

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 4. April 2012

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,
Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y._____

betreffend **Rechtsverzögerung / Kindesschutzmassnahme nach Art. 308 mit
Obhutsentzug nach Art. 310 ZGB**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates Zürich vom 1. März 2012
i.S. C._____, geb. tt.mm.2001; VO.2012.198**

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C._____, geb. tt. mm 2001. Die Berufungsbeklagte ist alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge. Mit Beschluss vom 27. Juli 2011 entzog die Vormundschaftsbehörde der Stadt Z._____, ..., gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 314a ZGB der Berufungsbeklagten die elterliche Obhut über C._____ und ordnete als superprovisorische Massnahme dessen Unterbringung im Kinderheim D._____ an (act. 8/28). Die Berufungsbeklagte entzog sich dieser Massnahme, indem sie sich mit C._____ und ihren zwei weiteren Kindern E._____ (geb. tt. mm 2005) und F._____ (geb. tt. mm 2009) nach W._____ [Land in Europa] begab. Nach ihrer Rückkehr in die Schweiz am 22. November 2011 wurde der Berufungsbeklagten der superprovisorische Obhutsentzug eröffnet und umgesetzt: C._____ wurde zusammen mit seinen beiden Stiefgeschwistern am 28. November 2012 im Kinderheim D._____ platziert (act. 98 und 99). Die Berufungsbeklagte begab sich in stationäre psychiatrische Behandlung in die G._____ [Klinik].

2. Bereits am 23. Juni 2011 hatte der Berufungskläger gegenüber der Vormundschaftsbehörde erklärt, dass er C._____ gerne bei sich hätte (act. 8/21). Am 28. Juni 2011 wurde ihm der Eingang seines Schreibens bestätigt und mitgeteilt, dass nach Eingang der Stellungnahme der Beiständin weitere Abklärungen in Betracht gezogen würden und dann mit ihm, dem Berufungskläger, Kontakt aufgenommen werde (act. 8/22).

Mit Eingabe vom 22. November 2011 liess der Berufungskläger u.a. beantragen, es sei der Berufungsbeklagten die elterliche Sorge zu entziehen und diese ihm zu übertragen und im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei in Abänderung des Beschlusses vom 27. Juli 2011 bezüglich Obhutsentzug C._____ nicht im D._____ zu platzieren, sondern unter seine Obhut zu stellen (act. 8/91). Am 1. Dezember 2011 beantragte der Berufungskläger den Erlass superprovisorischer Massnahmen mit dem Antrag C._____ unverzüglich bei ihm zu platzieren (act. 8/109). Mit Schreiben vom 6. Dezember 2011 an die Parteien und ihre

Rechtsvertreter wies die Vormundschaftsbehörde auf die Notwendigkeit einiger professioneller Abklärungen hin und informierte über das weitere Vorgehen (act. 8/113).

Sie hatte am 1. Dezember 2011 aufgrund des eingegangenen Antrages vom 22. November 2011 auf Umteilung der elterlichen Sorge das Sozialzentrum H._____ ersucht, die Lebensverhältnisse bzw. die Eignung beider Elternteile abzuklären und zu prüfen, welchem Elternteil längerfristig unter Wahrung des Kindeswohls die Obhut über C._____ zuzuteilen sei und den Bericht bis spätestens 15. März 2012 zu erstellen (act. 8/104).

3. Am 10. Januar 2012 beantragte die Beiständin die Umplatzierung von C._____, E._____ und F._____ vom Kinderheim D._____ in die ... I._____ der Institution J._____ mit der Auflage, dass die Kindsmutter während 8-12 Monaten in der ... I._____ der Institution J._____ verbleibe (mit der Option auf Verlängerung) und dass sie eine ambulante Therapie gemäss Anmeldung der G._____ aufnehme (act. 8/124). Mit Beschluss vom 24. Januar 2012 bestätigte die Vormundschaftsbehörde nach Anhörung der Parteien und der Kinder die am 27. Juli 2011 angeordnete superprovisorische Aufhebung der elterlichen Obhut und ordnete die Unterbringung von C._____ (und der beiden weiteren Kinder) im Kinderheim J._____ als vormundschaftsbehördlich an (act. 8/138).

4. Noch bevor der Entscheid dem Berufungskläger zuging, erhob dieser am 26. Januar 2012 "Rechtsverzögerungsbeschwerde / Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen" beim Bezirksrat (act. 7/8/1) und verlangte, der Berufungsbeklagten die Obhut superprovisorisch zu entziehen und ihm zu übertragen mit der Auflage, bis zum definitiven Entscheid C._____ in der gleichen Schule zu belassen. Sodann beantragte er ein grosszügiges Besuchsrecht für die Berufungsbeklagte sowie die umfassende unentgeltliche Rechtspflege (act. 8/143). Gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 24. Januar 2012 erhob der Berufungskläger am 6. Februar 2012 rechtzeitig Beschwerde (act. 7/2). Er beantragte die Aufhebung der Platzierung von C._____ im Kinderheim J._____ und die Obhutzuteilung an sich sowie die Vereinigung der Beschwerde mit sei-

ner Beschwerde vom 26. Januar 2012. Ebenso beantragte er die umfassende unentgeltliche Rechtspflege auch in diesem Beschwerdeverfahren.

Nach Eingang der Vernehmlassungen (act. 7/4 und 7/8/4) sowie der Beschwerdeantwort (act. 7/6) beschloss die Vorinstanz am 1. März 2012 die Vereinigung der beiden Beschwerden vom 26. Januar und 6. Februar 2012 (act. 6 Dispositiv Ziff. I). Die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung schrieb sie ab, soweit darauf einzutreten sei (act. 6 Dispositiv Ziff. II), auf die Beschwerde gegen die Platzierung des Kindes im Kinderheim J. _____ trat sie nicht ein (act. 6 Dispositiv Ziff. III) und den Antrag auf unentgeltliche Rechtsverteidigung wies sie ebenfalls ab (act. 6 Dispositiv Ziff. IV). Kosten wurden keine erhoben und Entschädigungen keine zugesprochen (act. 6 Dispositiv Ziff. VI und VII).

Am 15. März 2012 erhob der Berufungskläger Berufung gegen diesen Entscheid (act. 2). Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (act. 2 Ziff. 1) sowie die Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen und im Berufungsverfahren (act. 2 Ziff. 2 und 3); dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten (act. 2 Ziff. 4).

II. Erwägungen

1. Gegen die Entscheide der Bezirksräte in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 90 - 456 ZGB) sind gemäss §§ 187ff. GOG die Rechtsmittel der ZPO zulässig. Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den Bestimmungen der Berufung gemäss Art. 308ff. ZPO. Die Berufung ist innert 10 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung schriftlich und mit Antrag und Begründung einzureichen und es kommt ihr vorbehältlich gegenteiliger Anordnung des Bezirksrates oder der Rechtsmittelinstanz aufschiebende Wirkung zu (§§ 188 und 189 GOG).

2. Die Berufung vom 15. März 2012 gegen den dem Berufungskläger am 5. März 2012 zugestellten Entscheid erweist sich ohne weiteres als rechtzeitig (act. 2 i.V.m. act. 7/11).

3. In der Berufungsbegründung erklärt der Berufungskläger ausdrücklich, dass sich seine Berufung nur noch gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung richte (act. 2 S. 5). Der ohne diese Einschränkung formulierte Berufungsantrag Ziff. 1, gemäss welchem die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses beantragt wird, ist damit materiell so zu verstehen, dass er sich auf die Aufhebung von Dispositiv Ziff. IV und VI beschränkt. Für die Ziff. I - III bzw. V und VII fehlte es an einer Begründung bzw. Beschwer, weshalb insoweit auf Ziff. 1 der Berufung nicht einzutreten ist.

4. Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, ist von der Einholung einer Vernehmlassung der Vorinstanzen sowie der Einholung einer Berufungsantwort abzusehen (§ 191 GOG und Art. 312 ZPO). Da das Verfahren einzig die unentgeltliche Rechtsverteidigung betrifft, ist auch auf die Einholung eines Prozesskostenvorschusses zu verzichten.

5.1. Für das vorinstanzliche Verfahren richtet sich der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach § 16 VRG. Danach haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheinen, Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VRG).

5.2. Die Vorinstanz ist aufgrund der Akten (act. 8/76) von der Mittellosigkeit des Berufungsklägers ausgegangen. Sie hat die Begehren des Berufungsklägers indes sowohl für die Beschwerde vom 26. Januar 2012 (act. 7/8/1) wie auch für diejenige vom 6. Februar 2012 (act. 7/1) wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen (act. 6 S. 8 ff.). Sie hielt dafür, dass sie für die Beschwerde gegen die Umplatzierung von C. _____ ins Kinderheim J. _____ nicht zuständig sei. Was die Rechtsverzögerungsbeschwerde betreffe, sei der beantragte Obhutsentzug bereits mit Beschluss vom 27. Juli 2011 erfolgt gewesen und mit Bezug auf die Obhutszuweisung an den Berufungskläger sei klar gewesen, dass die Vormundschaftsbehörde zunächst weitere Abklärungen habe treffen wollen. Anstelle einer Rechtsverzögerungsbeschwerde hätte der rechtskundig vertretene Berufungskläger diesbezüglich einen anfechtbaren Entscheid verlangen müssen. Selbst wenn die

Aussichtslosigkeit aber zu verneinen wäre, fehlte es an der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung. Ein kurzes Schreiben an den Bezirksrat mit dem Ersuchen, dafür besorgt zu sein, dass die Vormundschaftsbehörde einen Entscheid über die vorsorglich beantragte Massnahme fälle, hätte genügt (act. 6 S. 8/9).

5.3. Der Berufungskläger macht in der Berufungsbegründung geltend, dass die Rechtsverzögerungsbeschwerde verfasst worden sei, bevor ihm der Beschluss vom 24. Januar 2012 zugestellt worden war. Mit der Beschwerde habe nicht in erster Linie eine Rechtsverzögerung gerügt werden wollen. In der klaren Hauptsache sei beabsichtigt worden, die drohende Umplatzierung von C. _____ vom D. _____ ins J. _____ zu verhindern und zu erreichen, dass C. _____ nunmehr unter seine Obhut gestellt werde, zumal zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden musste, dass C. _____ erneut unter die Obhut der Berufungsbeklagten gestellt werde, was dann mit der Lösung J. _____ faktisch auch geschehen sei. Die Vorinstanz stelle implizit nicht in Abrede, dass die Rüge des Berufungsklägers gerechtfertigt gewesen sei, wenn sie darauf hinweise, dass ein kurzes Schreiben an sie mit dem Ersuchen auf beförderliche Behandlung genügt hätte (act. 2 S. 5).

Die Vorinstanz hat die Aussichtslosigkeit der Beschwerde zu Recht nicht damit begründet, dass diese mit dem Entscheid der Vormundschaftsbehörde vom 24. Januar 2012 gegenstandslos geworden sei. Im Zeitpunkt, als der Berufungskläger seine Beschwerde verfasste, war ihm dieser Entscheid noch nicht zugegangen. In der Sache ging es dem Berufungskläger – wie er auch im Berufungsverfahren wieder ausführen lässt (act. 2 S. 4) – darum, dass der Obhutsentscheid über C. _____ umgehend in seinem Sinn entschieden würde; dies nachdem ihm anlässlich der Besprechung mit der Waisenrätin vom 19. Januar 2012 begründet worden war, weshalb diese den Antrag der Beiständin vom 13. Januar 2012 (act. 8/124) auf Umplatzierung von C. _____ ins Kinderheim J. _____ unterstütze. Seine Anträge hatte er in der mit "Rechtsverzögerungsbeschwerde / Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen" überschriebenen Beschwerde vom 26. Januar 2012 denn auch entsprechend formuliert. Der von ihm in Ziff. 1 beantragte Obhutsentzug gegenüber der Berufungsbeklagten war allerdings bereits mit Beschluss vom 27. Juli 2011 ergangen, so dass es der Beschwerde insoweit an ei-

nem rechtlich schützenswerten Interesse zum vornherein fehlte. Die Obhutszuweisung an ihn selbst (Ziff. 2) war sodann Sache der Vormundschaftsbehörde, an welche er denn auch formell bereits am 22. November 2011 und wieder am 1. Dezember 2011 gelangt war (act. 8/91 und 8/109). Seitens der Vormundschaftsbehörde war ihm Anfang Dezember 2011 erläutert worden, dass für den Entscheid Abklärungen vorzunehmen seien, welche im März 2012 abgeschlossen sein sollten. Wie der Berufungskläger in der Berufungsbegründung selbst erklärt, hoffte er auf eine schnelle solche Abklärung und akzeptierte, dass die Vormundschaftsbehörde so lange nicht über seinen superprovisorischen Antrag entschied (act. 2 S. 4). Erst als sich im Januar 2012 für ihn abzeichnete, dass eine Lösung J. _____ im Raum stand, worüber er informiert wurde, entschloss er sich – noch bevor er einen solchen Entscheid erhielt – zur Beschwerde. Es ging ihm damit, wie sich aus den Akten und seinen eigenen Ausführungen klar ergibt, nicht darum, eine Verzögerung zu rügen, für die er eine Erklärung (Abklärung der Verhältnisse) erhalten hatte, welche er (wenn auch vielleicht nicht gerne) akzeptiert hatte. Vielmehr wollte er eine Entscheidung in seinem Sinne erwirken. Dieser Entscheid hätte indes nicht von der Beschwerdeinstanz, sondern von der Vormundschaftsbehörde verlangt werden müssen. In der Beschwerde an den Bezirksrat brachte der Berufungskläger nicht vor, dass und weshalb an dieser Zuständigkeitsordnung etwas verändert sei und weshalb die Beschwerdeinstanz über die Obhutszuweisung an ihn hätte befinden sollen. Diese hätte dem Antrag zum vornherein nicht folgen können. Damit war auch die in der Beschwerde in Ziff. 2 beantragte Obhutszuweisung an ihn aussichtslos.

5.4. Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 24. Januar 2012 bestätigte diese in Anwendung von Art. 310 in Verbindung mit Art. 314a ZGB den Obhutsentzug gegenüber der Berufungsbeklagten und sie ordnete die Unterbringung von C. _____ im Kinderheim J. _____ vormundschaftsbehördlich an. Sie hielt sodann fest, dass das Kind von diesem Ort ohne vorgängige Zustimmung der Vormundschaftsbehörde der Stadt Z. _____ weder weggehen noch weggenommen werden dürfe (act. 7/1 S. 4).

Entgegen der Rechtsmittelangabe in dieser Entscheidung erhob der Berufungskläger hiegegen ebenfalls Beschwerde und beantragte mitunter die Aufhebung des Platzierungsentscheides. Zur Begründung verwies er weitgehend auf die Begründung der Beschwerde vom 26. Januar 2012 (act. 7/2). Die Vorinstanz trat auf die Beschwerde mangels Zuständigkeit nicht ein und erachtete sie deshalb auch als aussichtslos. Sie legte dar, dass für die Umplatzierung von C._____ gestützt auf Art. 314a ZGB die Vorschriften über die gerichtliche Beurteilung und das Verfahren bei fürsorgerischer Freiheitsentziehung gelte, weshalb nicht die Beschwerdeinstanz anzurufen sei, sondern das Gericht (act. 6 S. 6 f. und S. 8).

Im Berufungsverfahren bestreitet der Berufungskläger, dass es sich bei der Wohngruppe J._____ um eine Anstalt im Sinne von Art. 314a ZGB handle und damit der Rechtsweg wie beim fürsorgerischen Freiheitsentzug zu beschreiten sei. Die Berufungsbeklagte lebe im J._____ ähnlich wie in einer eigenen Wohnung, C._____ besuche weiterhin dieselbe Schule und es genüge auch nicht, wenn die Vorinstanz ausführe, dass es C._____ verboten sei, das J._____ zu verlassen, sei doch keinem Kind im Alter von C._____ gestattet, seinen Aufenthaltsort selber zu bestimmen. Seine Freiheit sei, zumal er auch häufig bei seinem Vater sei oder draussen oder drinnen mit andern Kindern spiele, keineswegs eingeschränkt (act. 2 S. 6 und 7).

Für die Frage, welches Verfahren bei der Aufhebung der Obhut und Unterbringung des Kindes zur Anwendung gelangt, ist entscheidend, ob das Kind in einer Anstalt im Sinne des Gesetzes untergebracht wird. Der Begriff der Anstalt ist gesetzlich nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist er in einem sehr weiten Sinn zu verstehen. Dazu gehören alle Institutionen, welche die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen aufgrund der Betreuung und Überwachung spürbar einschränken. Ein Kinderheim, in dem die untergebrachten Kinder einer stärkeren Freiheitsbeschränkung unterworfen sind als ihre in einer Familie aufwachsenden Altersgenossen, ist als Anstalt zu qualifizieren (BSK ZGB II-Breitschmid, 4. Aufl., N 12 Art. 310 ZGB; BGE 121 III 308 ff.). Anhaltspunkte für die Qualifikation der Anordnung als Massnahme des fürsorgerischen Freiheitsentzuges geben regelmässig die Umstände des Eintritts bzw. der Einweisung (a.a.O.

E. 2b a.E.). Tatsächlich genügt es, dass der entsprechenden Person ein Entweichen entweder tatsächlich nicht ohne weiteres möglich oder aber verboten ist (BSK ZGB II-Geiser, 4. Aufl., N 22 Art. 397a ZGB mit weiteren Hinweisen).

Wie sich im Einzelnen die Lebensbedingungen für C._____ im J._____ darstellen, ergibt sich nicht aus den Akten. Mit der Formulierung, dass im J._____ von den Rahmenbedingungen her C._____ ein ähnliches Leben führen dürfte wie andere Kinder (act. 2 S. 7), bringt auch der Berufungskläger zum Ausdruck, dass ihm diese nicht im Einzelnen bekannt sind. Aus den Zielsetzungen der Institution (vgl. act. 3/2) ergibt sich immerhin, dass zusammen mit Mutter und Kind(ern) jeweils konkrete Ziele formuliert werden, auf die während des Aufenthaltes hingearbeitet wird, was gegenüber einem Leben ausserhalb des Heims auf eine engere Strukturierung und damit Einschränkung hindeutet. Zusammen mit dem Umstand, dass die Unterbringung ohne Willen des Kindes angeordnet wurde und es C._____ verboten ist, das Heim zu verlassen, erscheint es unter Berücksichtigung der weiten Auslegung des Begriffes "Anstalt" als sachgerecht, wenn die beiden Vorinstanzen die Unterbringung den Regeln des fürsorgerischen Freiheitsentzuges unterstellten. Der Berufungskläger hat denn auch in seiner Beschwerde an den Bezirksrat in keiner Weise dargetan, weshalb er entgegen der Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid an diesen gelangte. Wegen der fehlenden Zuständigkeit der angerufenen Instanz erwies sich daher auch die Beschwerde vom 6. Februar 2012 als aussichtslos.

5.5. Es kann bei diesem Ausgang offen bleiben, ob die unentgeltliche Rechtsverbeiständung auch deshalb hätte verneint werden müssen, weil die kumulativ vorausgesetzte Notwendigkeit der Verbeiständung nicht gegeben wäre. Immerhin ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass zu beachten wäre, dass auch die Berufungsbeklagte anwaltlich vertreten war und dass im Rechtsmittelverfahren weniger strenge Anforderungen an die Notwendigkeit zu stellen sind als im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar VRG, 2. Aufl., 1999, N 41 und 42 zu § 16 VRG).

6. Nach der Praxis der Kammer sind Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege auch im Rechtsmittelverfahren kostenlos (OGerZH PC110052 vom

23. November 2011; OGerZH NQ110017 vom 8. September 2011). Da sich die Berufung – wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt – indes ohne weiteres als aussichtslos erweist, ist das Gesuch des Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung auch im Berufungsverfahren abzuweisen. Der Berufungsbeklagten sind im vorliegenden keine Umtriebe entstanden, weshalb keine Entschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Entscheidegebühr fällt ausser Ansatz.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2), die Vormundschaftsbehörde der Stadt Z._____, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: