

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PA130002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Beschluss und Urteil vom 26. Februar 2013

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

Nr.1 bis 3 vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X._____,

sowie

D._____,

Verfahrensbeteiligte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Anstaltseinweisung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Januar 2013 (FF120256)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchsteller und Beschwerdeführer 2 und 3 (fortan Gesuchsteller 2 und 3) sind seit dem 14. November 2000 die Pflegeeltern der Verfahrensbeteiligten D._____ (fortan D._____). Bei der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin 1 (fortan Gesuchstellerin 1) handelt es sich um die leibliche Mutter von D._____. Im Jahr 2012 kam es in der Familie der Gesuchsteller 2 und 3 zu gewissen einschneidenden Ereignissen (siehe insbesondere act. 7 S. 2 sowie auch act. 3/2, 3/3, 3/4). Diese Vorkommnisse gaben den Anlass, dass die zuständigen Behörden eine Umplatzierung von D._____ und den Widerruf der Pflegebewilligung der Gesuchsteller 2 und 3 in Erwägung zogen. Aus diesem Grund wurde Frau Rechtsanwältin Y._____ mit Verfügung vom 6. Dezember 2012 zur Verfahrensbeiständin von D._____ ernannt (act. 3/1).

1.2. Am 10. Dezember 2012 verfügte die Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ (heute Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde KESB der Stadt E._____) die einstweilige Unterbringung von D._____ in der Psychotherapiestation für Kinder und Jugendliche in F._____ (act. 3/II). D._____ wurde nach F._____ gebracht.

1.3. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2012 gelangten die Gesuchsteller 1 bis 3 an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich und verlangten die gerichtliche Beurteilung der Einweisung von D._____ in die Psychotherapiestation für Kinder und Jugendliche in F._____. Sie stellten im Wesentlichen die Anträge, die Verfügung der Vormundschaftsbehörde sei aufzuheben und D._____ sei in der Obhut der Gesuchsteller 2 und 3 zu belassen. Eventualiter sei das Kind einstweilen bei der Familie H._____ unterzubringen (act. 1).

1.4. Ebenfalls am 17. Dezember 2012 wurde die Bewilligung der Gesuchsteller 2 und 3 zur Aufnahme des Pflegekindes D._____ mit Verfügung der ... Soziale Dienste E._____ per sofort widerrufen. In der Verfügung wurde überdies die Bei-

ständigin aufgefordert, das Kind in geeigneter Weise anderswo unterzubringen. Sodann wurde belehrt, dass gegen diese Verfügung innert 30 Tagen Einsprache beim Stadtrat von E._____ erhoben werden könne (act. 7).

1.5. Im Verfahren vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich betreffend Anstaltseinweisung und Obhutsentzug fand am 19. Dezember 2012 die Anhörung von D._____ und am 20. Dezember 2012 die Hauptverhandlung statt. Am 21. Dezember 2012 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt (act. 10 und Protokoll zu FF120256-L, S. 6 ff. und S. 22 ff.). Ebenfalls am 21. Dezember 2012 stellte G._____, ... der Vormundschaftsbehörde, an einem Gespräch mit dem zuständigen Einzelrichter in Aussicht, noch am selben Tag zu verfügen, dass D._____ zumindest vorübergehend bei der Familie H._____ untergebracht werde (act. 23).

1.6. Am 9. Januar 2013 teilte der Vertreter der Gesuchsteller der Vorinstanz mit, dass D._____ derzeit bei der Familie H._____ übernachtete und wieder in die Schule gehe. Unter der Woche würde sie jeweils bei den Gesuchstellern 2 und 3 zu Mittag essen und mittwochs mache sie zusätzlich dort Hausaufgaben, bevor sie zum Violineunterricht gehe (act. 24).

1.7. Die Gesuchsteller 1 bis 3 erhoben sodann am 16. Januar 2013 Einsprache beim Stadtrat gegen die Verfügung der Direktorin Soziale Dienste E._____ vom 17. Dezember 2012 (act. 27).

1.8. Mit Verfügung vom 23. Januar 2013 schrieb das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich das Verfahren betreffend Anstaltseinweisung und Obhutsentzug als gegenstandslos erledigt ab (Disp. Ziff. 1). In Ziffer 4 Abs. 2 der Verfügung erfolgte der Hinweis, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (act. 29 = 32 = 34).

1.9. Gegen diese Verfügung erhoben die Gesuchsteller mit Eingabe vom 4. Februar 2013 fristgerecht Beschwerde beim Obergericht mit folgenden Anträgen (act. 33):

- " 1. In Gutheissung der Beschwerde seien die Ziffer 1 und die Ziffer 4 Abs. 2 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vom 23. Januar 2013 mit der Geschäfts-Nr. FF120256 aufzuheben,
2. es sei in Gutheissung der Anträge die Verfügung der Beschwerdegegnerin mit der Nr. 4164 vom 10. Dezember 2012 vollumfänglich aufzuheben und die Pflgetochter D. _____ sei weiterhin bei den Beschwerdeführern 2 und 3 im Rahmen des Pflegevertrages in deren Obhut und in deren Pflege zu belassen,
3. eventualiter sei die Pflgetochter D. _____ bis zum Abschluss aller notwendigen Abklärungen einstweilen bei der Familie H. _____ in deren Obhut und in deren Pflege zu geben;
4. es seien die kompletten amtlichen Akten der beklagten Vormundschaftsbehörde der Stadt E. _____ in Sachen D. _____ betreffend Verfügung Nr. 4164 vom 10. Dezember 2012 zu den amtlichen Akten dieses Verfahrens zu schlagen,
5. es sei eine zusätzliche richterliche Anhörung der Tochter D. _____ vor dem Obergericht durchzuführen,
6. D. _____ sei mittels Gutachtens zwecks Überprüfung des Kindeswohles raschmöglichst abzuklären,
7. dem Rechtsmittel sei aufschiebende Wirkung zu erteilen,
8. infolge der aktuellen Kindeswohlgefährdung der Pflgetochter D. _____ sei die gerichtliche Beurteilung mittels vorsorglicher Massnahmen durchzuführen, wobei die Hauptverhandlung, sofern das Obergericht dies für notwendig erachtet, innert vier Wochen durchzuführen ist,
9. es sei der Beschwerdeführerin 1 die unentgeltliche Rechtspflege sowie ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren;
10. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus gesetzliche Mehrwertsteuern) beider Instanzen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

1.10. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

Thema des vorliegenden Verfahrens ist die fürsorgerische Unterbringung. Am 1. Januar 2013 sind das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR) und die kantonalen Einführungsbestimmungen in Kraft getreten (EG KESR). Revidiert wurden auch die altrechtlichen Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (neue Terminologie: Fürsorgerische Unterbringung) gemäss

aArt. 397a ff. ZGB. Das neue Recht ist ab dem 1. Januar 2013 auch auf hängige Verfahren anwendbar (Art. 14a Abs. 2 SchIT ZGB).

Das Obergericht ist gemäss § 64 EG KESR zur Behandlung der Beschwerde zuständig. Die besonderen Verfahrensvorschriften des KESR sind grundsätzlich auch im (kantonalrechtlich geregelten) Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht massgeblich (OGer ZH, NA130001 vom 15. Januar 2013). Subsidiär gelangen sodann das GOG und die Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 450f ZGB, § 40 EG KESR). Wie bis anhin kommt dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 450e Abs. 2 ZGB, § 40 Abs. 1 EG KESR). Auf eine Anhörung durch das Obergericht kann verzichtet werden (§ 69 EG KESR), ebenso auf eine Ergänzung des bisherigen Verfahrens.

3. Materielles

3.1. Die Art. 426 bis 439 ZGB regeln unter dem Titel fürsorgerische Unterbringung diese behördliche Massnahme des Erwachsenenschutzes. Aufgrund des Verweises in Art. 314b ZGB gelten diese Normen auch für die fürsorgerische Unterbringung von Kindern. Die fürsorgerische Unterbringung einer minderjährigen Person liegt dann vor, wenn die betroffene Person in einer geschlossenen Einrichtung oder einer psychiatrischen Klinik untergebracht wird (Art. 314b ZGB). Der Begriff der Einrichtung ist indes weit auszulegen. Jede organisatorische Einheit kommt hierzu in Frage, in der einer Person ohne oder gegen ihren Willen persönliche Fürsorge unter spürbarer Einschränkung der Bewegungsfreiheit erbracht werden kann. Es muss sich dabei nicht um eine geschlossene Anstalt handeln. Es genügt, dass der betroffenen Person ein Entweichen verboten oder tatsächlich nicht möglich ist. Nicht ausgeschlossen ist, dass auch eine (Pfleger-)Familie eine solche Einrichtung darstellt. Es müssen jedoch zum einen gewisse Regeln bezüglich des Tagesablaufs gelten. Zum anderen ist eine Familie wie ein Kinder- oder Jugendheim nur dann Einrichtung im Sinne der fürsorgerischen Unterbringung, wenn die darin untergebrachten Personen einer stärkeren Freiheitsbeschränkung unterworfen sind als Altersgenossen, die bei ihrer eigenen Familie aufwachsen (BSK Erwachsenenschutzrecht, GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 N 35; siehe auch BGE 121 III 308).

3.2. Die Gesuchsteller bringen zur Begründung im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe mit ihrer Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit willkürlich und gesetzeswidrig gehandelt, weil die Verfügung Nr. 4164 der Vormundschaftsbehörde vom 10. Dezember 2012, mit welcher D._____ in die Klinik in F._____ eingewiesen wurde, bisher nicht durch eine andere schriftliche Verfügung aufgehoben worden ist. Diese Verfügung sei somit nach wie vor gültig, weshalb der Streitgegenstand keinesfalls weggefallen sei (act. 1 S. 8 f.). Ausserdem komme die Unterbringung bei Familie H._____ im vorliegenden Fall einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung gleich, weil es sich dabei nicht um das Zuhause von D._____ handle und ihre Freiheit eingeschränkt werde (act. 1 S. 18 und 24).

3.3. Zunächst ist anzumerken, dass die Gesuchsteller irrtümlich davon ausgehen, es sei Aufgabe der Vorinstanz gewesen (und somit auch Aufgabe des Obergerichts), die Verfügung der Vormundschaftsbehörde inhaltlich umfassend zu überprüfen. Vom Einzelgericht war einzig die fürsorgerische Unterbringung zu überprüfen, weshalb nun auch nur diese Frage Gegenstand des Beschwerdeverfahrens darstellt. Es fiel nicht in die Zuständigkeit der Vorinstanz zu prüfen, ob die Gesuchsteller 2 und 3 weiterhin als Pflegeeltern in Frage kommen. Ebenfalls war nicht zu entscheiden, welche Unterbringung mit dem Kindeswohl am Besten vereinbar ist. Die zu beantwortenden Fragen waren und sind lediglich, ob sich D._____ in einer Einrichtung im Sinne der fürsorgerischen Unterbringung befindet, und falls ja, ob die Voraussetzungen hierfür vorliegen (Art. 314b und Art. 426 ff. ZGB).

Soweit die vor Obergericht gestellten Anträge der Gesuchsteller sich auf Verfügungen der Kindesschutzbehörde oder anderer Behörden beziehen und eine Überprüfung des Kindeswohls beantragt wird, ist auf diese mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten. Wollen die Gesuchsteller gegen Verfügungen der Kindesschutzbehörde (oder gegen eine Rechtsverweigerung durch diese Behörde) vorgehen, haben sie hierzu Beschwerde beim *Bezirksrat* zu erheben (§ 63 EG KESR; vgl. hierzu auch act. 3/II S. 4 Ziff. 6 Abs. 2). Gegen die Verfügung der Direktorin Soziale Dienste E._____ vom 17. Dezember 2012 ist das Rechtsmittel die Einsprache beim Stadtrat. Diese ist offenbar bereits erfolgt (act. 27).

3.4. D._____ wurde zunächst in die Psychotherapiestation für Kinder und Jugendliche in F._____ eingewiesen. Somit bestand bei Einleitung der erstinstanzlichen Beschwerde beim Einzelgericht gemäss § 62 Abs. 1 EG KESR ein Rechtsschutzinteresse. Während des laufenden Verfahrens wurde D._____ aus der Klinik entlassen und bei der Familie H._____ untergebracht.

Eine Überprüfung der Einweisung in die Psychotherapiestation in F._____ kommt nicht mehr in Betracht. Diesbezüglich ist mit der Entlassung das Rechtsschutzinteresse entfallen. Dabei spielt – entgegen der Ansicht der Gesuchsteller (act. 1 S. 8 N 4.2) – keine Rolle, ob eine schriftliche Entlassungsverfügung der zuständigen Stelle besteht oder nicht. Relevant ist einzig die Tatsache, dass sich D._____ heute nicht mehr in der Klinik befindet.

Somit bleibt zu prüfen, ob die aktuelle Unterbringung bei Familie H._____ eine Freiheitsbeschränkung für D._____ mit sich zieht, die diejenige von Altersgenossen so sehr überschreitet, dass nach wie vor eine fürsorgerische Unterbringung vorliegt. Das Bestehen solcher Freiheitsbeschränkungen wird weder von den Gesuchstellern substantiiert vorgebracht noch sind solche ersichtlich. Ganz im Gegenteil: Die Gesuchsteller führen selber aus, D._____ besuche normal die Schule in E._____, treffe sich mit Schulfreunden, esse mittags bei den Gesuchstellern 2 und 3, mache mittwochs dort ausserdem nach dem Essen noch Hausaufgaben und gehe anschliessend in den Violineunterricht. Auch gehe sie vier mal pro Woche ins Kunstturnen (act. 24, act. 27 S. 9). Bei der aktuellen Unterbringung handelt es sich somit mangels erheblicher Freiheitsbeschränkungen nicht um eine fürsorgerische Unterbringung im Sinne des Gesetzes. Mit der Entlassung von D._____ aus der Psychotherapiestation für Kinder und Jugendliche in F._____ ist folglich das Rechtsschutzinteresse am vorliegenden Verfahren betreffend fürsorgerischer Unterbringung entfallen.

Es ist nicht ganz einsichtig, dass die Gesuchsteller sowohl vor Vorinstanz als auch vor Obergericht im Eventualbegehren beantragen, D._____ sei bei Familie H._____ unterzubringen, und dennoch die Ansicht vertreten, es liege dabei eine übermässige Beschränkung der Freiheit von D._____ vor, welche überprüft werden müsse. Unklar bleibt überdies, weshalb die Gesuchsteller das Eventualbe-

gehren Ziffer 3 überhaupt stellen, nachdem dies dem aktuellen Stand der Dinge entspricht. Diese Frage kann bei der vorliegenden Sachlage indes offen bleiben.

3.5. Wie ausgeführt kam die Vorinstanz zutreffend zum Schluss, die Unterbringung von D. _____ bei der Familie H. _____ stelle keinen Fall der fürsorgerischen Unterbringung dar. Entsprechend war es korrekt und keineswegs willkürlich, das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Auch musste die Vorinstanz bei dieser Sachlage weder weitere Abklärungen treffen, noch Stellungnahmen einholen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in der Aktennotiz der Vorinstanz vom 21. Dezember 2012 ausgeführt wurde, die Abschreibung des Verfahrens erfolge erst mit Aufhebung der Verfügung der Vormundschaftsbehörde (act. 23). Wie bereits erwähnt, war es denn auch nicht Aufgabe der Vorinstanz im Rahmen der Überprüfung der fürsorgerischen Unterbringung die bestmögliche Unterbringungsmöglichkeit für D. _____ zu ermitteln. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

3.6. Würde sich die Befürchtung der Gesuchsteller bewahrheiten und D. _____ erneut in die Klinik in F. _____ versetzt (act. 1 S. 14 lit. K), wäre beim Einzelgericht ein neuerliches Begehren um gerichtliche Beurteilung der fürsorgerischen Unterbringung zu stellen. Eine Überprüfung "auf Vorrat" ist vom Gesetz nicht vorgesehen.

3.7. Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos geworden. Anzumerken ist jedoch, dass das diesbezügliche Begehren der Gesuchsteller ohnehin unklar ist: Inwiefern die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bezüglich des Abschreibungsentscheides eine Auswirkung auf den vorliegenden Fall hätte, führten die Gesuchsteller nicht aus.

4. Unentgeltliche Rechtspflege

Die Gesuchstellerin 1 beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung von Fürsprecher lic.iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes kommt zudem nur in Frage, wenn dies zur Wahrung der Rechte einer Partei notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Beschwerde ist vorliegend aussichtslos, weshalb das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege ohne weitere Prüfung abzuweisen ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Gesuchstellern 1 bis 3 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen: Den Gesuchstellern nicht, weil sie unterliegen, D._____ und ihrer Verfahrensbeiständin nicht, weil sie sich nicht äussern mussten.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin 1 um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchstellern 1 bis 3 unter deren solidarischer Haftung auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verfahrensbeteiligte unter Beilage eines Doppels von act. 33, an die Beiständin, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde KESB der Stadt E._____ (vormals Vormundschaftsbehörde E._____) sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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:

MLaw D. Weil

versandt am: