

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss und Urteil vom 17. November 2021

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

sowie

B._____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Kindesschutzmassnahmen (vorsorgliche Massnahmen)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Horgen vom
23. September 2021; VO.2021.49 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Bezirk Horgen)**

Erwägungen:

I.

1. A._____ (Beschwerdeführerin) ist die nicht verheiratete Mutter von B._____, geboren am tt.mm.2007 (Verfahrensbeteiligter). Der Vater von B._____ ist im Ausland wohnhaft; zu ihm besteht kein Kontakt. Die Beschwerdeführerin und B._____ lebten an diversen Orten in Dänemark, der Schweiz und Kanada. Anfangs 2021 zogen sie nach C._____ und im Mai 2021 nach D._____, wo sie in der Jugendherberge wohnten. Aufgrund der Meldung einer Sozialarbeiterin der Gemeinde D._____ tätigte die KESB Bezirk Horgen ab Juli 2021 Abklärungen (KESB-act. 23 S. 2 ff.) und ordnete mit Beschluss vom 10. August 2021 alsdann Folgendes an (KESB-act. 23 S. 6 f.):

- " 1. Für B._____ wird vorsorglich eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB errichtet.
2. E._____, kjz ..., wird vorsorglich zur Beistandsperson ernannt, mit den Aufgaben, [...].
3. Die elterliche Sorge der Mutter wird vorsorglich im Bereich Schule gestützt auf Art. 308 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB eingeschränkt.
4. Der Mutter A._____ wird mit sofortiger Wirkung gestützt auf Art. 445 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB verboten, die Ausreise von B._____ aus der Schweiz vorzunehmen oder dies über Drittpersonen vornehmen zu lassen, und sie wird gestützt auf Art. 445 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB angewiesen, den Pass von B._____ der Beistandsperson zu übergeben. [...]
- 5.-8. [...]
9. Einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Beschluss wird die aufschiebende Wirkung entzogen, wonach diese Anordnung sofort vollstreckbar werden.
10. [...]"

2. Hiergegen liess die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____, mit Eingabe vom 2. September 2021 beim Bezirksrat Horgen (Vorinstanz) Beschwerde erheben (BR-act. 1). Sie beantragte die Aufhebung des Beschlusses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zudem ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung.

3. Nach Einholung einer Vernehmlassung der KESB (BR-act. 5 und 6) trat die Vorinstanz mit Beschluss vom 23. September 2021 (BR-act. 8 = act. 4/1 = act. 8 [Aktenexemplar]) auf die Beschwerde nicht ein (Dispositiv-Ziffer I.) und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung ab (Dispositiv-Ziffer II.). Die Verfahrenskosten auferlegte sie der Beschwerdeführerin (Dispositiv-Ziffer III.).

4. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 7. Oktober 2021 bei der Kammer die vorliegend zu beurteilende Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2 f.):

- " 1. Es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und das Verfahren zur Entscheidung in der Sache an den Bezirksrat zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der angefochtene Beschluss vollumfänglich aufzuheben und es sei stattdessen wie folgt zu entscheiden:
 - 2.1. Der Beschluss der KESB Horgen vom 10.08.2021 (Beschluss Nr. 2021-A1-1013, Dossier-Nr. 2021-781) in Sachen B._____, geb. tt.mm.2007, wird vollumfänglich aufgehoben.
 - 2.2. Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor dem Bezirksrat Horgen die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt X._____, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
 - 2.3. Die Verfahrenskosten werden auf die Staatskasse genommen und es wird der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.00 (inkl. Mehrwertsteuer) ausgerichtet.
3. Subeventualiter sei die Frist zur Beschwerde gegen den Beschluss der KESB Horgen vom 10.08.2021 (Beschluss Nr. 2021-A1-1013, Dossier-Nr. 2021-781) in Sachen B._____, geb. tt.mm.2007, wiederherzustellen. Es sei das Verfahren zur Entscheidung in der Sache an den Bezirksrat zurückzuweisen, sub-subeventualiter sei im Sinne der vorstehenden Anträge Ziff. 2.1 bis 2.3 zu entscheiden.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdegegner 1, 2 bzw. der Staatskasse."

Im Weiteren beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu gewähren (act. 8 S. 3).

5. Die vorinstanzlichen Akten des Bezirksrats (act. 9/1-8, zitiert als "BR-act.") und der KESB (act. 7/1-115, zitiert als "KESB-act.") wurden beigezogen (act. 5). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2021 wurde dem Verfahrensbeteiligten, dem inzwischen eine Kindsverfahrensvertreterin beigegeben worden war (act. 12), Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 13). Eine Beschwerdeantwort ging nicht ein. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. 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 Erwachsenenschutzrechts 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 Bezirksrats als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

2. Die Beschwerde wurde rechtzeitig eingereicht und enthält Anträge sowie eine Begründung (act. 2). Die Beschwerdeführerin ist als am Verfahren beteiligte Partei und vom Entscheid betroffene Person zur Beschwerde legitimiert.

3. Angefochten ist ein Beschluss des Bezirksrates über vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der Kinder (vgl. Art. 445 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 und Art. 450f ZGB, § 40 EG KESR sowie Art. 261 ff. ZPO).

4. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides ge-

rügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Der Rechtsmittelbehörde kommt sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und in den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes 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; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Beschwerdeinstanz darf sich primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 5).

III.

1. Die Vorinstanz ist auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der KESB vom 10. August 2021 wegen verspäteter Einreichung nicht eingetreten. Der Beschluss sei der Beschwerdeführerin am 12. August 2021 zugestellt worden und die Beschwerdefrist habe am 22. August 2021 geendet. Die von der Beschwerdeführerin mit Poststempel vom 2. September eingereichte Beschwerde sei somit verspätet erfolgt (act. 8 S. 6 f.).

2. Die Beschwerdeführerin anerkennt im vorliegenden Beschwerdeverfahren, dass ihr der Beschluss der KESB vom 10. August 2021 am 12. August 2021 per Post zugestellt wurde und die dadurch ausgelöste Rechtsmittelfrist von zehn Tagen im Zeitpunkt der Erhebung der Beschwerde beim Bezirksrat am 2. September 2021 abgelaufen war (act. 2 Rz. 12). Sie stellt sich aber auf den Standpunkt, die KESB habe ihr die Rechtsmittelfrist mit Schreiben vom 20. August 2021 neu angesetzt, und beruft sich auf den Schutz ihres Vertrauens (act. 2 Rz. 52 ff.). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin schildert dazu folgenden Sachverhalt:

Am 18. August 2021 sei er von der Beschwerdeführerin kontaktiert worden, worauf er kanzleiintern allfällige Interessenkollisionen habe abklären müssen (act. 2 Rz. 10 f.). Zu diesem Zeitpunkt habe er lediglich gewusst, dass die Beschwerdeführerin am 12. August 2021 einen Beschluss der KESB Horgen erhalten hatte und die Rechtsmittelfrist zehn Tage betrug. Im Hinblick auf die kurze Rechtsmittelfrist habe er sich am Abend des 18. August 2021 per E-Mail eine Vollmacht schicken lassen (act. 2 Rz. 12 f.). Am Folgetag habe er mit der Beschwerdeführerin nur per E-Mail und kurz telefonisch korrespondieren können. Er habe die Beschwerdeführerin damals so verstanden, dass sie die ihm per E-Mail zugestellte Version des Beschlusses – eine Version ohne Erwägungen (act. 4/3) – bei der Poststelle abgeholt habe (act. 2 Rz. 14). Eine einlässliche Instruktion durch die Beschwerdeführerin habe sich in der knappen zur Verfügung stehenden Zeit als nicht machbar erwiesen, zumal sie neben Dänisch nur Englisch spreche. Eine Instruktion sei auch in der Folge nur per E-Mail möglich gewesen, da die Beschwerdeführerin am 20. August 2021 zum bereits früher ausgereisten Sohn nach Dänemark gegangen sei. Aufgrund dieser Umstände habe eine Instruktion in seiner Kanzlei nie stattgefunden (act. 2 Rz. 15). Er sei im damaligen Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die KESB der Beschwerdeführerin eine unbegründete Version des Beschlusses, fälschlich unter Ansetzung einer Beschwerdefrist, zugestellt habe (act. 2 Rz. 16). Aufgrund dieser speziellen Situation habe er sich veranlasst gesehen, Abklärungen direkt mit der KESB zu treffen. Im Fokus gestanden habe für ihn dabei vor allem der Zeitpunkt des Ablaufs der zehntägigen Rechtsmittelfrist und zudem die Frage, ob angesichts des der Beschwerdeführerin zugestellten Beschlusses ohne Begründung eine Beschwerde an den Bezirksrat oder das Verlangen einer Begründung bei der KESB anstehe (act. 2 Rz. 17). Er habe sich daher entschlossen, sicherheitshalber die KESB mit dem Sachverhalt zu konfrontieren, nämlich, dass nach seinem damaligen Kenntnisstand der Beschwerdeführerin lediglich ein Beschluss in unbegründeter Form zugestellt worden und dabei fälschlich eine Rechtsmittelbelehrung erfolgt sei, nicht aber ein Hinweis auf die Möglichkeit, eine Begründung zu verlangen (act. 2 Rz. 18). Er habe daher am 19. August 2021 eine entsprechende Eingabe an die KESB gemacht, mit der vorsorglich eine Begründung des Beschlusses verlangt worden sei (act. 2 Rz. 19 ff.).

m.H.a. act. 4/4). Am Vormittag des 20. August 2021 habe er von der zuständigen juristischen Sachbearbeiterin der KESB einen Anruf erhalten. Im Rahmen dieses Telefonats sei ihm mitgeteilt worden, dass es sich bei der Zustellung an die Beschwerdeführerin um ein Versehen gehandelt habe (act. 2 Rz. 22 m.H.a. act. 4/5). Später am selben Tag sei ihm per E-Mail bestätigt worden, dass der begründete Entscheid sowie die Akten gleichentags an ihn gesendet würden (act. 2 Rz. 23 m.H.a. act. 4/6). Am 23. August 2021 habe er zudem ein Schreiben der KESB vom 20. August 2021 erhalten, in dem ausdrücklich mitgeteilt worden sei, dass es sich bei dem versendeten Beschluss ohne Begründung um ein Versehen gehandelt habe und die Rechtsmittelfrist entsprechend erst mit der nun erfolgten Zustellung beginne (act. 2 Rz. 24 m.H.a. act. 4/7). Aufgrund dieser ausdrücklichen Bestätigung habe er darauf geschlossen, dass seitens der KESB der Sachverhalt intern abgeklärt worden sei (act. 2 Rz. 25). Aus dem ihm ebenfalls zugestellten Aktenverzeichnis habe sich kein Hinweis ergeben, dass der Beschwerdeführerin der Beschluss vom 10. August 2021 in begründeter Form zugestellt worden war. Im Gegenteil sei dem damaligen Aktenverzeichnis überhaupt kein Hinweis auf irgendeine Zustellung des Beschlusses zu entnehmen gewesen (act. 2 Rz. 27 m.H.a. act. 4/8). Aufgrund der eindeutigen Bestätigung der KESB, es habe sich um ein Versehen gehandelt, habe er sich nicht veranlasst gesehen, irgendwelche weiteren Abklärungen zu unternehmen, sondern habe auf diese Aussage vertraut (act. 2 Rz. 28). Die KESB habe ihm auch später nie mitgeteilt, dass sie bezüglich Zustellung des Beschlusses vom 10. August 2021 an die Beschwerdeführerin zu einer anderen Erkenntnis gekommen wäre. Von einem solchen Standpunkt der KESB habe er erst mit Zustellung des angefochtenen Beschlusses, dem die Vernehmlassung der KESB beigefügt gewesen sei, erfahren (act. 2 Rz. 29). In diesem Beschluss lasse die Vorinstanz ausser Acht, dass die KESB ausdrücklich ein Versehen bestätigt und die Beschwerdefrist neu angesetzt habe (act. 2 Rz. 39, 52 ff.). Sie verkenne, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihr Vertreter in ihrem Vertrauen in die Gültigkeit der Neuansetzung der Frist zu schützen seien (act. 2 Rz. 57).

3. Die von der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Rechtsvertreter erwähnten Dokumente liegen bei den Akten. Dies gilt zunächst für den Beschluss der Vo-

rinstanz vom 10. August 2021 in einer Version ohne Erwägungen (act. 4/3) und die Eingabe des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin an die KESB vom 19. August 2021, in der er darauf hinweist, der Beschluss enthalte keine Erwägungen und sei in unbegründeter Form erlassen worden, weshalb der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben sei, eine Begründung zu verlangen. Er hält weiter fest, soweit der Beschluss stattdessen eine Rechtsmittelbelehrung enthalte, wonach innerhalb von 10 Tagen eine Beschwerde an den Bezirksrat gerichtet werden könne, gehe er davon aus, dass es sich um ein Versehen handle. Vorsorglich beantrage er aber eine schriftliche Begründung (act. 4/4). Ebenfalls bei den Akten befinden sich die Ausdrucke des E-Mail-Verkehrs zwischen dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin und der KESB vom 20. August 2021. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bezieht sich darin auf ein zuvor geführtes Telefonat mit einer Mitarbeiterin der KESB, übermittelt die sich in seinem Besitz befindliche unbegründete Version des Beschlusses vom 10. August 2021 und hält fest, ihm sei seitens der KESB mitgeteilt worden, es handle sich um ein Versehen (act. 4/5). In der Antwort der KESB wird bestätigt, der begründete Entscheid und die Akten würden mit Post vom gleichen Tag versendet (act. 4/6). Aktenkundig ist sodann ein Begleitschreiben der KESB vom 20. August 2021, in dem Folgendes festgehalten wird (act. 4/7):

"[...] Bei dem versendeten Beschluss ohne Begründung handelt es sich um ein Versehen. Sie erhalten hiermit den begründeten Entscheid. Die Rechtsmittelfrist für A. _____ gilt entsprechend erst mit dieser Zustimmung. [...]"

Schliesslich ergibt sich aus einer E-Mail des Beistands an die Beschwerdeführerin vom 12. August 2021 (BR-act. 4/3), einer Aktennotiz des Beistands (KESB-act. 113) sowie der von der Vorinstanz eingeholten Vernehmlassung der KESB (act. 4/9 = BR-act. 9/6), dass der Beschwerdeführerin der unbegründete Entscheid vom Beistand und nicht von der KESB zugeschickt worden war. Der Beistand hatte von der KESB eine Version des Beschlusses ohne Erwägungen erhalten und diese an die Beschwerdeführerin weitergeleitet (act. 8 S. 6).

IV.

1. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 129 I 161 E. 4.1; BGer 2C_1038/2017 vom 18. Juli 2018 E. 5.3.1). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fliesst auch die Regel, wonach einer Partei aus einer mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf. Dies stellt seit längerem ein allgemeiner Grundsatz des öffentlichen Rechts dar (BGer 2C_1038/2017 vom 18. Juli 2018 E. 5.3.1 m.H.). Auch in Zivilsachen hat das Bundesgericht sowohl unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen als auch der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Möglichkeit des Vertrauensschutzes bejaht (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; Art. 52 ZPO), wenn das Gericht einer Partei noch vor Ende der Rechtsmittelfrist eine vertrauensbegründende Auskunft erteilt oder das Gericht durch sein (widersprüchliches) Verhalten ein derartiges Vertrauen erweckt. Eine solche Auskunft kann etwa darin bestehen, dass der Partei der Entscheid mit vorbehaltloser Rechtsmittelbelehrung vor Ablauf der Frist erneut zugestellt wird (BGer 4A_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 4.4.1 f.). Dabei ist jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. Keinen Vertrauensschutz geniessen die Rechtsuchenden, wenn sie bzw. ihre Rechtsvertreter den Fehler erkannten oder bei zumutbarer Sorgfalt hätten erkennen müssen, wobei nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der Partei oder ihres Anwalts geeignet ist, eine fehlerhafte Eröffnung aufzuwiegen (BGer 2C_1038/2017 vom 18. Juli 2018 E. 5.3.1; BGer 5A_79/2019 vom 21. November 2019 E. 4.2). Massgeblich sind die Umstände des konkreten Einzelfalls (vgl. BGer 5A_79/2019 vom 21. November 2019 E. 4.5).

2.1 Der begründete Beschluss der KESB vom 10. August 2021 konnte der Beschwerdeführerin am 12. August 2021 persönlich am Postschalter übergeben werden (KESB-act. 7/110). Die dadurch ausgelöste Rechtsmittelfrist von zehn Tagen (Art. 445 Abs. 3 ZGB) war im Zeitpunkt der Erhebung der Beschwerde beim Bezirksrat am 2. September 2021 (BR-act. 1) abgelaufen (Fristbeginn: 13. August 2021; Fristende: 23. August 2021).

2.2 Der Entscheid wurde von der KESB mit Begleitschreiben vom 20. August 2021 der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Rechtsvertreter am 23. August 2021 erneut zugestellt (act. 4/7; KESB-act. 31). Dies geschah in einem Zeitpunkt, als die durch die erste Zustellung ausgelöste Frist noch lief. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat alsdann seine Beschwerde am 2. September 2021 zwar innerhalb von 10 Tagen seit der zweiten, nicht aber seit der ersten Zustellung eingereicht. Damit hat er eine Disposition getätigt, die sich nicht wieder ohne Nachteil rückgängig machen lässt (vgl. BGer 4A_53/2019 vom 14. Mai 2019 E. 5.1). In Frage steht, ob die Beschwerdeführerin bzw. ihr Rechtsvertreter berechtigterweise darauf vertrauen durften, die zweite Zustellung vom 23. August 2021 habe eine neue (bzw. die massgebliche) Frist ausgelöst.

2.3 Vorauszuschicken ist, dass die KESB ihren Entscheid zunächst korrekt bzw. nicht fehlerhaft zustellte. Der Ursprung der Wirrnisse um die Zustellung des Beschlusses vom 10. August 2021 liegt darin, dass der Beschwerdeführerin am 12. August 2021 nicht nur auf dem ordentlichen Postweg der begründete Beschluss zugestellt worden war, sondern gleichentags durch den Beistand per E-Mail auch noch eine Version ohne Erwägungen. Diese unbegründete Version leitete die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsvertreter weiter.

Der Beschwerdeführerin lässt sich vorwerfen, dass sie ihrem Anwalt nicht die Postsendung, sondern bloss die vom Beistand erhaltene elektronische Version des Entscheids zur Kenntnis gebracht hat. Von ihrem Rechtsvertreter wäre seinerseits zu erwarten gewesen, dass er vorsichtshalber die Originalsendung auf Inhalt und Zustellungszeitpunkt überprüft. Insofern ist ihnen anzulasten, zu Beginn nicht die gebührende Sorgfalt angewandt zu haben. Weil sich der Rechtsvertreter über die Inkonsistenz zwischen fehlender Begründung und Ansetzung einer Be-

schwerdefrist wunderte, wandte er sich aber in der Folge an die KESB, und seine (falsche) Vermutung, es handle sich um ein Versehen, erhärtete sich bzw. wurde nicht korrigiert. Anlässlich des Telefongesprächs und im E-Mail-Verkehr zwischen dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin und der KESB vom 20. August 2021 sowie alsdann im Begleitschreiben vom gleichen Tag wurde zwar fälschlicherweise, aber klar und deutlich festgehalten, es sei tatsächlich versehentlich ein Beschluss ohne Begründung versandt worden. Wenn unter diesen Umständen mit der zweiten Zustellung des begründeten Entscheids die Belehrung erging, wonach die Rechtsmittelfrist erst mit dieser Zustellung zu laufen beginnt, so war dies aus Sicht des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin folgerichtig (vgl. § 59 Abs. 5 EG KESR). Insofern bestand für ihn kein Anlass, die Richtigkeit dieser Belehrung zu hinterfragen. Er durfte sich nach Treu und Glauben auf die Mitteilung verlassen. Die ursprüngliche prozessuale Unsorgfalt der Beschwerdeführerin und ihres Anwalts war dabei nicht derart grob, dass sie die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung aufwiegen würde.

3. Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerdeführerin in ihrem Vertrauen auf die Neuansetzung der Rechtsmittelfrist zu schützen und ihre Beschwerde vom 2. September 2021 als rechtzeitig eingereicht zu betrachten. Der Beschluss der Vorinstanz ist aufzuheben und die Sache in Gutheissung der Beschwerde zur inhaltlichen Beurteilung zurückzuweisen.

V.

1. Für das obergerichtliche Verfahren sind keine Kosten zu erheben.

2.1 Die Beschwerdeführerin verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zulasten der Staatskasse.

2.2 In den Verfahrensbestimmungen nach Art. 450 ff. ZGB fehlt eine Regelung betreffend Parteientschädigung vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen. Massgebend sind damit die kantonalen Gesetze, im Kanton Zürich mithin nacheinander das EG KESR, das GOG und schliesslich die ZPO (dazu vorne E. II/1). Im Kanton Zürich besteht in gerichtlichen Beschwerdeverfahren keine gesetzliche

Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung des Staates an die ob-siegende Partei (vgl. zur Rechtslage vor Einführung des EG KESR: BGE 140 III 385 E. 3.1.). Auch nach der subsidiär geltenden ZPO gibt es keinen Anspruch auf Parteientschädigung gegenüber dem Staat (BGE 140 III 385 E. 3.3, 4.1).

2.3 Anzufügen bleibt, dass gemäss der Praxis der Kammer eine Behörde dann zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden kann, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt (bzw. sich mit dem fehlerhaften Entscheid nicht identifiziert), die Behörde materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (vgl. OGer ZH PA200044 vom 10. November 2020 E. 5.1.; OGer ZH PQ160008 vom 16. März 2016 E. 3.1.; OGer ZH PQ170035 vom 6. Juli 2017 E. 7.2.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Eine Parteientschädigung ist somit nicht zuzusprechen.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt für das obergerichtliche Verfahren im Weiteren die unentgeltliche Rechtspflege. Hinsichtlich der Befreiung von Gerichtskosten ist das Gesuch mangels Kostenerhebung als gegenstandslos abzuschreiben. Zu prüfen ist das Gesuch bezüglich der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung.

3.2 Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte einer Partei notwendig ist (Art. 118 Ziff. 1 lit. c ZPO).

3.3 Die nicht erwerbstätige Beschwerdeführerin und ihr Sohn B. _____ wurden während des Aufenthalts in D. _____ vom Sozialdienst unterstützt (act. 4/12) und aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Unterbringungsvertrags für befristeten Wohnraum untergebracht (act. 4/13). Es ist von Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO auszugehen. Nach dem vorne Ausgeführten ist zudem fehlende Aussichtslosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO an-

zunehmen. Im Weiteren bedarf die Beschwerdeführerin zur Führung des Prozesses der Unterstützung durch einen rechtskundige Rechtsbeistand.

3.4 Der Beschwerdeführerin ist Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege wird hinsichtlich der Befreiung von Gerichtskosten als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Der Beschwerdeführerin wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Bezirksrats Horgen vom 23. September 2021 aufgehoben und die Sache zur inhaltlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das obergerichtliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das obergerichtliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, wird eingeladen, seine Kostennote einzureichen. Über die Entschädigung für das obergerichtliche Verfahren wird mit separatem Beschluss entschieden.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, den Verfahrensbeteiligten, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein.

6. 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. und 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am: