

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 15. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Berufungsklägerin (neu: Beschwerdeführerin)

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Obhutsentzug / Errichtung Beistandschaft**

Berufung (neu: Beschwerde) **gegen einen Beschluss des Bezirksrates**

B. _____ **vom 7. Dezember 2012 i.S. C.** _____, **geb. tt.mm.2006, und D.** _____,
geb. tt.mm.2009; VO.2012.303 (Vormundschaftsbehörde F. _____)

Erwägungen:

1.1 E. _____ und A. _____ sind verheiratet. Sie sind die Eltern von C. _____ (geboren 2006) und D. _____ (geboren 2009). Im Laufe des Jahres 2012 erhielt die Vormundschaftsbehörde an ihrem Wohnort F. _____ auf verschiedenen Wegen Kenntnis von Schwierigkeiten in der Familie, welche sich zum Nachteil der Kinder auswirken drohten. Am Bezirksgericht Horgen wurde ein Eheschutzverfahren eröffnet.

Als A. _____ sich im Oktober 2012 in die Ferien begab, betrachtete E. _____ die Situation als so schwierig, dass er mit den Kindern das eheliche Domizil verliess und zu seinen Eltern zog. Gleichzeitig liess er durch seinen Anwalt die Vormundschaftsbehörde um eine sofortige Regelung der Situation ersuchen.

Am 24. Oktober 2012 beschloss die Vormundschaftsbehörde unter dem Titel "superprovisorische Massnahmen", der Mutter die elterliche Obhut zu entziehen und die Kinder beim Vater im Haushalt der Grosseltern unterzubringen. Für die Kinder wurde eine Beistandschaft errichtet und G. _____, Jugend- und Familienberatung B. _____, wurde zur Beiständin ernannt. Für den Fall, dass die Anordnungen in eine dauerhafte Massnahme überführt werden sollten, wurden bereits die Berichtstermine festgesetzt. Die Mutter wurde angewiesen, sich am ersten Tag nach ihren Ferien zur Vereinbarung eines Anhörungstermins zu melden. Als Rechtsmittel wurde die Beschwerde an den Bezirksrat angegeben mit der Massgabe, dass dem Lauf der Frist und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werde (BR-act. 1/2).

1.2 Am 8. November 2012 liess A. _____ gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde Beschwerde erheben. Sie beantragte, dieser aufschiebende Wirkung beizulegen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, eventuell die Sache zu neuem Entscheid an die Vormundschaftsbehörde zurück zu weisen. Sie machte geltend, zwar habe sie am 29. Oktober 2012, am Tag ihrer Rückkehr aus den Ferien, mit der Vormundschaftsbehörde Kontakt aufgenommen, und es habe ebenfalls an jenem Tag noch eine mündliche Anhörung stattgefunden. Diese sei

aber mangelhaft gewesen, weil man ihr die Akteneinsicht verweigert und die Vorwürfe von E. _____ gar nicht im Einzelnen vorgehalten habe (BR-act. 1).

Der Bezirksrat beschloss am 7. Dezember 2012, auf die Beschwerde nicht einzutreten, da gegen superprovisorische Anordnungen kein Rechtsmittel zur Verfügung stehe. Offenbar im Rahmen seiner allgemeinen Aufsichtskompetenz traf er gleichwohl eine Anordnung und wies die Vormundschaftsbehörde an, den fälligen Beschluss über die Bestätigung oder Aufhebung der superprovisorischen Anordnungen zu fassen (act. 4/2). Mit Eingabe vom 24. Dezember 2012 ficht das A. _____ an. Sie macht geltend, ihre Anhörung durch die Vormundschaftsbehörde sei ungenügend gewesen und habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht gewahrt. Die Vormundschaftsbehörde habe zuerst gar nichts getan und dann den Entscheid bloss unter Druck gefällt; jedenfalls was die Anweisung an die Vormundschaftsbehörde zum Tätigwerden anging, sei ihr Rechtsmittel auch erfolgreich gewesen.

Die Akten des Bezirksrates wurden beigezogen. Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen.

2. Am 1. Januar 2013 ist das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in Kraft getreten. Es hat materielle und formelle Wirkungen.

In *materieller* Hinsicht gilt das neue Recht (Art. 14 Abs. 1 SchIT ZGB). Die nach bisherigem Recht angeordneten Massnahmen – mit Ausnahme der Entmündigungen – gelten auch unter neuem Recht weiter; sie verlieren erst nach drei Jahren ihre Wirksamkeit, wenn sie nicht bis dann von einer neurechtlichen Massnahme abgelöst werden (Art. 14 Abs. 3 SchIT ZGB). Ob die von der Vormundschaftsbehörde getroffenen Anordnungen im Sinne dieser Bestimmung bereits (gültig) "angeordnet" worden sind, entscheidet sich danach, welche Wirkung die gegen den Beschluss ergriffenen Rechtsmittel hatten.

Der Weiterzug von der Vormundschaftsbehörde an den Bezirksrat als Aufsichtsbehörde (§§ 41 und 75 EG ZGB) stützte sich auf Art. 420 Abs. 2 ZGB und war dort als "Beschwerde" bezeichnet. Im kantonalen Recht, welches mangels

eidgenössischer Verfahrensvorschriften zum Zug kam, lief diese Beschwerde nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren zum Rekurs ab. Dieser Rekurs hatte aufschiebende Wirkung (§ 25 VRG). Sowohl die erste als auch die Rekurs-Instanz konnten diesbezüglich aber eine andere Anordnung treffen, und im heute zu beurteilenden Fall war das so. Dem Begehren von A._____, ihrem Rechtsmittel beim Bezirksrat aufschiebende Wirkung beizulegen, wurde nicht entsprochen. Der Bezirksrat ist auf das Rechtsmittel A._____'s nicht eingetreten. Die Frage nach der aufschiebenden Wirkung der Anfechtung beim Obergericht stellt sich nicht, weil selbst wenn die Wirksamkeit des bezirksrätlichen Entscheides ausgesetzt wäre oder ausgesetzt würde, damit nicht schon die Anordnung(en) der Vormundschaftsbehörde unwirksam würden.

Das bedeutet, dass beim Inkrafttreten des neuen Rechts eine altrechtliche Massnahme angeordnet und vollstreckbar war. Diese gilt mindestens einstweilen weiter.

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); entsprechend haben die kommunalen Vormundschaftsbehörden noch vor Ende 2012 alle ihre Dossier 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 Entscheide der Bezirksräte zulässige Rechtsmittel nicht mehr Berufung, sondern "Beschwerde" (§ 64 EG KESR). Das ist terminologisch im Rubrum zu berichtigen.

Praktisch hat es aber kaum 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). Neu ist, dass keine Kostenvorschüsse mehr verlangt werden (§ 60 in Verbindung mit § 73 EG KESR).

3. Bei besonderer Dringlichkeit können vorsorgliche Massnahmen noch vor der Anhörung der betroffenen Person(en) angeordnet werden. Mit der Anhörung muss zur mündlichen Verhandlung vorgeladen werden, welche unverzüglich stattfinden muss, oder es wird Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (Art. 265 ZPO). Der Entscheid der Vormundschaftsbehörde vom 24. Oktober 2012 war so eine Anordnung. Er ist ausdrücklich als "superprovisorisch" bezeichnet, er weist die Mutter der Kinder an, sich sofort nach ihrer Rückkehr zwecks Vereinbarung eines Anhörungstermins zu melden, und er bestimmt der Beiständin Berichtstermine ausdrücklich (nur) für den Fall, dass die angeordnete Massnahme in eine ordentliche Massnahme überführt werde. Ob sich dann später ein Mitarbeiter der Behörde beim Telefon mit dem Anwalt von A. _____ eine Blösse gab und erkennen liess, dass er den Mechanismus von superprovisorischen und vorsorglichen Massnahmen nicht überblicke (act. 2 S. 4), muss offen bleiben, weil es keine rechtlichen Konsequenzen hätte, auch wenn es zutreffen sollte. Die Vormundschaftsbehörde stellte ihre Akten sofort dem Bezirksgericht zu (Dispositiv Ziff. 5). Das ist ein Indiz dafür, dass sie meinte, das Gericht werde über die Bestätigung resp. Aufhebung entscheiden. Dabei blieb offen, was denn die vorgesehene Anhörung der Mutter (durch die Vormundschaftsbehörde) noch sollte. Von da her ist nicht auszuschliessen, dass die heute aufgehobene Behörde ihrer Aufgabe in formeller Hinsicht nicht ganz gewachsen war – auch das ändert aber nichts daran, dass der Entscheid vom 24. Oktober 2012 im Sinne der zivilprozessualen Terminologie ein superprovisorischer war.

Nach allgemeiner Auffassung gibt es gegen eine superprovisorische Anordnung kein Rechtsmittel (Zürcher, Dike-Komm ZPO [online-Stand 21. Nov. 2011] Art. 265 N. 13; BGE 137 III 417). Das kann problematisch sein, wenn nach Auffassung des Gesuchstellers ein Unheil droht und die angerufene Behörde untätig bleibt. Darum geht es im Fall der Familie ... [von A. _____ und E. _____] aber ja nicht. Da die anordnende Behörde nach gesetzlicher Bestimmung sofort das rechtliche Gehör nachholen und dann ebenso unverzüglich über die Bestätigung ihrer einstweiligen Anordnung als vorsorgliche Massnahme entscheiden muss, würde ein Rechtsmittel ganz praktisch in der Regel wenig und weniger nützen. Das Problem der Untätigkeit der Behörde kann sich zwar auch dann stellen, wenn eine vorläufige Anordnung getroffen worden ist und es mit der Anhörung und/oder dem folgenden Entscheid über die Bestätigung oder Aufhebung der Anordnung hapert. A. _____ macht das für ihren Fall geltend. Auch wenn ihre Darstellung zutrifft, verschaffte ihr das allerdings keine Legitimation zur Anfechtung der superprovisorischen Entscheidung; allenfalls hätte sie sich wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung beschweren können und sollen; das Problem hat der Anwalt zwar gesehen (BR-act. 1 Rz. 5), daraus aber nicht die richtigen Konsequenzen gezogen. Mittlerweile ist im Übrigen ein Bestätigungsentscheid im Sinne des Gesetzes getroffen worden (act. 4/8, von A. _____ dem Obergericht vorgelegt), dieser ist aber nicht Thema des heutigen Entscheides.

Heute geht es darum, ob es richtig war, dass der Bezirksrat auf das Rechtsmittel A. _____s gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 24. Oktober 2012 nicht eingetreten ist. Nach den vorstehenden Ausführungen ist das der Fall, und damit ist die Beschwerde im Hauptpunkt abzuweisen.

4.1 Der Bezirksrat hat A. _____ die unentgeltliche Prozessführung verweigert und ihr auch keine Entschädigung zugesprochen, weil ihr Rechtsmittel aussichtslos gewesen sei. Das wird ebenfalls angefochten: dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung vor Bezirksrat sei stattzugeben, es seien keine Kosten aufzuerlegen, und es sei für jenes Verfahren eine Prozessentschädigung zuzusprechen (act. 2 S. 2).

A._____ ist im Verfahren des Bezirksrats unterlegen, und dabei bleibt es auch heute. Die Frage, ob eine superprovisorische Anordnung weiterziehbar ist, beschlägt keinen Ermessensentscheid, und die entsprechende Praxis ist fest etabliert. Die Beschwerde an den Bezirksrat war daher aussichtslos. Zwar hat die Vormundschaftsbehörde das aussichtslose Rechtsmittel mit verursacht mit ihrer unrichtigen Angabe, es könne gegen den Beschluss vom 24. Oktober 2012 beim Bezirksrat Beschwerde geführt werden. Es entspricht aber ebenfalls fester Praxis, dass sich eine anwaltlich vertretene Partei nicht auf eine falsche Rechtsmittelbelehrung verlassen darf (hier hat der Anwalt den Fehler sogar gesehen und selbst darauf hingewiesen: BR-act. 1 S. 3), und die gegenteilige Regel beim (Nicht-)Gelten der Gerichtsferien ist eine ausdrücklich als solche bezeichnete Ausnahme (*BGer *5A_378/2012* vom 6. Dez. 2012).

Der Bezirksrat sah sich veranlasst, die Vormundschaftsbehörde auf die Rechtslage hinzuweisen und anzuordnen, dass der Entscheid über die Aufhebung oder Bestätigung der superprovisorischen Anordnung nun getroffen werden müsse. Damit kam er einem Anliegen von A._____ entgegen. Diese hatte das aber nicht beantragt. Ihre Anträge lauteten ausdrücklich, der Beschluss vom 24. Oktober 2012 sei *vollumfänglich und ersatzlos aufzuheben*, und eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vormundschaftsbehörde *zurückzuweisen* - wobei sie allerdings gleichzeitig den Standpunkt vertrat, eine solche Rückweisung sei *nicht zulässig* (BR-act. 1 Rz. 1 ff. und 51 ff. sowie *passim*, Hervorhebungen beigefügt). Die Rückweisung einer Sache an die Vorinstanz kommt nur in Frage, wenn ein Entscheid aufgehoben wird (bspw. Art. 318 Abs. 1 lit. c und Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Bezirksrat hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin mit Recht auf ihren Anträgen behaftet. Das jedenfalls nach Darstellung von A._____ vermutlich richtige und Erfolg versprechende Rechtsmittel (eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung) wurde nicht erhoben. Da die Behörden im Bereich des Kinderschutzes nicht an die gestellten Anträge gebunden sind und der Bezirksrat auch allgemein Aufsichtsbehörde über die Vormundschaftsbehörden war, konnte er das Nötige anordnen. Das bedeutete aber kein Obsiegen der Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen, und dass diese aussichtslos waren, hat der Bezirksrat zutreffend festgestellt.

4.2 Damit unterliegt die Beschwerdeführerin auch vor Obergericht mit allen Anträgen. Mit Rücksicht auf ihre offenbar prekäre finanzielle Situation mag auf das Erheben von Kosten verzichtet werden – entsprechend hat A._____ am Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in diesem Punkt kein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne von Art. 59 ZPO, und es ist darauf nicht einzutreten (nachstehend, Beschluss Ziff. 1). Die unentgeltliche Rechtspflege durch Bestellen eines unentgeltlichen Vertreters kommt allerdings nicht in Frage, weil auch die Beschwerde ans Obergericht aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO).

5. Dieser Beschluss ist an Stelle der aufgehobenen kommunalen Vormundschaftsbehörde der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks B._____ zuzustellen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird nicht eingetreten, soweit es das Auferlegen von Kosten für das Verfahren des Obergerichts betrifft.
2. So weit das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes betrifft, wird es abgewiesen.
3. Die schriftliche Mitteilung dieses Beschlusses an die Beteiligten erfolgt zusammen mit dem nachstehenden Entscheid.
4. Für die Anfechtung dieses Beschlusses gilt ebenfalls die Rechtsmittelbelehrung am Ende des nachstehenden Entscheides.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

3. Eine Parteientschädigung wird für das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an Rechtsanwalt Y. _____ (... [Adresse]) für E. _____, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B. _____, an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat B. _____, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid und den verstehenden Beschluss 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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. Graf

versandt am: