stellen sowie die von ihm an das Kind und die Mutter zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge seien für die Dauer des Abänderungsverfahrens aufzuheben, eventuell zu sistieren. Die Mutter beantragte namentlich die Abweisung der vorsorglichen Massnahmebegehren des Beschwerdegegners, die Wiederherstellung des Aufenthaltsbestimmungsrechts über C.A._____, eventualiter die dahingehende Abänderung des vorsorglichen Entscheids der KESB vom 8. März 2022, dass der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts über C.A._____ aufgehoben werde.

B.b.b. Am 5. April 2022 teilte das Bezirksgericht der KESB auf telefonischem Weg mit, es nehme sämtliche Kinderbelange im Zuge des Abänderungsverfahrens an die Hand. Daraufhin schloss die KESB mit Entscheid vom 27. April 2022 das Verfahren betreffend die Prüfung von Kindesschutzmassnahmen. Gegen diesen Entscheid führte die Mutter am 30. April 2022 Beschwerde an den Bezirksrat.

B.c. Mit Entscheid vom 27. Mai 2022 wies der Bezirksrat die gegen den vorsorglichen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Platzierung des Kindes beim Vater gerichtete Beschwerde der Mutter (vorne Bst. B.a) ab und bestätigte die Anordnung der KESB vom 8. März 2022 (vorne Bst. A.d).

C.

C.a. Dagegen erhob die Mutter am 10. Juni 2022 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich.

C.b. Dieses führte mit dem Bezirksgericht vorab einen Meinungs- und Informationsaustausch (Art. 317 ZGB). Anschliessend erklärte es sich mit Entscheid vom 21. Juni 2022 für unzuständig zufolge Kompetenzattraktion durch das Bezirksgericht und trat auf die Beschwerde nicht ein (Dispositivziffer 1).

D.

D.a. Mit Beschwerde vom 25. Juli 2022 wendet sich A._____ (Beschwerdeführerin) an das Bundesgericht. Sie beantragt, Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und das Verfahren sei an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Zudem beantragt sie die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor Bundesgericht sowie die Beiordnung ihrer Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin. Ferner beantragt sie, es seien keine Gerichtskosten zu erheben.

D.b. Mit Vernehmlassung vom 23. Januar 2023 hat das Obergericht darauf hingewiesen, dass die "streitgegenständlichen vorsorglichen Massnahmen" vom Bezirksgericht mit Verfügung vom 5. August 2022 (versandt am 23. November 2022) entschieden worden seien und gegenwärtig Gegenstand eines Berufungsverfahrens bildeten. Ebenfalls auf die Verfügung des Bezirksgerichts vom 5. August 2022 verweist der Beschwerdegegner im Rahmen seiner Vernehmlassung vom 23. Januar 2023. Der Kindesvertreter von C.A._____ liess sich am 6. Februar 2023 vernehmen. Er beantragt sinngemäss Nichteintreten und stellt ein Gesuch um Einsetzung als unentgeltlicher Verfahrensvertreter von C.A._____ im Sinn von Art. 314a bis ZGB. Mit Eingabe vom 28. Februar 2023 hat Rechtsanwältin Imthurn eine Kostennote eingereicht.

D.c. Mit Verfügung vom 7. März 2023 hat der Instruktionsrichter den Parteien Gelegenheit gegeben, zu einer allfälligen Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens und den entsprechenden Kostenfolgen Stellung zu nehmen. Der Beschwerdegegner hat sich dazu am 10. März 2023 geäussert. Die Beschwerdeführerin hat am 27. März 2023 eine Stellungnahme eingereicht und mit Eingabe vom 24. April 2023 repliziert sowie eine aktualisierte Kostennote eingereicht.

D.d. Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten eingeholt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf eine gegen den vorsorglichen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts gerichtete Beschwerde nicht eingetreten ist (Art. 75 BGG). Angefochten ist also ein Zwischenentscheid, der praxisgemäss einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; Urteile 5A_164/2022 vom 16. August 2022 E. 1; 5A_524/2021 vom 8. März 2022 E. 1, nicht publ. in: **BGE 148 I 251**). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache. Dort geht es um eine Kindesschutzmassnahme (Art. 310 Abs. 1 ZGB), mithin um einen öffentlich-rechtlichen Entscheid, der in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht steht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG) und keinen Vermögenswert hat. Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel.

1.2.

1.2.1. Zur Beschwerde in Zivilsachen ist nur berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Fällt das aktuelle oder praktische Interesse der beschwerdeführenden Partei nach Einreichung der Beschwerde beim Bundesgericht weg, ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben (**BGE 136 III 497** E. 2.1 mit Hinweis).

1.2.2. Mit vorsorglichem Massnahmeentscheid vom 5. August 2022 stellte das Bezirksgericht die Tochter für die Dauer des Verfahrens auf Abänderung des Ehescheidungsurteils unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien und unter die alleinige Obhut des Beschwerdegegners. Diese Massnahmen gehen weiter als der im vorliegenden Rechtsmittelverfahren umstrittene Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts - als Teilgehalt des elterlichen Sorgerechts (Art. 301a Abs. 1 ZGB; **BGE 144 III 469** E. 4.2.1, in FamPra.ch 2019 S. 264) - und die bloss "Platzierung" der Tochter beim Beschwerdegegner. Selbst wenn sich der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die (vorsorgliche) Platzierung der Tochter beim Vater als unrechtmässig erweisen und der Entscheid der KESB aufgehoben würde, bliebe der Entscheid des Bezirksgerichts und damit sowohl die gemeinsame elterliche Sorge als auch die Unterstellung der Tochter in die alleinige Obhut des Vaters bestehen. Unter diesen Voraussetzungen entfällt das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin am vorliegenden Verfahren. Der Streit um den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrecht ist gegenstandslos geworden und das Verfahren abzuschreiben (**BGE 146 III 416** E. 7.4).

2.

Über die bundesgerichtlichen Prozesskosten eines als gegenstandslos erklärten Rechtsstreits entscheidet das Bundesgericht (Art. 32 Abs. 2 BGG) mit summarischer Begründung aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Abschreibungsgrundes (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP; Urteil 5A_146/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 2.1 mit Hinweisen). Zum mutmasslichen Prozessausgang ergibt sich was folgt:

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV, indem das Obergericht mangels Zuständigkeit auf ihr Rechtsmittel nicht eingetreten ist.

2.2. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Die Verfassungsnorm garantiert jedermann ein Recht darauf, dass sein ordnungsgemäss eingereichtes Begehren regelmässig geprüft wird. Dieses Recht wird verletzt, wenn eine Behörde auf eine Eingabe fälschlicherweise nicht eintritt (**BGE 144 II 184** E. 3.1; **141 I 172** E. 5; **135 I 6** E. 2.1) oder eine solche ausdrücklich oder stillschweigend nicht an die Hand nimmt und behandelt, obwohl sie dazu verpflichtet wäre (**BGE 103 V 190** E. 3a; **87 I 241** E. 3; Urteile 5A_995/2017 vom 13. Juli 2018 E. 3.3; 2C_866/2017 vom 7. März 2018 E. 4). Das Bundesgericht prüft frei, ob eine formelle Rechtsverweigerung und damit eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV vorliegt (**BGE 144 II 184** E. 3.1).

2.3. In der Erwägung 4.3 des angefochtenen Entscheids erklärt das Obergericht, "vorliegend [seien] superprovisorische Begehren zu beurteilen." Dies trifft zu, soweit es damit die vor Obergericht gestellten Begehren um superprovisorische Übergabe der Tochter in die Obhut der Beschwerdeführerin wie auch die Wiederanordnung der sozialpädagogischen Familienbegleitung für die Beschwerdeführerin geht. Diese

Qualifikation gilt indes nicht für den - hier hauptsächlich streitgegenständlichen - vorsorglichen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Platzierung des Kindes beim Beschwerdegegner. Wohl hat die KESB den Entzug und die Platzierung am 19. Januar 2022 superprovisorisch angeordnet. Sie hat diese Massnahme jedoch nach Anhörung aller Verfahrensbeteiligten (Entscheid der KESB vom 8. März 2022, Sachverhalt Ziff. 14-17) am 8. März 2022 bestätigt. Damit ist eine vorsorgliche Massnahme zu beurteilen und kommt die Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von superprovisorischen Massnahmen (vgl. dazu **BGE 139 III 516** E. 1.1 mit Hinweisen) nicht zur Anwendung.

2.4.

2.4.1. Grundsätzlich ist die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen (Art. 315 Abs. 1 ZGB). Sie kann alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen treffen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB). Gegen Entscheide der Kindesschutzbehörde über vorsorgliche Massnahmen kann innert zehn Tagen nach deren Mitteilung Beschwerde erhoben werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 ZGB).

2.4.2. Ist ein Gericht mit einem Eheschutz- oder einem Ehescheidungsverfahren befasst, trifft es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Das Gericht ist an vorbestehende Kindesschutzmassnahmen gebunden (**BGE 125 III 401** E. 2b/ee), kann diese aber neuen Verhältnissen anpassen (Art. 315a Abs. 2 ZGB). Hat die Kindesschutzbehörde indes vor Rechtshängigkeit des gerichtlichen Verfahrens ein Kindesschutzverfahren eingeleitet, ist sie "befugt" ("demeure compétente"; "spetta tuttavia"), dieses weiterzuführen (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB).

Tritt *nach* Abschluss eines ehegerichtlichen Verfahrens neu oder erneut Handlungsbedarf zum Schutz des Kindes auf, ist nach der Grundregel (Art. 315 Abs. 1 ZGB) die Kindesschutzbehörde zuständig, da in dieser Situation keine gerichtliche Zuständigkeit nach Art. 315a Abs. 1 oder 2 ZGB (mehr) besteht (BREITSCHMIED, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch Bd. I, 7. Aufl. 2022, N. 10a zu Art. 315 - Art. 315b ZGB).

2.4.3. Zur Abänderung gerichtlicher Anordnungen über die Kindeszurechnung und den Kindesschutz ist das Gericht zuständig, während des Scheidungsverfahrens (Art. 315b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), im Verfahren zur Abänderung des Scheidungsurteils gemäss den Vorschriften über die Ehescheidung (Art. 315b Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) sowie im Verfahren zur Abänderung von Eheschutzmassnahmen, wobei die Vorschriften über die Ehescheidung sinngemäss anwendbar sind (Art. 315b Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). In den übrigen Fällen - namentlich zur Abänderung kindesschutzbehördlicher Anordnungen - ist die Kindesschutzbehörde zuständig (Art. 315b Abs. 2 ZGB). Obwohl das Gesetz dies im Kontext der Abänderungsverfahren nicht ausdrücklich wiederholt, bleibt die Kindesschutzbehörde befugt, ein vor einem gerichtlichen Abänderungsverfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen.

2.4.4. Nach dem Ausgeführten war die KESB für den Erlass der streitgegenständlichen vorsorglichen Massnahme vom 8. März 2022 sachlich zuständig. Davon geht auch das Obergericht aus.

2.5.

2.5.1. Nach Auffassung des Obergerichts ist die Zuständigkeit für die Anordnung allfälliger Kindesschutzmassnahmen mit der Anhängigmachung des Verfahrens auf Abänderung des Ehescheidungsurteils am 7. März 2022 grundsätzlich auf das Bezirksgericht übergegangen. Ob diese Auffassung zutrifft, ist Gegenstand eines von der Beschwerdeführerin gegen den Abschreibungsbeschluss der KESB vom 27. April 2022 ergriffenen Rechtsmittels (Sachverhalt Bst. B.b.b.); das Bundesgericht will an dieser Stelle dem Ausgang desselben nicht vorgreifen, zumal dieser für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung ist, denn: Selbst wenn die Zuständigkeit für den Erlass von Kindesschutzmassnahmen auf das Bezirksgericht übergegangen sein sollte, stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Schicksal der zuständigkeitshalber von der KESB angeordneten vorsorglichen Massnahme vom 8. März 2022. Nachdem die KESB ihre vorsorgliche Massnahme für vollstreckbar erklärte und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog (Sachverhalt Bst. A.d.), entfaltet sie die beabsichtigte Wirkung, und zwar so lange, bis sie abgeändert, aufgehoben oder durch den Entscheid in der Hauptsache ersetzt wird. Dass letzteres der Fall gewesen wäre, ergibt sich weder aus dem angefochtenen Entscheid noch aus jenem des Bezirksgerichts vom 5. August 2022.

2.5.2. Gegen Entscheide der Kindesschutzbehörde über vorsorgliche Massnahmen kann innert zehn Tagen nach deren Mitteilung Beschwerde erhoben werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 3 ZGB). Die Tatsache, dass von der Kindesschutzbehörde angeordnete vorsorgliche Massnahmen nur für beschränkte Zeit Wirkung entfalten, nämlich bis zum Entscheid über die definitive Anordnung einer Kindesschutzmassnahme, schliesst das Interesse an der Ergriffung eines Rechtsmittels nicht aus; eine

gegenteilige Meinung ist unhaltbar (Urteil 5C.78/2003 vom 25. August 2003 E. 2.3; MEIER, in: Commentaire Romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2018, N. 19 zu Art. 315-315 b ZGB). Dies gilt selbstredend auch dann, wenn die sachliche Zuständigkeit für den (definitiven) Erlass von Kinderschutzmassnahmen von der KESB auf das Bezirksgericht übergegangen sein soll. Die (sachliche) Zuständigkeit der Rechtsmittelbehörden beurteilt sich nach dem angefochtenen Entscheid. War die KESB - wie hier - für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme sachlich zuständig, sind es auch die für die Beurteilung eines vorsorglichen Massnahmenentscheids vorgesehenen Rechtsmittelinstanzen. Der Wegfall der sachlichen Entscheidzuständigkeit in der Hauptsache vermag daran nichts zu ändern. Insofern das Obergericht seine sachliche Zuständigkeit allein zufolge des Übergangs derselben von der KESB auf das Bezirksgericht verloren haben will, ist sein Entscheid offensichtlich unhaltbar.

2.6. Das Obergericht führt indes noch aus, die Beschwerdeführerin habe vor Bezirksgericht identische Begehren formuliert, wie sie dem Bezirksrat bzw. ihm selber unterbreitet habe.

2.6.1. Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen kommt eine beschränkte Rechtskraft zu. Bei gegebenen Voraussetzungen - eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil der die Massnahme anordnenden Behörde die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren - können sie zwar für die Zukunft abgeändert werden, eine rückwirkende Abänderung oder Aufhebung bedarf aber einer Aufhebung der (materiellen) Rechtskraft durch ein Revisionsverfahren. Einem neuen Gesuch (wie auch einer neuen Beurteilung) steht der Einwand der *res iudicata* entgegen, wenn es auf dem völlig gleichen Sachverhalt beruht (zum Ganzen: **BGE 141 III 376** E. 3.3.4).

2.6.2. Wie bereits ausgeführt, lag die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen vom 8. März 2022 in der (sachlichen) Zuständigkeit der KESB (E. 2.4.4). Selbst wenn die sachliche Zuständigkeit für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen auf das Bezirksgericht übergegangen ist, kann dieses nur erneut über den vorsorglichen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts befinden, wenn sich die Verhältnisse wesentlich und dauernd verändert haben oder sich herausstellt, dass der Entscheid im Ergebnis nicht gerechtfertigt war, weil der KESB die massgeblichen Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Solches ergibt sich indes nicht aus dem angefochtenen Entscheid; das Bezirksgericht hat diese Frage in seinem Entscheid vom 5. August 2022 ausdrücklich verneint. Mithin gibt es - entgegen der Auffassung des Obergerichts - zu dieser Frage keine konkurrierende Zuständigkeit. Vielmehr waren der Bezirksrat und das Obergericht (sachlich) zuständig, über das von der Beschwerdeführerin ergriffene Rechtsmittel zu befinden. Mit der Weigerung, auf die Beschwerde vom 10. Juni 2022 einzutreten, hat das Obergericht das Recht im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV verweigert. Damit hätte die Beschwerde, wäre sie nicht gegenstandslos geworden, mutmasslich gutgeheissen werden müssen.

3. Bei diesem (mutmasslichen) Ergebnis hätte die Beschwerdeführerin obsiegt. Dementsprechend hat der Beschwerdegegner für die Gerichtskosten, unter Einschluss der Kosten des Kindesvertreters in der beantragten Höhe von Fr. 1'445.55 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer; vgl. Urteile 5A_722/2020 vom 13. Juli 2021 E. 5.1; 5A_637/2018 vom 22. Mai 2019 E. 9.1), aufzukommen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem mutmasslichen Verfahrensausgang entsprechend hat der Beschwerdegegner sodann die Beschwerdeführerin zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin hat eine aktualisierte Kostennote eingereicht. Das beantragte Honorar erscheint als angemessen. Der Beschwerdegegner hat somit die Beschwerdeführerin mit Fr. 4'899.10 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege wird damit gegenstandslos und ist abzuschreiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.** Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
- 2.** Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
- 3.** Die Gerichtskosten von Fr. 3'500.-- (einschliesslich der Entschädigung des Kindesvertreters) werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4.
Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'899.10 zu entschädigen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien, C.A. _____ und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 11. Mai 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Die Gerichtsschreiberin: Conrad