

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 16. April 2021

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegner

betreffend **Anordnung Intensivabklärung / Weisung**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer I des Bezirsrates Zürich vom 2. März 2021; VO.2021.8 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Die Parteien sind die verheirateten, aber getrennt lebenden Eltern von C._____, geb. tt.mm.2011. C._____ steht unter der Obhut der Mutter, die Betreuung durch den Vater ist gerichtlich geregelt (KESB act. 12). Der Vater wandte sich am 8. Juni 2020 an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (nachfolgend KESB), nachdem er C._____ seit dem 14. April 2020 nicht mehr gesehen hatte (KESB act. 10). In der Folge wurden beide Eltern von der KESB angehört. Die KESB erteilte am 30. Juli 2020 dem Sozialzentrum D._____ einen Abklärungsauftrag mit dem Inhalt, die Lebensverhältnisse von C._____ abzuklären und zu prüfen, ob zur Wahrung des Kindeswohls Unterstützung im Rahmen der Jugend- und Familienhilfe als notwendig und gegebenenfalls als ausreichend erscheine oder ob die Anordnung von Kindeschutzmassnahmen notwendig sei (KESB act. 31). Die für die Abklärung zuständigen Sozialarbeitenden beantragten am 27. November 2020 eine Intensivabklärung zur Erziehungsfähigkeit der Mutter und zur Einschätzung einer Kindeswohlgefährdung von C._____ durch das Jugendnetzwerk E._____ (KESB act. 65). Nach erneuter, getrennter Anhörung der Eltern (KESB act. 69 und 75) ordnete die KESB am 15. Dezember 2020 für C._____ gestützt auf Art. 307 Abs. 1 ZGB eine Intensivabklärung durch das Jugendnetzwerk E._____ zur Erziehungsfähigkeit der Mutter und zur Einschätzung der Kindeswohlgefährdung für C._____ an. Zudem wurde der Mutter die Weisung erteilt, bei der Intensivabklärung kooperativ mitzuwirken (BR act. 2 = KESB act. 76).

1.2. Die Mutter, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, erhob mit Eingabe vom 5. Januar 2021 Beschwerde gegen den Beschluss der KESB beim Bezirksrat Zürich (BR act. 1). Die Kammer I des Bezirkrates Zürich holte zunächst eine Vernehmlassung der KESB ein und setzte anschliessend den Parteien Frist zur Stellungnahme an (BR act. 5 und 7). Mit Beschluss vom 2. März 2021 trat die Kammer I des Bezirkrates auf die Beschwerde der Mutter nicht ein (BR act. 9 = act. 7, nachfolgend act. 7).

1.3. Gegen diesen Beschluss der Kammer I des Bezirksrates (nachfolgend Vorinstanz) erhob die Mutter (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 15. März 2021 Beschwerde an die Kammer (act. 2). Sie stellt folgende Anträge:

1. Der Beschluss der Kammer I des Bezirksrates Zürich vom 2. März 2021 sei aufzuheben.
2. Auf die Beschwerde vom 5. Januar 2021 gegen den Beschluss Nr. 6825 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich vom 15. Dezember 2020 sei einzutreten.
3. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

1.4. Die Akten der KESB (act. 9/1-94) und des Bezirksrates (act. 8/1-11) wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 23. März 2021 wurde dem Beschwerdegegner und der Vorinstanz Frist für die Beschwerdeantwort bzw. für eine Vernehmlassung angesetzt (act. 10). Die Vorinstanz verwies im Schreiben vom 31. März 2021 auf die Begründung des angefochtenen Entscheids und verzichtete auf Vernehmlassung (act. 12). Die Verfügung vom 23. März 2021 konnte dem Beschwerdegegner nicht zugestellt werden; die Sendung wurde innert der 7-tägigen Abholfrist auf der Post nicht abgeholt (act. 13). Der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner ist das Schreiben der Vorinstanz vom 31. März 2021 mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

2. Prozessuales

2.1. Wie erwähnt konnte dem Beschwerdegegner die Verfügung vom 23. März 2021 nicht zugestellt werden, da die Sendung innert der 7-tägigen Abholfrist auf der Post nicht abgeholt wurde (act. 13). Art. 138 Abs. 1 ZPO regelt die gerichtlichen Zustellungen. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Die Zustellung ist erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Gemäss der sog. Zustellfiktion gilt die Zustellung zudem am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, wenn die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Im vorinstanzlichen Verfahren konnten dem Beschwerdegegner sämtliche Entscheide zugestellt werden: am 16. Januar 2021 die Präsidialverfügung vom 12. Januar

2021 (BR act. 4A), am 8. Februar 2021 die Präsidialverfügung vom 4. Februar 2021 (BR act. 8/2) und am 4. März 2021 der Beschluss der Vorinstanz vom 2. März 2021 (BR act. 11/1). Da der Beschwerdegegner aufgrund der Rechtsmittelbelehrung im Beschluss der Vorinstanz mit weiteren Zustellungen rechnen musste (act. 7 S. 10, Dispositivziffer VI), greift die Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Die Präsidialverfügung vom 23. März 2021 gilt somit am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch (dem 25. März 2021), mithin am 1. April 2021, als zugestellt (act. 13). Die Frist für die Beschwerdeantwort lief folglich am 12. April 2021 ab. Androhungsgemäss ist das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.2. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR [LS 232.3]) 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 (insbes. 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 ZGB). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirkrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

2.3. Die Beschwerde richtet sich gegen den Beschluss des Bezirkrates vom 2. März 2021, weshalb die angerufene Kammer gestützt auf § 64 EG KESR für die Beschwerde zuständig ist. Sie wurde rechtzeitig innert der 10-tägigen Frist gemäss Rechtsmittelbelehrung (act. 7 S. 10, Dispositivziffer VI) bei der Kammer eingereicht. Zudem ist die Beschwerdeführerin als Mutter von C._____ zur Beschwerde legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Die Beschwerde enthält Anträge und eine Begründung. Dem Eintreten steht demnach nichts entgegen.

2.4. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR).

3. Wahrung der Beschwerdefrist im Verfahren vor Bezirksrat

3.1. Die Vorinstanz trat auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht ein mit der Begründung, sie sei zu spät eingereicht worden. Zur Begründung wurde ausgeführt, beim Entscheid der KESB über die Anordnung einer Intensivabklärung handle es sich um einen typischen prozessleitenden Entscheid. Die gleichzeitig erteilte Weisung an die Beschwerdeführerin, bei der Intensivabklärung kooperativ mitzuwirken, und die Beauftragung der Sozialarbeitenden stellten Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 Abs. 3 bzw. Art. 308 Abs. 2 ZGB und vorsorgliche Massnahmen zum Zweck der Sachverhaltsabklärung dar. Die Beschwerdefrist für die Anfechtung des Beschlusses der KESB betrage demnach – sowohl gegen den prozessleitenden Beschluss betreffend Sachverhaltsabklärung als auch gegen die einzig in diesem Zusammenhang erteilte einstweilige Weisung und Anordnung einer Beistandschaft – 10 Tage. Der angefochtene Beschluss sei der Beschwerdeführerin am 17. Dezember 2020 zugestellt worden. Die Beschwerdefrist habe somit am 18. Dezember 2020 begonnen und am 28. Dezember 2020 geendet, weshalb die am 7. Januar 2021 der Post übergebene Beschwerde offensichtlich zu spät eingereicht worden sei. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob sich die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin auf die unrichtige Rechtsmittelbelehrung im Beschluss der KESB (Beschwerdefrist von 30 Tagen) habe verlassen dürfen. Dabei erwog sie, auf eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung dürfe sich nicht verlassen, wer die Unrichtigkeit erkannt habe oder bei

gebührender Aufmerksamkeit habe erkennen können. Nur eine grobe prozessuale Unsorgfältigkeit der betroffenen Partei oder ihres Anwalts vermöge jedoch eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Der Vertrauensschutz versage dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen habe, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen sei, beurteile sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (mit Hinweis auf BGE 135 III 374 E. 1.2.2 f.). Mit Blick auf den konkreten Fall kam die Vorinstanz zum Schluss, die Beschwerdeführerin sei bereits im KESB-Verfahren anwaltlich vertreten worden. Als ein in Kindesschutzverfahren tätiger Anwalt hätten ihrem Rechtsvertreter die unterschiedlichen Rechtsmittelfristen in Bezug auf Entscheide in der Sache, prozessleitende und vorsorgliche Entscheide bekannt sein müssen. Ausserdem dürfe bei einem Anwalt als bekannt vorausgesetzt werden, dass es sich bei einer Anordnung von Sachverhaltsabklärungen nicht um einen Entscheid in der Sache, sondern um einen prozessleitenden Entscheid handle und das Verfahren pendent bleibe. Ein Blick in die massgebenden Bestimmungen hätte gereicht und die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung wäre dem Anwalt aufgefallen. Damit greife der Gutgläubensschutz nicht und auf die Beschwerde sei infolge verpasster Frist nicht einzutreten.

3.2. Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde vor, die Vorinstanz gehe fehl, wenn sie die Anordnung einer Intensivabklärung zur Erziehungsfähigkeit der Mutter und zur Einschätzung der Kindeswohlgefährdung von C._____ sowie die Erteilung einer Weisung an die Mutter als blosser prozess- bzw. verfahrensleitende Anordnungen ansehe (act. 2 S. 4). Da die von der KESB angeordneten Massnahmen keine blossen prozessleitenden Verfügungen und auch keine vorsorglichen Massnahmen seien, erweise sich die Rechtsmittelbelehrung mit einer 30-tägigen Beschwerdefrist als richtig. Auch die KESB selbst sei in ihrer Vernehmlassung zuhanden der Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Beschwerde offensichtlich rechtzeitig eingereicht worden sei. Davon sei zunächst auch die Vorinstanz ausgegangen, sei sie doch auf die Beschwerde eingetreten und habe der

KESB und dem Beschwerdegegner Frist zur Vernehmlassung angesetzt. Offensichtlich sei sich die Vorinstanz bei der ersten Prüfung der Beschwerde gar nicht bewusst gewesen, dass sich ihr Rechtsvertreter in der Wahl des Rechtsmittels getäuscht und die Frist verpasst haben könnte. Unerfindlich sei, weshalb die Vorinstanz ihrem Rechtsvertreter vorwerfe, ihm hätte der offensichtlich einstweilige bzw. vorsorgliche Charakter der Anordnungen der KESB bewusst sein müssen. Im Dispositiv des KESB-Beschlusses fänden sich nirgends die Worte "einstweilig" oder "vorsorglich". Wenn ihr Rechtsvertreter eine Frist verpasst hätte, dann weil er die Anordnungen der KESB als Entscheide in der Sache und nicht als prozessleitende Anordnungen beurteilt habe (act. 2 S. 6 ff.). Falls der Beschluss prozessleitender Natur sei oder vorsorgliche Massnahmen betreffe, dann sei die Rechtsmittelbelehrung der KESB falsch gewesen. Da ihr Rechtsvertreter von der Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung ausgegangen sei, habe er keinen Anlass für weitere Abklärungen gehabt. Die Natur der Entscheide, welche die KESB getroffen habe, lasse sich nicht einfach irgendwo heraus lesen. Die Beurteilung ihres Rechtsvertreter könne nicht als grob zu wertende Unsorgfalt ausgelegt werden, weshalb er sich nach Treu und Glauben auf die angeblich fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung habe verlassen dürfen (act. 2 S. 9 f.).

3.3. Unbestrittenermassen reichte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde am 7. Januar 2021 und damit innert 30 Tagen seit Zustellung des Beschlusses der KESB vom 15. Dezember 2020 bei der Vorinstanz ein (BR act. 1 und 2, KESB act. 91). Folglich wurde die von der KESB im Beschluss vom 15. Dezember 2020 angegebene Beschwerdefrist von 30 Tagen mit Einreichung der Beschwerde bei der Vorinstanz gewahrt (act. 8 S. 8, Dispositivziffer 6). Damit stellt sich zunächst die Frage, ob die Beschwerdeführerin in ihrem Vertrauen in die Rechtsmittelbelehrung der KESB zu schützen ist. Ob die 30- oder 10-tägige Beschwerdefrist zur Anwendung gelangt, wäre erst zu klären, falls der Vertrauensschutz nicht zum Tragen kommt.

3.4. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts darf einer Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Nachteil erwachsen. Die Vorinstanz hat die diesbezügliche Recht-

sprechung grundsätzlich korrekt wiedergegeben (act. 8 S. 7 E. 2.8). Ergänzend ist aber festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Vertrauensschutz nur dort zu versagen ist, wo eine Partei oder ihr Anwalt die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung allein durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes hätte erkennen können. Nicht verlangt wird hingegen, dass neben dem Gesetzestext auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur hätte nachgeschlagen werden müssen (BGE 117 Ia 421 = Pra 81 (1992) Nr. 150 E. 2.a; BGE 135 III 374 E.1.2.2.1 m.w.H.; BGer 4A_507/2011 vom 1. November 2011 E. 2.2.).

3.5. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, für den in Kindesschutzverfahren tätigen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hätte ein Blick in die massgebenden Bestimmungen gereicht und die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung wäre ihm aufgefallen. Genauere Angaben machte die Vorinstanz jedoch nicht und sie liess insbesondere offen, welches ihrer Auffassung nach die einschlägigen Gesetzesbestimmungen sind. Mit einem Blick ins Gesetz lässt sich zweifellos feststellen, dass gegen Entscheide der Kindesschutzbehörde gemäss Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 1 ZGB Beschwerde erhoben werden kann. Auch die 30-tägige Beschwerdefrist (bzw. die 10-tägige Frist) lässt sich im Gesetz ohne weiteres finden (Art. 450 b, Abs. 1 bzw. Art. 445 Abs. 3 ZGB). Welche Entscheide im Einzelnen unter Art. 450 Abs. 1 i.V.m. Art. 450b Abs. 1 ZGB fallen, lässt sich dem Gesetzestext indessen nicht entnehmen. Die Kammer hat sich schon verschiedentlich mit der Frage befasst, für welche Entscheide die 30-tägige Beschwerdefrist nach Art. 450b Abs. 1 ZGB und für welche die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO zur Anwendung kommt. Die Praxis der Kammer kann jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht massgebend sein, verlangt doch der vom Bundesgericht entwickelte Vertrauensschutz gerade nicht, dass sich die betroffene Partei oder ihr Anwalt mit der Rechtsprechung auseinandersetzt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist in der vorliegenden Konstellation einzig durch Konsultierung des Gesetzes nicht ersichtlich, ob für die Beschwerde gegen den Entscheid der KESB vom 15. Dezember 2020 die 30-tägige Frist gemäss Art. 450b Abs. 1 ZGB oder die 10-tägige gemäss Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO gilt. Vielmehr ist der Beschwerdeführerin zuzustim-

men, wenn sie festhält, dem Gesetz lasse sich die Natur der anfechtbaren KESB-Entscheide nicht entnehmen. Dies führt dazu, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin in ihrem Vertrauen in die Rechtsmittelbelehrung der KESB zu schützen ist. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und der Beschluss der Vorinstanz vom 2. März 2021 aufzuheben. Die Sache ist zur Verfahrensergänzung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im bezirksrätlichen Verfahren wird die Vorinstanz neu zu entscheiden haben.

4.2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist gemäss § 5 GebV OG auf Fr. 400.– festzusetzen. Infolge der Rückweisung ist die Verteilung der Gerichtskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und der Entscheid über die Parteientschädigungen dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der Kammer I des Bezirkrates Zürich vom 2. März 2021 aufgehoben und die Sache zur Verfahrensergänzung und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirkrates vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je unter Beilage einer Kopie von act. 12, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, Kammer I, 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 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: