

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NA120011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-  
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## Urteil und Beschluss vom 26. April 2012

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

gesetzlich vertreten durch B.\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

sowie

1. **Vormundschaftsbehörde der Stadt C.**\_\_\_\_\_,

2. **D.**\_\_\_\_\_-Stiftung,

Verfahrensbeteiligte,

betreffend

### **Einweisung in eine Anstalt / Obhutsentzug**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. März 2012 (FF120012)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Vormundschaftsbehörde der Stadt C.\_\_\_\_\_ ordnete mit Beschluss vom 28. Februar 2012 (act. 6) gestützt auf Art. 310 Abs. 1 und 2 ZGB in Verbindung mit Art. 314a ZGB die Unterbringung des am tt.mm.1998 geborenen Berufungsklägers in der D.\_\_\_\_\_ -Stiftung an und hob die elterliche Obhut der allein sorgeberechtigten Mutter des Berufungsklägers auf (vgl. Dispositivziffer 1).

1.2. Der Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, verlangte darauf rechtzeitig beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur die gerichtliche Beurteilung dieses Entscheides (vgl. act. 1).

1.3. In einer Verfügung vom 13. März 2012 (act. 3) zog das Einzelgericht in Betracht, dass sich angesichts des Alters des Berufungsklägers die Frage der Aktivlegitimation stelle. Die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers habe unter anderem geltend gemacht, sie sei gemäss Dispositivziffer 2 des Beschlusses der Vormundschaftsbehörde der Stadt C.\_\_\_\_\_ vom 28. Februar 2012 als Vertretungsbeiständin gestützt auf Art. 306 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 392 Ziff. 2 ZGB eingesetzt worden, weshalb sie namens und im Auftrag des Berufungsklägers das Begehren um gerichtliche Beurteilung stellen könne (act. 3 S. 2 mit Hinweis auf act. 1 S. 4). Das Einzelgericht setzte der Vormundschaftsbehörde der Stadt C.\_\_\_\_\_ mit der erwähnten Verfügung eine Frist von zwei Tagen an, um sich schriftlich zur Aktivlegitimation des Berufungsklägers und insbesondere zur Aufgabe der Rechtsvertreterin gemäss Dispositivziffer 2 des vormundschaftsbehördlichen Beschlusses vom 28. Februar 2012 zu äussern (act. 3 S. 2). Die Vormundschaftsbehörde kam der Aufforderung mit Eingabe vom 15. März 2012 (act. 15) rechtzeitig nach. In derselben wies sie darauf hin, sie sei bei der Bestellung der Rechtsbeiständin nicht von einem Interessenkonflikt im Sinne von Art. 306 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 392 Ziff. 2 ZGB ausgegangen, etwas Entsprechendes lasse sich auch nicht aus ihrem Beschluss ableiten. Insbesondere verfüge die Rechtsbeiständin nicht über mehr rechtliche Möglichkeiten als das Kind selbst (vgl. act. 15 S. 1 f.). Zur Eingabe der Vormundschaftsbehörde nahm die Rechtsvertre-

terin des Berufungsklägers mit Zuschrift vom 21. März 2012 (act. 9) innert der mit Verfügung vom 19. März 2012 (act. 7) angesetzten Frist Stellung (vgl. act. 8/1).

1.4. Mit Verfügung vom 30. März 2012 (act. 10 = act. 13 = act. 15) trat das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur auf das Gesuch des Berufungsklägers nicht ein (vgl. Dispositivziffer 1). Es gewährte dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihm in der Person seiner Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin (vgl. Dispositivziffer 3). Überdies setzte das Einzelgericht die Entscheidgebühr auf Fr. 400.-- fest (vgl. Dispositivziffer 2), auferlegte sie dem Berufungskläger und ordnete an, dass diese zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sei (vgl. Dispositivziffer 4).

1.5. Der Berufungskläger erhob darauf mit Eingabe vom 5. April 2012 (Datum Poststempel; act. 14) fristgemäss Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (vgl. act. 11/1). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (vgl. § 186 Abs. 1 GOG).

## 2. Unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Der Berufungskläger ersucht für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und um Bestellung seiner Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin (vgl. act. 14 S. 2).

2.2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 125 II 275). Die unentgeltliche Rechts-

pflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.3. Die Berufung des Berufungsklägers ist mit Hinblick auf eine in der Literatur vertretene Auffassung und die anstehende Revision des Zivilgesetzbuches (vgl. Ziffer 3 hiernach) nicht als von vornherein aussichtslos zu bezeichnen. Aufgrund der vorhandenen Akten ist davon auszugehen, dass der minderjährige Berufungskläger nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die Kosten dieses Verfahrens und seine Rechtsverteidigung zu bestreiten. Überdies war er für das Verfassen der Berufungsschrift auf die Unterstützung seiner Rechtsvertreterin angewiesen. Es ist ihm deshalb die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

### 3. Zur Legitimation des Berufungsklägers

3.1. Nicht nur die Vorinstanz (vgl. act. 10 S. 2), sondern auch der Berufungskläger selbst (vgl. act. 1 S. 3) hat richtig erkannt, dass ein Kind, welches das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, gemäss Art. 314a Abs. 2 ZGB bezüglich seiner Anstaltseinweisung nicht selber eine gerichtliche Beurteilung verlangen kann. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann der 13-jährige Berufungskläger folglich nicht selbst ins Verfahren eingreifen, und zwar selbst dann nicht, wenn er mit Bezug auf die Problemstellung urteilsfähig sein sollte (vgl. Urteil 5A\_503/2010 des Bundesgerichts vom 28. März 2011, Erw. 3.2).

3.2. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der neue Art. 439 ZGB, welcher am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird, keine Altersbeschränkung mehr enthält (vgl. Änderung vom 19. Dezember 2008, AS 2011 725). Die Legitimation des Berufungsklägers ist nach dem heute geltenden Recht zu beurteilen, ungeachtet dessen, dass er dieses als inhaltlich unrichtig und sachlich nicht nachvollziehbar erachtet (vgl. act. 14 S. 4).

3.3. Der Berufungskläger hat im vorinstanzlichen Verfahren insoweit richtig bemerkt, dass Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989; SR 0.107) direkt anwendbar ist (vgl. act. 1 S. 3). Dieser statuiert, dass die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, seine eigene Meinung zu bilden, das Recht zusichern, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (vgl. Art. 12 Abs. 1). Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden (vgl. Art. 12 Abs. 2).

Der Berufungskläger verfügte folglich über den Anspruch, vor Erlass des Beschlusses der Vormundschaftsbehörde vom 28. Februar 2012 angehört zu werden. Nur wenn das (höchstpersönliche) Recht des urteilsfähigen Berufungsklägers auf Anhörung und Berücksichtigung seiner Meinung in altersgerechter Form verletzt worden wäre, wäre ihm die Möglichkeit zuzugestehen, dieses selber gerichtlich geltend zu machen (vgl. ZR 101 Nr. 43). Eine solche Konstellation ist vorliegend nicht gegeben, da sich der Berufungskläger im Rahmen einer Anhörung zur Sache äussern konnte und seinem Anliegen bei der Entscheidungsfindung auch Rechnung getragen wurde (vgl. act. 1 S. 12 und S. 13 sowie act. 6 S. 3). Darüber hinaus vermag Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention dem Berufungskläger keine Legitimation zu verschaffen, auch wenn in der Literatur vereinzelt eine andere Auffassung vertreten wird (vgl. Affolter, in: ZVW 2006 S. 247 ff., S. 248).

3.4. Schliesslich bleibt zu bemerken, dass auch der vom Berufungskläger geltend gemachte Interessenkonflikt zwischen ihm und seiner Mutter als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge (vgl. act. 1 S. 3 und S. 4 sowie act. 9 S. 4) keine Auswirkungen auf seine (fehlende) Legitimation hat. Den in diesem Zusammenhang vorgetragenen Beanstandungen des vorinstanzlichen Entscheides (vgl. act. 14 S. 5 f.) kommt daher von vornherein keine Relevanz zu, weshalb es sich erübrigt, näher darauf einzugehen. Ebenso spielt es keine Rolle, ob Rechtsanwält-

tin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ von der Vormundschaftsbehörde mit Beschluss vom 28. Februar 2012 als Vertretungsbeiständin des Berufungsklägers ernannt wurde, wie es von diesem und seiner Rechtsvertreterin behauptet wird (vgl. act. 1 S. 4, act. 9 S. 3 ff. und act. 14 S. 6 ff.). Der Umstand allein, dass eine Partei durch eine Drittperson vertreten wird, vermag ihre fehlende Legitimation nicht zu beheben. In diesem Sinne haben bereits die Vormundschaftsbehörde und die Vorinstanz richtig bemerkt, dass eine Verfahrensvertretung nicht über mehr rechtliche Möglichkeiten verfügen kann als die Partei selbst (vgl. act. 5 S. 2 und act. 10 S. 3).

3.5. Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht mangels Legitimation des Berufungsklägers auf sein Gesuch vom 8. März 2012 nicht eingetreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang war es auch korrekt, dass die Vorinstanz dem Berufungskläger eine Entscheidgebühr von Fr. 400.-- auferlegt, diese jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen hat (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO und § 176 GOG). Es ist dem rechtskundig vertretenen Berufungskläger nicht beizupflichten, dass er aufgrund der Formulierung von Dispositivziffer 2 des Beschlusses der Vormundschaftsbehörde vom 28. Februar 2012 (vgl. act. 6 S. 4) in guten Treuen dazu veranlasst war, das vorinstanzliche Verfahren (in seinem eigenen Namen) einzuleiten (vgl. act. 14 S. 20). Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, um – abweichend von der Regel gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO – die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Vormundschaftsbehörde aufzuerlegen oder auf die Gerichtskasse zu nehmen, wie es vom Berufungskläger gefordert wird (vgl. act. 14 S. 20).

#### 4. Zur Legitimation von Rechtsanwältin lic. iur. X.

4.1. Gemäss Art. 397d Abs. 1 in Verbindung mit Art. 314a Abs. 1 ZGB kann auch eine nahe stehende Person des Berufungsklägers das Gericht anrufen. Dieser kommt von Gesetzes wegen die erforderliche Legitimation und volle Parteistellung zu, weshalb sie unter Umständen auch kostenpflichtig werden kann (vgl. BSK ZGB-Geiser, Art. 397d N13).

4.2. Vorliegend ist zu beachten, dass Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ innert der gesetzlichen Frist von zehn Tagen nicht in eigenem Namen als Partei, sondern (lediglich) als Vertreterin des Berufungsklägers ein Gesuch um gerichtliche Beurteilung gestellt hat (vgl. act. 1). Es kann hier deshalb offen bleiben, ob Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als nahe stehende Person im Sinne von Art. 397d Abs. 1 ZGB zu qualifizieren wäre (vgl. act. 1 S. 3 und act. 14 S. 9 f.).

## 5. Fazit

Aufgrund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist deshalb abzuweisen, und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 184 Abs. 1 GOG).

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entgegen der von ihm vertretenen Auffassung erscheint es nicht gerechtfertigt, die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen oder der Vormundschaftsbehörde aufzuerlegen, weil er und seine Rechtsvertreterin in guten Treuen davon ausgehen durften, dass diese als Vertretungsbeiständin eingesetzt worden sei (vgl. act. 14 S. 20). Selbst wenn das geltend gemachte Vertrauen begründet gewesen wäre, was unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Vormundschaftsbehörde vom 15. März 2012 (act. 5) und des vorinstanzlichen Entscheides (act. 10 S. 2 ff.) als fraglich erscheint, so hätte dem rechtskundig vertretenen Berufungsklägers klar sein müssen, dass die Frage der Vertretung unabhängig von derjenigen seiner Legitimation zu beantworten ist.

6.2. Den Verfahrensbeteiligten sind im Zusammenhang mit dem Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 184 Abs. 1 GOG). Es ist daher für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. März 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Es wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger und die Verfahrensbeteiligten sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur, 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 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: