

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NQ120065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## **Beschluss und Urteil vom 3. Januar 2013**

in Sachen

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

Berufungskläger (neu Beschwerdeführer)

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Genehmigung Beistandschaftsbericht**

**Berufung (neu: Beschwerde) gegen einen Beschluss des Bezirksrates Meilen vom 29. Oktober 2012 i.S. B. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008; Geschäft 38.03  
(Vormundschaftsbehörde C. \_\_\_\_\_)**

### Erwägungen:

1. A.\_\_\_\_\_ ist der Vater des am tt.mm.2008 geborenen B.\_\_\_\_\_, für welchen seit dem 14. September 2010 eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB besteht. Mit Datum vom 25. September 2012 erstattete die Beiständin der Vormundschaftsbehörde Bericht über ihre Tätigkeit im Zeitraum vom 14. September 2010 bis zum 31. August 2012 (act. 4/6).

Die Vormundschaftsbehörde beschloss am 23. Oktober 2012, "Der Beistandschaftsbericht ... wird gutgeheissen und zur zweitinstanzlichen Genehmigung an den Bezirksrat Meilen weitergeleitet". Als Rechtsmittel wird die Beschwerde an den Bezirksrat angegeben. Im Mitteilungssatz steht "nach zweitinstanzlicher Genehmigung an: ... RA X.\_\_\_\_\_ ..., für sich und seinen Mandanten". Auf der zweiten Seite des Dokuments findet sich ein verwaschener und schwer leserlicher Stempel, der offenbar die Genehmigung des Beistandschaftsberichtes durch den Bezirksrat zum Ausdruck bringen soll und mit dem Datum 29. Oktober 2012 versehen ist (act. 4/4).

2. Mit Eingabe vom 12. November 2012, gleichentags zur Post gegeben, erklärt und begründet A.\_\_\_\_\_ Berufung gegen den Entscheid des Bezirkrates (act. 2).

Der Bezirksrat legt dem Obergericht Bemerkungen zu seiner Praxis der "Stempelbeschlüsse" vor und ersucht darum, dass "das Verfahren zur korrekten Durchführung des Genehmigungsverfahrens" ihm "zurückgegeben" werde (act. 6).

A.\_\_\_\_\_ hält an seiner Berufung fest (act.12).

Die Mutter des Kindes und die Kindesvertreterin haben sich innert ihnen angesetzter Frist nicht geäußert.

3. Am 1. Januar 2013 sind das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und die kantonalen Einführungsbestimmungen in Kraft getreten.

Das neue Recht sieht in formeller Hinsicht vor, dass bei seinem Inkrafttreten hängige Verfahren von den neu zuständigen Behörden weitergeführt werden (Art. 14a Abs. 1 SchIT ZGB in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZGB); entsprechend haben die kommunalen Vormundschaftsbehörden noch vor Ende 2012 alle ihre Dossiers den neuen regionalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (§§ 2 ff. EG KESR) übergeben. Der Kanton Zürich hat mit den Bezirksräten und dem Obergericht zwei "gerichtliche Beschwerdeinstanzen" im Sinne von Art. 441 Abs. 1 ZGB geschaffen (§§ 63 und 64 EG KESR). Das entspricht der bisherigen Ordnung (§§ 41 und 75 EG ZGB), und an der Zuständigkeit des Obergerichts ändert sich daher nichts.

Anders als beim Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung anfangs 2011 (Art. 404 Abs. 1 ZPO) enthält das Übergangsrecht des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts keinen Vorbehalt für hängige Verfahren. Gegenteilig findet das neue Verfahrensrecht sofort Anwendung, und die neu zuständige Behörde muss darüber befinden, ob und wie weit das bisherige Verfahren ergänzt werden muss (Art. 14a Abs. 2 und 3 SchIT ZGB). Nach neuem Recht heisst das gegen Entschiede der Bezirksräte zulässige Rechtsmittel nicht mehr Berufung, sondern "Beschwerde" (§ 64 EG KESR). Das ist terminologisch im Rubrum zu berichtigen. Materiell hat es aber keine Auswirkungen: das Rechtsmittel hat wie bisher die Berufung aufschiebende Wirkung, wenn nicht die Vorinstanz oder das Obergericht das anders anordnen (Art. 450c ZGB), und die Rügegründe - Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Feststellung des erheblichen Sachverhalts, Unangemessenheit - entsprechen ebenfalls dem bisherigen Recht (Art. 310 ZPO). Nach wie vor können die Vorinstanzen zur Vernehmlassung angehalten werden, und das Obergericht kann nach Ermessen eine mündliche Anhörung durchführen oder schriftliche Stellungnahmen einholen (§§ 66 ff. EG KESR). Es gilt weiterhin die Praxis des Bundesgerichts, dass wer ein Rechtsmittel ergreift im Einzelnen darlegen muss, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sei, und das insbesondere auch dort, wo das Verfahren dem so genannten Untersuchungsgrundsatz ( der "*maxime inquisitoire*") untersteht, die Rechtsmittelinstanz also von sich aus Abklärungen treffen muss, wenn es die Akten nahe legen (BGE 138 III 374, E. 4.3.1).

Die Anwendung des neuen Rechts auf das Rechtsmittel-Verfahren und auf einen zu treffenden Entscheid bedeutet freilich nicht, dass auch das bisherige Verfahren nach den neuen Normen zu überprüfen wäre. Insbesondere unterstand die noch im alten Jahr abgelaufene Rechtsmittelfrist dem damals geltenden Recht (dazu sogleich).

4.1 Die dem Obergericht übersandten Akten der Vormundschaftsbehörde sind etwas verwirrt geordnet. Im Verzeichnis finden sich weder die "Gutheissung" des Beistandschaftsberichtes (am 23. Oktober 2012) noch die Genehmigung durch den Bezirksrat (am 29. Oktober 2012). Das und die Belege zum Versand sind vielmehr dem Bericht angeheftet (act. 68). Die neu zuständige Kindes- und Erwachsenenschutz-Behörde wird die Aktenordnung mit Vorteil übersichtlicher gestalten. Auch ein eigentlicher Empfangsschein fehlt in den Akten. Die Vormundschaftsbehörde verweist zwar auf ihr act. 68 - wie gesehen ist das der Beistandschaftsbericht mit den zahlreichen Anhängen. Dort findet sich ein *track-and-trace*-Auszug der Post, wonach die Poststelle D.\_\_\_\_\_ am 2. November 2012 um 08.27 Uhr eine Sendung ausgeliefert hat. An wen, wird nicht gesagt. Eine Kennerin des Dossiers darf vermuten, das sei die Zustellung des Beschlusses der Vormundschaftsbehörde vom 23. Oktober 2012 an den Vertreter von A.\_\_\_\_\_ gewesen, der sein Büro an der D.\_\_\_\_\_strasse in ... hat und bei der Post D.\_\_\_\_\_ ein Postfach unterhält. In einem korrekt geführten Verfahren sollten derartige Mutmassungen nicht nötig sein. Zum Vermeiden (vermutlich) unnötiger Weiterungen ist hier aber davon auszugehen, dass die Vermutung zutrifft und der Vertreter von A.\_\_\_\_\_ am 2. November 2012 den Beschluss der Vormundschaftsbehörde in Empfang nahm.

Die hier noch massgebliche zehntägige Frist von § 188 Abs. 1 aGOG ist damit eingehalten.

4.2 Die Vormundschaftsbehörde hat über den Beistandschaftsbericht am 23. Oktober 2012 "beschlossen", und sie hat als Rechtsmittelbelehrung angegeben, "gegen diesen Beschluss" könne innert zehn Tagen Beschwerde an den Bezirksrat erhoben werden. Das war falsch: die Vormundschaftsbehörde prüfte nach altem Recht zwar den Beistandschaftsbericht und "fasst(e) das Ergebnis ihrer

Prüfung in einem Abschied zusammen" - dann aber überwies sie diesen Abschied "mit Bericht und Rechnung dem Bezirksrat zur Prüfung und Genehmigung" (§ 115 EG/ZGB). Genehmigungs-Instanz war nach altem Recht der Bezirksrat. Das hat das Obergericht in einem ausführlich begründeten Entscheid vom 26. August 1996 (NX960025) unter Hinweis auf frühere Entscheide dargelegt und seither immer wieder bestätigt. Die Vormundschaftsbehörde war nicht die genehmigende Instanz, und ihre Prüfung war zwar notwendige Vorstufe der Genehmigung durch den Bezirksrat, mündete aber in einen blossen Antrag, der die Rechtslage nicht veränderte. Dieser Antrag war daher nicht anfechtbar, und die A. \_\_\_\_\_ und den anderen Beteiligten erteilte Rechtsmittelbelehrung war unrichtig. Der Vertreter A. \_\_\_\_\_s erkennt das zutreffend. Objekt der Anfechtung ist die Genehmigung des Berichts durch den Bezirksrat, und so ist das Rechtsmittel auch formuliert.

Der Bezirksrat hat A. \_\_\_\_\_ vor der Genehmigung des Berichts keine Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben. Das verletzt den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, was ohne Weiterungen zur Aufhebung des Entscheides führt. Das wäre vermutlich auch aus einem weiteren Grund anzuordnen: nach den Akten sind der Abschied der Vormundschaftsbehörde und der zu genehmigende Bericht beim Bezirksrat am 29. Oktober 2012 eingegangen. Am selben Tag will der Bezirksrat die Genehmigung erteilt haben (act. 4/4, Vorder- und Rückseite). Der Bezirksrat ist ein Kollegium aus mehrheitlich nebenamtlich tätigen Personen. Es ist ausserordentlich wenig wahrscheinlich, dass das Kollegium ausgerechnet am Tag des Einganges der Unterlagen versammelt war, dass alle Mitglieder sie sofort studierten und dann ihre Zustimmung gaben. Der Hinweis, auf Einspruch eines Betroffenen hin würde ihm das rechtliche Gehör gewährt (so der Bezirksrat in act. 6), verfängt nicht: mangels Anfechtung erwachsen auch fehlerhafte Entscheide in Rechtskraft. Hier wäre immerhin zu erwägen, die schwer wiegenden Mängel des Verfahrens mit Nichtigkeit zu sanktionieren.

Nachdem das Verfahren nach dem neuen Recht völlig anders ablaufen wird (dazu etwa die Art. 411, 415 und 447 nZGB), macht es keinen Sinn mehr, den in diesem Fall erkannten Fehlern weiter nachzugehen und die administrative Aufsichtsbehörde um ihr Einschreiten zu ersuchen.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, und der Entscheid des Bezirksrates vom 29. Oktober 2012 ist aufzuheben. Damit fehlt es an einer anfechtbaren erstinstanzlichen Genehmigung des Beistandschaftsberichtes. Nach neuem Recht ist dafür die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig (Art. 415 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZGB). Dieser ist daher der heutige Entscheid mitzuteilen, unter Beilage sämtlicher Akten.

5. Kosten für das Verfahren des Obergerichts sind nicht zu erheben. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege insoweit gegenstandslos.

A. \_\_\_\_\_ ersucht um Bestellung seines Anwaltes als (unentgeltlicher) Rechtsbeistand. Sein Standpunkt mit dem Rechtsmittel war nicht aussichtslos, und er macht glaubhaft, dass er den Anwalt nicht selber zahlen kann (Art. 117 ZPO). Dem Antrag ist daher zu entsprechen. Das Rechtsmittel war notwendig, und dafür sowie für die knappe Stellungnahme zur Vernehmlassung des Bezirksrates ist der Anwalt zu honorieren. Die Argumente in der Sache, die sich gegen den Bericht der Beiständin richten, wird der Anwalt allerdings der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorzutragen haben, und das wird durch sein Honorar für jenes Verfahren abgegolten werden. Die Entschädigung für das Verfahren des Obergerichts ist auf Fr. 1'500.-- zuzüglich Mehrwertsteuer festzusetzen. Sie ist dem Anwalt von der Kasse des Bezirksrates auszurichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO und § 17 Abs. 2 VRG analog).

**Es wird beschlossen:**

1. Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ wird für das Verfahren des Obergerichts als (unentgeltlicher) Rechtsbeistand des Beschwerdeführers bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachstehenden Entscheid.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Entscheid des Bezirksrates vom 29. Oktober 2012 wird aufgehoben.
2. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
3. Der Bezirksrat Meilen wird angewiesen, aus seiner Kasse an Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ für das Verfahren der Berufung ein Honorar von Fr. 1'500.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer = Fr. 1'620.-- auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer (im Doppel: für ihn selber und für seinen Anwalt), an die Mutter von B.\_\_\_\_\_ (E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]) und an dessen Vertreterin (Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]), an die Gemeindeverwaltung von C.\_\_\_\_\_ (zu den Unterlagen der früheren Vormundschaftsbehörde), unter Beilage sämtlicher Akten an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Meilen, an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie an den Bezirksrat Meilen, alles 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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: