

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ160098-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 22. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

betreffend **Gemeinsame elterliche Sorge**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer II des Bezirksrates Zürich vom 3. November 2016 i.S. C. _____ und D. _____, beide geb. am tt.mm.11; VO.2016.30 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte und Streitgegenstand

1.1. A._____ (fortan Beschwerdeführerin) und B._____ (fortan Beschwerdegegner) sind die nicht verheirateten Eltern der Zwillinge C._____ und D._____, beide geboren am tt.mm.2011. Mit Beschlüssen vom 2. Februar 2016 stellte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (fortan KESB) die Kinder unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien – bis dahin oblag die elterliche Sorge alleine der Beschwerdeführerin (KESB-act. 52; BR-act. 1/1 und 1/2).

1.2. Die Zustellung der Beschlüsse an die Beschwerdeführerin wurde zunächst an den E._____ -Weg ..., ... Zürich, versucht, indes konnte die Empfängerin von der Post unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden (KESB-act. 53). Eine Überprüfung beim Personenmeldeamt ergab den F._____ -Weg ..., ... Zürich, als Meldeadresse, woraufhin am 11. Februar 2016 eine erneute Zustellung erfolgte; in der Abholfrist bis 19. Februar 2016 wurden die Beschlüsse nicht entgegengenommen und in der Folge an die KESB retourniert (KESB-act. 55). Am 22. Februar 2016 sprach die Beschwerdeführerin auf der KESB vor, wobei ihr die Beschlüsse gegen Empfangsschein persönlich ausgehändigt wurden (KESB-act. 54; BR-act. 1/4 f.).

1.3. Am 23. März 2016 überbrachte die Beschwerdeführerin dem Bezirksgericht Zürich eine gemäss Anrede an die KESB gerichtete Beschwerde gegen die Entscheide der KESB; das Bezirksgericht sandte die Beschwerde mit Schreiben vom 24. März 2016 dem Bezirksrat als zuständiger Behörde zur weiteren Veranlassung zu (BR-act. 1 und 2). Mit Verfügung vom 29. März 2016 wurde die KESB zur Vernehmlassung hinsichtlich der Fristwahrung der Beschwerde eingeladen (BR-act. 4). Die KESB hielt in der Vernehmlassung dafür, dass für den Fristbeginn die persönliche Übergabe an die Beschwerdeführerin massgebend sei und die Einreichung der Beschwerde beim Bezirksgericht angesichts des allgemein geltenden Grundsatzes von Art. 48 Abs. 3 BGG fristwährend sei (BR-act. 6 f.). In seiner

Stellungnahme vom 11. April 2016 stellte sich der Beschwerdegegner auf den Standpunkt, die Beschwerde müsse verspätet sein (BR-act. 12 S. 4). Mit Beschluss vom 3. November 2016 trat der Bezirksrat auf die Beschwerde nicht ein, da die Beschwerdeführerin die Rechtsmittelfrist versäumt habe (BR-act. 16 = act. 7).

1.4. Fristgerecht erhob die nunmehr vertretene Beschwerdeführerin Beschwerde gegen diesen Beschluss mit folgendem Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Beschluss der II. Kammer des Bezirkrates Zürich vom 3. November 2016 (VO.2016.30/3.02.16) aufzuheben und an den Bezirksrat Zürich zur materiellen Beurteilung der Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 22. März 2016 zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz zu Lasten des Beschwerdegegners."

Ferner ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (BR-act. = act. 8/1-18; KESB-act. = act. 9/1-57). Der Kammer sind einzig die KESB-Akten hinsichtlich C._____ zugegangen; dem beiliegenden Aktenverzeichnis zu D._____ ist indes zu entnehmen, dass für die Zwillinge identische Akten geführt wurden. Zudem sind die fraglichen Entscheide der KESB und die zugehörigen Empfangsscheine für beide Kinder in den Akten des Bezirkrates enthalten. Vom Beizug der KESB-Akten zu D._____ kann demnach abgesehen werden. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 liess die Beschwerdeführerin der Kammer schliesslich zusätzliche Belege zur Untermauerung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zukommen (act. 10; act. 11/9-14). Die Sache ist spruchreif.

2. Beschwerdevoraussetzungen

2.1. Das Urteil des Bezirkrates wurde der Beschwerdeführerin am 7. November 2016 zugestellt (BR-act. 18), womit die Beschwerde vom 6. Dezember 2016 fristgerecht erfolgte (Art. 450b Abs. 1 ZGB). Sie erfolgte schriftlich und mit begründetem Antrag (Art. 450 Abs. 3 ZGB). Die Beschwerdeführerin ist vom Entscheid der Vorinstanz schliesslich unmittelbar betroffen und damit zur Beschwerde befugt (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Die Beschwerdevoraussetzungen sind gegeben.

2.2. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbesondere die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZPO). Der Kanton Zürich kennt zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirkrates sein, nicht hingegen solche der KESB.

3. Beginn der Rechtsmittelfrist

3.1. Gegen Entscheide einer KESB kann innert 30 Tagen seit Mitteilung des Entscheids beim zuständigen Gericht Beschwerde erhoben werden (Art. 450 Abs. 1 und Art. 450b Abs. 1 ZGB).

3.2. Der Bezirksrat Zürich erwog, dass die Beschwerdeführerin über das laufende Verfahren informiert gewesen sei; ihr sei insbesondere ein schriftlicher Beschluss über die Regelung der elterlichen Sorge in Aussicht gestellt worden. Für die Fristberechnung sei der Zustellversuch an die korrekte Adresse der Beschwerdeführerin und damit der Ablauf der unbenutzten Abholfrist am 19. Februar 2016 massgebend. Mithin habe die 30-tägige Rechtsmittelfrist unter Berücksichtigung der Bestimmung für Wochenenden am 21. März 2016 geendet. Die am 23. März 2016 erhobene Beschwerde erweise sich als verspätet. Daran ändere nichts, dass die Beschwerdeführerin die Beschlüsse am 22. März 2016 bei der KESB persönlich abgeholt habe, da die Rechtsmittelfrist dann schon abgelaufen gewesen sei (act. 7 S. 4 f.).

3.3. Die Beschwerdeführerin moniert, die Erwägung des Bezirkrats zur Entgegennahme der Beschlüsse am 22. März 2016 sei falsch, seien die Beschlüsse doch am 22. Februar 2016 übergeben worden. Im Februar 2016 sei sie selber – alleine mit den damals 4½-jährigen Zwillingen – vollumfänglich mit dem Umzug

vom E._____-Weg ... zum F._____-Weg ... beschäftigt gewesen. Nach dem Scheitern der Zustellversuche seien ihr am 22. Februar 2016 die beiden Beschlüsse auf der KESB persönlich gegen Empfangsschein mit der expliziten Rechtsmittelbelehrung "Gegen diesen Beschluss kann innert einer Frist von 30 Tagen nach Erhalt unter Beilage dieser Ausfertigung beim Bezirksrat Zürich, Postfach, 8090 Zürich, eine schriftliche und begründete Beschwerde erhoben werden" übergeben worden. Auch die KESB sei in ihrer Vernehmlassung von einem Fristenlauf ab 23. Februar 2016 ausgegangen. Insofern könne sich die Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz berufen. Gleiches gelte vor dem Hintergrund von Art. 148 ZPO.

3.4. Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges behördliches Verhalten, auf das sie berechtigterweise vertrauen durfte, sofern sie gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1). Praxisgemäss sind nicht anwaltlich vertretene Parteien in ihrem Glauben zu schützen, die Rechtsmittelfrist beginne erst am Tag nach der tatsächlichen Entgegennahme bzw. am Tag nach Ablauf der verlängerten Abholfrist zu laufen, wenn das Auseinanderklaffen des Datums der Zustellfiktion und des letzten Tags der angesetzten Abholfrist für sie tatsächlich nicht erkennbar war (Urteile des BGer 2C_990/2015 vom 19. Februar 2016 E. 3.4; 8C_655/2012 vom 22. November 2012 E. 4.2). So wie aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung den Parteien keine Nachteile erwachsen dürfen, darf einer Partei durch Angaben einer zuständigen Behörde kein Nachteil erwachsen, es sei denn, der Fehler sei offenkundig bzw. für die Partei erkennbar (vgl. Urteil 1C_85/2010 vom 4. Juni 2010 E. 1.4.3; BGE 127 I 31 E. 3b/bb S. 36).

3.5. Im vorliegenden Fall liegt ein solcher Vertrauenstatbestand vor. Die damals nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin nahm die Beschlüsse der KESB am 22. Februar 2016 persönlich gegen Empfangsschein entgegen, ohne dass sie gesondert auf die früher eingetretene Zustellfiktion hingewiesen worden wäre. Auch die KESB stellte sich damit einhergehend im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren auf den Standpunkt, die Frist habe am 23. Februar 2016 zu laufen be-

gonnen. Unter Vertrauensgesichtspunkten darf daher der Beschwerdeführerin aus dem Auseinanderklaffen des Datums der Zustellungsfiktion und der effektiven Abholung bei der KESB kein Nachteil erwachsen.

3.6. Insoweit führte dies zur Gutheissung der Beschwerde. Das Gericht tritt auf eine Klage bzw. ein Rechtsmittel aber nur ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO); es prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist nur dann rechtzeitig, sollte sich die Übergabe der Beschwerdeschrift an das unzuständige Bezirksgericht Zürich am letzten Tag der Beschwerdefrist, am 23. März 2016, als fristwährend erweisen. Das Bezirksgericht schickte die Beschwerde nämlich erst am Folgetag, dem 24. März 2016, und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist an den Bezirksrat Zürich weiter (vgl. Couvert zu BR-act. 1).

4. Fristwahrung bei Eingaben an die unzuständige Behörde

4.1. Die Schweizerische ZPO äussert sich nicht zur Frage der Fristwahrung durch Rechtsmitteleingaben, die bei einer sachlich oder funktionell unzuständigen Behörde eingereicht worden sind, und auch nicht zur Frage der Weiterleitung solcher Eingaben an die zuständige Instanz. Art. 63 ZPO betrifft die Wahrung der durch eine Eingabe an eine unzuständige Stelle oder in einem falschen Verfahren begründeten Rechtshängigkeit und ist nicht auf Rechtsmitteleingaben anwendbar (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, 3. Aufl. 2016, N 8 zu Art. 63). Andere Bundesgesetze kennen demgegenüber entsprechende Normen (vgl. Art. 48 Abs. 3 BGG; Art. 32 Abs. 2 SchKG; Art. 91 Abs. 4 StPO; Art. 39 Abs. 2 ATSG; Art. 21 Abs. 2 VwVG). So bestimmt namentlich Art. 48 Abs. 3 BGG, dass die Frist auch als gewahrt gilt, wenn die Eingabe rechtzeitig bei der Vorinstanz oder bei einer unzuständigen eidgenössischen oder kantonalen Behörde eingereicht worden ist. Das Bundesgericht hat die Fragestellung im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung wie folgt entschieden (vgl. BGE 140 III 636 E. 3.6; vgl. auch die frühere strengere Praxis der Kammer in OGer ZH PF130016 vom 26. Juni 2013, E. 3):

"Da die ZPO eine Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung statuiert (Art. 238 lit. f ZPO) und überdies eindeutige Vorschriften über die Einreichungsinstanz enthält (Art. 311 ZPO, Art. 321

ZPO, vgl. auch für die Revision Art. 328 Abs. 1 ZPO), sollte eine irrtümliche Einreichung bei Vorliegen einer korrekten Rechtsmittelbelehrung kaum vorkommen. Jedenfalls erscheint unter diesem Aspekt ein weitergehender Schutz als bezüglich einer versehentlichen Einreichung bei der Vorinstanz als nicht notwendig. Eine ausgedehntere Anwendung auf Fälle, in denen das Rechtsmittel bei einer mit der Sache nicht befassten inner- oder gar ausserkantonalen Behörde oder einer Bundesbehörde (etwa auch dem Bundesgericht) eingereicht wird, muss daher ausscheiden. In diesen Fällen kann die Frist nur als gewahrt betrachtet werden, wenn die unzuständige Behörde das Rechtsmittel noch innert Frist an die zuständige Rechtsmittelinstanz weiterleitet, wozu sie gesetzlich nicht verpflichtet ist (vgl. STERCHI, a.a.O. [BK ZPO], N. 4 zu Art. 311 ZPO), aber unter Umständen aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus gehalten sein kann (vgl. Urteil 5A_576/2012 vom 16. Januar 2013 E. 3.3)."

4.2. Wie die Beschwerdeführerin selber dartut, enthalten die Entscheide der KESB eine explizite Rechtsmittelbelehrung, aus der die zuständige Beschwerdeinstanz samt Postadresse ohne weiteres hervorgeht. Das von der Beschwerdeführerin angerufene Bezirksgericht Zürich ist aber mit der Streitsache in keiner Weise befasst. In Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat damit eine analoge Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG auszuschneiden und es ist für die Frage der Rechtzeitigkeit auf den Zeitpunkt der Übermittlung der Beschwerde durch das Bezirksgericht Zürich abzustellen. Die Postaufgabe vom 24. März 2016 ist aber nicht mehr fristgerecht, sprich verspätet. Ein Fristwiederherstellungsgesuch nach Erhalt des angefochtenen Beschlusses des Bezirksrats im Sinne von Art. 148 ZPO wurde nicht gestellt. Im Ergebnis, wenn auch mit der falschen Begründung, erweist sich demzufolge der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz als zutreffend.

4.3. Der Bezirksrat hat sich zur vorliegend wesentlichen Frage der Fristwahrung bei einer Einreichung der Beschwerde an die unzuständige Behörde in keiner Weise geäußert. Insofern liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. In der Regel ist die Aufhebung mit einer Rückweisung an die Vorinstanz die Folge (BGE 137 I 195 E. 2.2; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, a.a.O., N 26 zu Art. 53). Ausnahmsweise kann die Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn diese sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Auch bei einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs ist von

einer Rückweisung der Sache abzusehen, wenn dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2). Letzteres ist vorliegend der Fall.

4.4. Zusammenfassend hat die Beschwerdeführerin damit die Frist zur Einreichung einer Beschwerde an den Bezirksrat versäumt, weshalb der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid zu schützen und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

5. Unentgeltliche Rechtspflege / Kosten- und Entschädigungsfolge

5.1. Die Beschwerdeführerin hat für das vorliegende Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von Gerichtskosten und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands) ersucht. Das Gesuch ist gestützt auf § 40 Abs. 3 EG KESR nach den dazu bestehenden Regeln der ZPO als kantonales Recht zu beurteilen. Demnach ist es dann gutzuheissen, wenn die Beschwerdeführerin eine Mittellosigkeit i.S. des Art. 117 lit. a ZPO dargetan und gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO belegt hat und zusätzlich ihre Beschwerde im Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht als aussichtslos erscheint. Schliesslich muss der Beizug eines Rechtsbeistands zur Wahrung der Rechte notwendig sein.

5.2. Die Beschwerdeführerin ist gestützt auf ihre Darstellung (act. 2 S. 7 ff.) und die eingereichten Unterlagen (act. 4/7-8 und act. 11/9-14) als Sozialhilfeempfängerin mittellos. Ihre Beschwerde kann sodann mit Blick auf den ergangenen Entscheid nicht als aussichtslos betrachtet werden. Der Bezirksrat hat nicht nur in seiner Würdigung den Sachverhalt falsch dargestellt und die wesentliche Frage der Fristwahrung der Einreichung einer Beschwerde bei der unzuständigen Behörde unbeurteilt gelassen, sondern hat es auch versäumt, der Beschwerdeführerin die Stellungnahme des Beschwerdegegners vor Erlass seines Entscheids zugehen zu lassen (BR-act. 12). Unter dem Aspekt, dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. November 2016 anzeigte, dass sie nunmehr durch einen Anwalt vertreten werde, und zugleich um Mitteilung des Verfahrensstandes ersuchte – welche Umstände dem Bezirksrat beim Entscheid am Folgetag, dem 3. November 2016, bekannt waren, ansonsten er sie nicht in der Prozessge-

schichte angeführt hätte (act. 7 S. 2) –, ist eine weitere erhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs zu verzeichnen. Es rechtfertigt sich daher, der Beschwerdeführerin antragsgemäss die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen, zumal auch der Beizug eines Anwalts als angezeigt erscheint.

5.3. Bei dieser Ausgangslage fallen sodann die Kosten für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren ausser Ansatz (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdeführerin wird für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksrates Zürich, Kammer II, vom 3. November 2016 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, Kammer I, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je 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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: