

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120028-O/U

damit vereinigt: NQ120035-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Beschluss und Urteil vom 16. Juli 2012

in Sachen

A._____,

Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Rückplatzierung / sachliche Zuständigkeit / Nichteintreten**

Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksrates D._____ vom 2. Mai 2012

i.S. B._____, geb. tt.mm.2003; VO.2011.216 (Sozialbehörde C._____ Vormundschaft)

Erwägungen:

1.1 B._____, geboren am tt.mm.2003, ist das Kind von A._____. Die beiden bewohnten ein älteres Flarzhaus in C._____. Der Vater von B._____ soll im Ausland leben und keinen Kontakt zum Kind haben.

Als A._____ B._____ an Weihnachten 2006 notfallmässig ins Kinderspital brachte, erhielten die Fachleute den Eindruck, die Mutter sei in Not, und erstatteten eine Gefährdungsmeldung an die Vormundschaftsbehörde (VB-act. 1). A._____ war nach einer notfallmässigen Hospitalisation im E._____ [Klinik] wegen Alkoholmissbrauchs ins Bezirksspital F._____ eingetreten zur Behandlung einer depressiven Störung. An sich war dort auch die Unterbringung von B._____ vorgesehen, doch war das wegen einer Überforderung der Mutter nicht möglich, und B._____ musste kurzfristig auswärts platziert werden (VB-act. 10, Bericht Bezirksspital F._____). Am 13. November 2007 errichtete die Vormundschaftsbehörde nach verschiedenen Abklärungen und der Anhörung von A._____ einerseits eine Beistandschaft für B._____ und verfügte andererseits deren Fremdplatzierung unter Aufhebung der mütterlichen Obhut (VB-act. 8 und 11). Die letztere Anordnung focht A._____ an. Anlässlich der Anhörung in der psychiatrischen Universitätsklinik äusserte sie allerdings, sie widersetze sich der Massnahme nicht, wenn sie ausreichend Kontakt zu B._____ haben könne (VB-act. 18). Die psychiatrische Universitätsklinik äusserte sich zunächst kritisch zu unbegleiteten Besuchen von B._____ bei ihrer Mutter (VB-act. 24), stimmte später aber doch auch Übernachtungen zu (VB-act. 25). Am 7. Januar 2008 wies der Präsident des Bezirksrates ein Gesuch von A._____ um (Wieder-)Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab, sodass B._____ in der vom Beistand evaluierten Pflegefamilie untergebracht werden konnte. Am 25. März 2008 wies der Bezirksrat die Beschwerde gegen den Obhutsentzug ab, gab der Vormundschaftsbehörde aber auf, die Massnahme im Mai 2008 zu überprüfen (VB-act. 43).

Im April 2008 gab die Vormundschaftsbehörde ein Gutachten zur Rückplatzierung in Auftrag (VB-act. 50). Zu einem in den Akten nicht eruierbaren Zeitpunkt kehrte B._____ zu ihrer Mutter zurück (das dürfte auf ein nicht unterzeichnetes

und mit "nicht einakturieren" bezeichnetes Papier zurückgehen, das mit einem entsprechenden Entscheid der Vormundschaftsbehörde zu tun haben könnte: vom Obergericht als VB-act. 43a identifiziert). Während das Gutachten in Arbeit war, wurde A._____ erneut stationär hospitalisiert, worauf die Gutachterin empfahl, die in diesem Zusammenhang erneut erfolgte Fremdplatzierung aufrecht zu erhalten (VB-act. 60), und auch die behandelnde Ärztin der Mutter räumte ein, sie habe sich im Zustand der Mutter getäuscht (VB-act. 61). Am 4. September 2008 wurde mit einem als "Präsidialbeschluss" bezeichneten Akt die erneute Aufhebung der Obhut mit Platzierung von B._____ im Heim G._____ in H._____ angeordnet (VB-act. 62). Am 9. September 2008, nach Anhörung der Mutter, bestätigte die Behörde die Anordnung, mit der Massgabe, sie werde weitere Abklärungen vornehmen (VB-act. 64). Am 13. November 2008 wurde ein ausführliches Gutachten des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes erstattet, das die weitere Fremdplatzierung empfahl und aufzeigte, wie die Mutter grösstmöglichen Kontakt zum Kind haben könne (VB-act. 66). Vom 26. Januar 2009 an war A._____ ein weiteres (viertes) Mal in der Klinik E._____ hospitalisiert, welche am 13. März 2009 über mangelnde Kooperation und Einsicht der Patientin rapportierte (VB-act. 68). Der Beistand ging nach einer eingehenden "Standort-Sitzung" mit den involvierten Personen, dem Heimleiter des "G._____" und der Mutter in seinem Bericht vom 26. März 2009 davon aus, eine Rückplatzierung komme bis auf Weiteres nicht in Frage (VB-act. 69). Am 30. Juni 2009 entschied die Vormundschaftsbehörde, den Obhutsentzug und die Platzierung von B._____ im "G._____" aufrecht zu erhalten (VB-act. 72), und sie wiederholte das am 1. Dezember 2009 (VB-act. 74).

Am 16. Februar 2010 beantragte A._____ bei der Vormundschaftsbehörde die Aufhebung des Obhutsentzugs (VB-act. 79). Die Behörde erhob verschiedene Informationen zur Situation und hörte A._____ an. Mit Beschluss vom 31. August 2010 wies sie das Gesuch ab und entschied zudem, Kontakte von Mutter und Kind seien bis auf Weiteres nur im "G._____" und im Beisein einer Fachperson zulässig, und der Beistand müsse auch solche Besuche davon abhängig machen, dass ein die Mutter behandelnder Psychiater sie als unbedenklich beurteile (VB-act. 90). In der Folge kamen offenbar Besuche zustande, die in den Akten aller-

dings nur lückenhaft dokumentiert sind. Aus dem Protokoll eines Standortgesprächs im "G._____" geht hervor, dass B._____ und ihre Mutter zwischen Weihnachten und Neujahr zusammen drei Tage bei einer Drittperson verbrachten (VB-act. 91). Am 10. März 2011 schrieb der Beistand der Mutter, dass B._____ ab sofort wieder die Wochenenden (Samstag/Sonntag) zu Hause sein dürfe, dass er nach drei Monaten eine Ausweitung auf Freitag bis Sonntag prüfen und im Herbst der Vormundschaftsbehörde Antrag für eine definitive Regelung stellen wolle (VB-act. 92).

1.2 Am 27. Mai 2011 und am 3. Juni 2011 wandte sich A._____ an den Bezirksrat D._____ und an die Vormundschaftsbehörde mit dem Ersuchen, B._____ nach Hause nehmen zu dürfen (BR-act. 1, VB-act. 94). In einem weiteren Schreiben vom 21. Juni 2011 (BR-act. 4) nahm sie ausführlich Stellung zum vorstehend referierten Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 31. August 2010. Ihr Hausarzt unterstützte in einem Brief vom 28. Juni 2011 die Rückplatzierung von B._____ zur Mutter (BR-act. 7). Vom Bezirksrat dazu aufgefordert, liess sich die Vormundschaftsbehörde am 30. August 2011 vernehmen und beantragte, den Antrag abzuweisen (BR-act. 10). Am 14. September 2011 legitimierte sich die heutige Vertreterin von A._____, ersuchte um Akteneinsicht und um Gelegenheit zu einer Stellungnahme (BR-act. 13). Der Bezirksrat gab dem statt und führte einen weiteren Schriftenwechsel durch, der sich bis zum 5. Dezember 2011 hinzog, bei gleich bleibenden Standpunkten (BR-act. 16-29). Am 31. Januar 2012 genehmigte die Vormundschaftsbehörde den Bericht des Beistandes über seine Tätigkeit in den ersten drei Quartalen 2011; sie erwog dabei, so bald der Bezirksrat über das bei ihm hängige Gesuch entschieden habe, wolle sie die Erziehungsfähigkeit von A._____ gutachterlich klären lassen (BR-act. 30a). Am 9. Februar 2012 wandte sich die Vertreterin erneut an den Bezirksrat, kommentierte den Beschluss der Vormundschaftsbehörde und erneuerte den Antrag, den Obhutsentzug aufzuheben (BR-act. 30). Auch dazu gab der Bezirksrat der Vormundschaftsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme (BR-act. 32), was aber offenbar nicht genutzt wurde.

Am 2. Mai 2012 entschied der Bezirksrat, auf das Gesuch um Rückplatzierung nicht einzutreten (BR-act. 33). Dagegen richtet sich die Berufung von A._____, mit den Anträgen, die Sache an den Bezirksrat zur sachlichen Behandlung zurück zu weisen und die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen (act. 2).

Gleichzeitig ersuchte A._____ den Bezirksrat um Wiedererwägung seines Nichteintretens-Entscheides (act. 6/2). Das wurde am 25. Juni 2012 verweigert (BR-act. 12). Auch dagegen führt A._____ Berufung (Dossier NQ120035 act. 2).

2.1 Die beiden Berufungen sind zu vereinigen.

Mit dem Entscheid über das Gesuch um Wiedererwägung hat sich der Bezirksrat zum Thema der ersten Berufung bereits geäußert. Eine weitere Vernehmlassung ist nicht erforderlich.

2.2 Der Entscheid über die Aufhebung des Obhutsentzugs und über eine Rückkehr von B._____ zu ihrer Mutter liegt in der Kompetenz der Vormundschaftsbehörde. Der Bezirksrat gibt dafür als gesetzliche Grundlage den Art. 310 ZGB an (act. 10 S. 3). Offenbar ist seiner Aufmerksamkeit entgangen, dass die Abänderung einer Massnahme aufgrund veränderter Verhältnisse separat geregelt ist, nämlich in Art. 313 ZGB. Die Zuständigkeit liegt aber auch nach der zutreffenden Rechtsgrundlage bei der Vormundschaftsbehörde (BSK ZGB-Breitenschmid, 4. Aufl. 2010, Art. 313 N 2). Das Gesuch von A._____ vom 27. Mai 2011 war im Text sowohl an den Bezirksrat als auch an die Vormundschaftsbehörde gerichtet (BR-act. 1). Offenbar ging das Original an den Bezirksrat und nur eine Kopie an die Vormundschaftsbehörde. Darauf kann es allerdings nicht ankommen. Nach § 5 VRG hatte der Bezirksrat die Eingabe sofort und ohne Weiterungen der zuständigen Vormundschaftsbehörde zu überweisen. Warum er das versäumte, ist weder dem Beschluss vom 2. Mai 2012 noch dem vom 25. Juni 2012 zu entnehmen – es ist auch nicht zu erklären. Ebenso merkwürdig ist freilich, dass auch die Vormundschaftsbehörde zuerst überhaupt nicht reagierte und dann in ihrer Vernehmlassung die Auffassung vertrat, mit der Fristansetzung zur Stellungnahme habe sich der Bezirksrat "für zuständig erklärt" – wie wenn die Zuständig-

keiten im Verwaltungsrecht frei verhandelbar wären. Indem der Bezirksrat zum Gesuch von A. _____ einen umfassenden Schriftenwechsel anordnete und erst dann seine Zuständigkeit prüfte, hat er gegenüber A. _____ den Tatbestand der Rechtsverzögerung erfüllt. Das gleiche gilt, wenn auch weniger gravierend, für die Vormundschaftsbehörde, die in Kenntnis des Antrages und im Wissen um ihre Zuständigkeit das Geschäft nicht anhand nahmen. Die Rechtsverletzung durch den Bezirksrat ist förmlich festzustellen (Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Die Anwältin von A. _____ macht geltend, sie habe bereits im Juni 2011 die telefonische Auskunft von der Sachbearbeiterin beim Bezirksrat erhalten, dieser werde das Gesuch um Aufhebung des Obhutsentzugs "in Kompetenzattraktion" bearbeiten (act. 2 S. 2 Ziff. II/5). Ob das zutrifft, ist umstritten – der Bezirksrat stellt das behauptete Telefon nicht in Abrede, will es aber in den Zusammenhang mit einer Aufsichtsbeschwerde stellen, wovon allerdings bis zum Entscheid über das Gesuch um Wiedererwägung nie die Rede war. Ein Missverständnis kann zwar nicht ausgeschlossen werden, doch ist die Schilderung der Anwältin plausibler als die Erklärung durch den Bezirksrat. Wie es sich wirklich verhielt, muss allerdings offen bleiben: auch wenn die Sachbearbeiterin erklärt haben sollte, der Bezirksrat werde das Gesuch bearbeiten, konnte das den Bezirksrat nicht binden. Die Anwältin durfte nicht annehmen, die Sachbearbeiterin könne Auskünfte geben, welche für den Bezirksrat als Behörde verbindlich sein würden.

Eine Pflicht des Bezirkrates zur materiellen Behandlung des Gesuchs von A. _____ könnte daraus abgeleitet werden, dass er über die Sache trotz seiner Unzuständigkeit einen ausführlichen Schriftenwechsel abhalten liess. Damit hat er sich treuwidrig verhalten (ganz abgesehen davon, dass er mit dem Nichteintreten mangels Zuständigkeit einen unerwarteten Punkt aufbrachte und damit A. _____ das rechtliche Gehör verweigerte). Der Wunsch von A. _____, dass der Bezirksrat nun auch zum Entscheid angehalten werden solle, ist von da her legitim und verständlich. Allerdings ist die Sache nicht spruchreif. Die Vormundschaftsbehörde hat zutreffend gesehen, dass sie die aktuelle Situation durch ein Gutachten aufarbeiten lassen muss (BR-act. 30a, Bemerkungen vom 31. Januar 2012 zum Bei-

standschaftsbericht). A._____ macht geltend, ihre schwierige und langjährige Krankheit sei überwunden, oder jedenfalls so weit stabilisiert, dass die Betreuung von B._____ möglich sei. Ihre eigenen Ärzte und andere Involvierte scheinen das oder jedenfalls einen weiter gehenden Kontakt von Mutter und Tochter zu unterstützen (BR-act. 2/2: Brief der Klassenlehrerin vom 10. November 2010; VB-act. 95 Anhang = BR-act. 7: Brief I._____ vom 28. Juni 2011; VB-act. 99: Brief J._____ vom 21. Juli 2011; BR-act. 35: Brief I._____ vom 24. April 2012), und das ist ein positiver Aspekt. Auf diese Äusserungen wird allerdings nicht allein abgestellt werden dürfen. Auch dass das Kind bei seiner Mutter leben möchte, wird als wesentlicher Punkt zu würdigen sein, und dass es kein Kleinkind mehr ist, muss ebenfalls erwogen werden bei der Frage, welche Belastungen ihm zumutbar sind und es aushalten kann. Mindestens während längerer Phasen in der Vergangenheit wäre es objektiv aber unverantwortbar gewesen, A._____ die Verantwortung für ihre Tochter zu übertragen, und das auch mit den zur Verfügung stehenden Hilfestellungen. Wie es heute zu beurteilen ist, muss sorgfältig abgeklärt werden, und zwar durch eine aussen stehende Fachperson. Das Obergericht muss daher tun, was der Bezirksrat am 6. Juni 2011 (Eingang des Gesuchs von A._____) hätte tun müssen: das Dossier der Vormundschaftsbehörde überweisen, damit diese den Sachverhalt abklärt und dann entscheidet. Ohne dass die gebotene Sorgfalt darunter leiden dürfte, wird die Vormundschaftsbehörde das Geschäft nun mit aller möglichen Priorität zu behandeln haben.

Der Entscheid des Bezirkrates vom 2. Mai 2012 lehnt eine Wiedererwägung ab. Entgegen der Auffassung in der zweiten Berufung ist das sachlich nicht zu beanstanden. Dass der Bezirksrat für das Gesuch von A._____ nicht zuständig war, wird nicht in Frage gestellt, und ob der Bezirksrat ausnahmsweise als Folge des bisherigen Verfahrensverlaufs hätte erstinstanzlich entscheiden sollen, war bereits Thema der Berufung. Die Fristansetzung zur Erklärung, ob mit dem Antrag vom 27. Mai 2011 (auch) eine Aufsichtsbeschwerde verbunden sein sollte, ist nicht leicht verständlich – dieser Teil des Entscheides ist aber nicht angefochten, und es besteht kein Anlass, ihn aufsichtsrechtlich aufzuheben.

Die Berufungen sind daher in der Sache abzuweisen.

3. Der Bezirksrat hat zu Recht für sein Verfahren keine Kosten erhoben. So muss es auch für die Berufungsverfahren sein, auch wenn den Anträgen nicht gefolgt wird. Die Rechtsmittel sind angesichts der Umstände in guten Treuen ergriffen worden, und eine Kostenaufgabe wäre unbillig (Art. 107 Abs. 1 lit. b und f ZPO).

Die Vertreterin von A._____ ersuchte vor dem Bezirksrat um die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Das wurde ihr verweigert, weil ihr Standpunkt wegen der Unzuständigkeit der Behörde aussichtslos gewesen sei (act. 3 S. 5). Die Begründung, die Zuständigkeit sei "im Gesetz klar geregelt" (was stimmt), ist angesichts der Fehlleistung des Bezirkesrates allerdings unhaltbar. Die Mittellosigkeit von A._____ ergibt sich aus den Akten. Es ist ihr Gesuch für das Verfahren des Bezirkesrates daher zu bewilligen – und zwar auch für das Begehren um Wiedererwägung.

Vor Obergericht wird kein ausdrückliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Ausnahmsweise kann es im Antrag als stillschweigend mit gestellt gelten, und es ist zu bewilligen.

4. Es ist angezeigt, für das weitere Verfahren auf zwei Punkte hinzuweisen:

Die Ausgestaltung der Kontakte zwischen Mutter und Kind sind nicht Gegenstand der Berufungen. Aus den Akten ergibt sich aber, dass die Vormundschaftsbehörde diese Kontakte nicht oder nur äusserst rudimentär regelte, und die wesentlichen Entscheidungen in die Hand des Beistandes gab. Die Regelung ist aber Aufgabe der Vormundschaftsbehörde (Art. 275 Abs. 1 ZGB). Die Praxis lässt es zu, dass untergeordnete und im Wesentlichen unproblematische Punkte wie die genauen Zeiten oder der Ort des Treffens von einem Beistand festgelegt werden. Auch das gilt aber nicht mehr, wenn diesen Anordnungen in der konkreten Situation besonderes Gewicht zukommt. Abgesehen davon, dass es gesetzlich nicht zulässig ist, wird der Beistand mit einer Delegation der Kompetenz aus der Sicht der Beteiligten in die Lage gebracht, gleichsam Partei ergreifen zu müssen. Das ist mit seiner Funktion nicht vereinbar. In formeller Hinsicht müssen die

Anordnungen der Vormundschaftsbehörde zudem so präzise sein, dass sie sinnvoll angefochten und überprüft werden können. Das sind sie nicht, wenn zum Ermitteln ihres Inhaltes erst abgewartet werden muss, wie der Beistand entscheidet.

Der zweite Entscheid des Bezirksrates ist in einem einzigen Satz abgefasst, der sich über mehrere Seiten hinzieht. Die Amtssprache im Kanton Zürich ist Deutsch (Art. 48 KV), und die deutsche Sprache wird grundsätzlich in Hauptsätzen gesprochen und geschrieben. Die aus dem vorletzten Jahrhundert stammende Technik des "in der Erwägung dass..., dass ..." ist heute für den durchschnittlichen Leser und selbst für Rechtsmittelinstanzen nur noch schwer verständlich. Sie verleitet auch dazu, Banalitäten auszudrücken wie etwa die mitunter anzutreffende Floskel "nach Einsicht in die Akten ..." – in einem ordentlich formulierten Entscheid würde niemand schreiben: "Das Gericht hat Einsicht in die Akten genommen". Lange und komplizierte "dass..., dass..."-Entscheide kommen jedenfalls in die Nähe der ungenügenden Begründung, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bedeutete (Tarkan Göksu, Dike-Kommentar ZPO [Print-Ausgabe], Art. 53 N 24 ff.).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren NQ120035 (Berufung gegen den Entscheid des Bezirksrates vom 25. Juni 2012 betreffend Wiedererwägung) wird mit dem vorliegenden vereinigt.
2. Der Berufungsklägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für das Verfahren vor Obergericht als ihre unentgeltliche Vertreterin bestellt.
3. Mitteilung an die Berufungsklägerin und an die Verwaltungsbehörden zusammen mit dem nachfolgenden Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass der Bezirksrat gegenüber A. _____ die Pflicht zur Gewährung eines fairen Verfahrens verletzt hat.
2. In teilweiser Gutheissung der Berufungen wird Dispositiv Ziff. IV des Beschlusses vom 2. Mai 2012 aufgehoben.
3. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für das Verfahren vor Bezirksrat als unentgeltliche Vertreterin von A. _____. Ihr Honorar ist vom Bezirksrat festzusetzen, wenn sie ihre Aufwendungen beziffert hat.
4. So weit die Berufungen weiter gehen, werden sie im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
5. Das Dossier wird der Vormundschaftsbehörde C. _____ überwiesen, und diese wird eingeladen, das Gesuch von A. _____ um Aufhebung des Obhutsentzuges *unverzüglich* anhand zu nehmen und im Sinne der Erwägungen *beförderlich* zu behandeln.
6. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
7. Die Entschädigung der unentgeltlichen Vertreterin von A. _____ wird festgesetzt, sobald sie ihre Aufwendungen beziffert hat.
8. Parteientschädigungen werden für das Verfahren vor Obergericht nicht zugesprochen.
9. Schriftliche Mitteilung an A. _____, an die Vormundschaftsbehörde C. _____ (mit allen Akten von Bezirksrat und Vormundschaftsbehörde), an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich), an den Bezirksrat D. _____, je gegen Empfangsschein, sowie in das Verfahren NQ120035.
10. 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:

lic. iur. K. Wili

versandt am: