

**Art. 445 ZGB, vorsorgliche Massnahmen.** *Gegen eine ohne Anhörung der Betroffenen angeordnete (sog. superprovisorische) Massnahme ist auch im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes kein Rechtsmittel möglich.*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3. Die KESB [=Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde] trifft auf Antrag einer am Verfahren beteiligten Person oder von Amtes wegen alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen. Bei besonderer Dringlichkeit kann sie vorsorgliche Massnahmen sofort ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen treffen. Gleichzeitig gibt sie diesen Gelegenheit zur Stellungnahme; anschliessend entscheidet sie neu (Art. 445 Abs. 1 und 2 ZGB). Gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann innert zehn Tagen nach deren Mitteilung Beschwerde erhoben werden (Art. 445 Abs. 3 ZGB).

Die Möglichkeit, bei besonderer Dringlichkeit vorsorgliche Massnahmen sofort und ohne Anhörung der am Verfahren Beteiligten zu treffen, entspricht inhaltlich der Vorschrift von Art. 265 Abs. 1 und 2 ZPO (Steck, in: Rosch/Büchler/Jakob, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2011, Art. 445 N 9). Entsprechend der Regelung in der ZPO muss mit der Eröffnung der superprovisorischen Anordnung das rechtliche Gehör gewährt werden. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist unverzüglich nachzuholen, indem gleichzeitig mit der Anordnung der Massnahme Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zu geben ist (Steck, a.a.O.; Schmid, Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 445 N 9; Fassbind, Erwachsenenschutz, 2012, S. 113; Auer/Marti, BSK Erwachsenenschutz, Art. 445 N 28).

Gemäss Botschaft zum KESR (BBl 2006, 7077) soll die Beschwerdemöglichkeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes - anders als in der Zivilprozessordnung (BBl 2006 7221 ff.; S. 7356; BGE 137 III 417 E. 1.3) - auch bei superprovisorischen Massnahmen gegeben sein. Begründet wird dies damit, dass solche Massnahmen besonders tief in die Persönlichkeit der betroffenen Person eingreifen können und das Verfahren auf Anordnung einer ordentlichen vorsorglichen Massnahme, wenn mehrere am Verfahren beteiligte Personen anzuhören sind, einige Zeit in Anspruch nehmen kann (BBl, a.a.O., von der Literatur so übernommen: Steck, a.a.O., Art. 445 N 11; Fassbind, a.a.O., S. 114). In der Literatur werden dazu zu Recht Bedenken geäussert:

Einerseits wird ausgeführt, dass die Betroffenen, um ihren Standpunkt darzulegen, kein Rechtsmittel zu ergreifen brauchen, weil sie sich mündlich oder schriftlich unmittelbar an die verfügende KESB wenden können (Fassbind, a.a.O., S. 113). Alsdann wird es als problematisch betrachtet, dass sich die Rechtsmittelbehörde im Extremfall dreimal mit der Frage der Notwendigkeit einer konkreten Massnahme zu befassen habe, nämlich zunächst im Rahmen der superprovisorischen Massnahme, alsdann im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen und schliesslich im Rahmen des Hauptverfahrens. Dies sei der Fall, wenn - wie aus der Begründung in der Botschaft: "...da die Massnahme tief in die Persönlichkeit eingreifen' kann..." - abgeleitet werden müsse, dass sich Rechtsmittelinstanz auch im Rahmen der Anfechtung der superprovisorischen Massnahmen mit der Berechtigung der Massnahme an sich auseinandersetze (Auer/Marti, a.a.O. Art. 445 N 32). Die Autoren lehnen daher eine selbständige Anfechtbarkeit von superprovisorischen Massnahmen ab (a.a.O.). Schmid will sie nur dann zulassen, wenn das Verfahren auf Anordnung einer ordentlichen vorsorglichen Massnahme, besonders wenn mehrere Verfahrensbeteiligte anzuhören sind, einige Zeit in Anspruch nimmt (Schmid, a.a.O., Art. 445 N 13).

Die selbständige Anfechtung von superprovisorischen Anordnungen gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB ist nach dem Gesetzeswortlaut weder ausdrücklich vorgesehen noch ausgeschlossen. Die Intention in der bundesrätlichen Botschaft, welche die Anfechtbarkeit vorsieht, scheint zwei Stossrichtungen zu haben: Einerseits soll in Fällen, wo besonders tiefgreifend in die Persönlichkeit eingegriffen wird, auch der Rechtsschutz besonders ausgebaut sein. Andererseits soll dieser Rechtsschutz schnell erfolgen können: Verzögerungen, die sich im Rahmen des ordentlichen Verfahrens um Anordnung vorsorglichen Massnahmen ergeben können, sollen nicht zulasten des Betroffenen gehen.

Beides kann - wie es das Gesetz auch ausdrücklich vorsieht - in optimaler Weise mit der unmittelbar nach der superprovisorischen Anordnung vorgesehenen Anhörung bzw. Stellungnahme und dem zeitnahen neuen Entscheid der zuständigen Behörde im Rahmen der ordentlichen vorsorglichen Massnahmen erreicht werden. Im Rechtsmittelverfahren gegen die superprovisorische Anordnung kann ausschliesslich geprüft werden, ob die Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahme erfüllt sind (Schmid, a.a.O. Art. 445 N 13; Steck, a.a.O., Art. 445 N 11; Auer/Marti, a.a.O., Art. 445 N 32; Fassbind, a.a.O., S. 114), weil der Entscheid der Rechtsmittelbehörde nicht weitergehen kann, als der ihm zugrundeliegende angefochtene Entscheid. Geprüft werden kann nur, ob die besondere Dringlichkeit gegeben war, die es rechtfertigte, die Massnahme *ohne Anhörung* der Betroffenen anzuordnen. Darüber, ob im Rahmen der ordentlichen

vorsorglichen Massnahme oder gar im Hauptverfahren die getroffene Massnahme berechtigt war oder nicht, ist damit nichts gesagt. Die Überprüfung von superprovisorisch angeordneten Massnahmen ist aber nicht nur inhaltlich sehr eingeschränkt, sondern dürfte auch regelmässig länger dauern als die Überprüfung der Massnahme nach Anhörung der Betroffenen durch die anordnende Instanz im Rahmen des ordentlichen vorsorglichen Massnahmeverfahrens. Deren Entscheidung hat nach der unverzüglichen Anhörung der Betroffenen zeitnah zu ergehen und unterliegt nach Art. 445 Abs. 3 ZGB der Beschwerdemöglichkeit.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Intentionen in der Botschaft, nämlich ein möglichst umfassender und rascher Rechtsschutz im Bereich der superprovisorischen Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes mit der Einräumung der Rechtsmittelfähigkeit von superprovisorischen Anordnungen im Kindes- und Erwachsenenschutz nicht erreicht werden kann. Damit entfallen die in der Botschaft erwähnten Gründe, die superprovisorischen Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz mit Bezug auf die Anfechtbarkeit anders zu behandeln als andere superprovisorische Massnahmen gemäss Art. 265 ZPO. Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen superprovisorische Anordnungen der KESB ist daher zu verneinen.

Obergericht, II. Zivilkammer

Beschluss vom 12. September 2013

Geschäfts-Nr.: PQ130029-O/U