

# ZH\_OBERGERICHT PA130002 vom 26. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PA130002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PA130002)

FR: ZH\_OBERGERICHT PA130002 du 26 février 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT PA130002 del 26 febbraio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 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).

#### E. 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.

#### E. 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).

#### E. 1.4

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

- 3 - ständin 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).

#### E. 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).

#### **E. 1.6**

Am 9. Januar 2013 teilte der Vertreter der Gesuchsteller der Vorinstanz mit, dass D.\_\_\_\_\_ derzeit bei der Familie H.\_\_\_\_\_ übernachtet 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).

#### **E. 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).

#### **E. 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).

#### **E. 1.9**

Gegen diese Verfügung erhoben die Gesuchsteller mit Eingabe vom

#### **E. 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

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

- 6 - 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).

- 7 - 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-

- 8 - gehen 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 Rechts- beistand.

- 9 - 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 des- halb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Die Bestellung eines unent- geltlichen 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 unentgelt- liche 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:

**E. 4**

es seien die kompletten amtlichen Akten der beklagten Vormund- schaftsbehörde der Stadt E.\_\_\_\_\_ in Sachen D.\_\_\_\_\_ betreffend Ver- fügung Nr. 4164 vom 10. Dezember 2012 zu den amtlichen Akten die- ses Verfahrens zu schlagen,

**E. 5**

es sei eine zusätzliche richterliche Anhörung der Tochter D.\_\_\_\_\_ vor dem Obergericht durchzuführen,

**E. 6**

D.\_\_\_\_\_ sei mittels Gutachtens zwecks Überprüfung des Kindeswohles raschmöglichst abzuklären,

**E. 7**

dem Rechtsmittel sei aufschiebende Wirkung zu erteilen,

**E. 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,

**E. 9**

es sei der Beschwerdeführerin 1 die unentgeltliche Rechtspflege sowie ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren;

**E. 10**

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus gesetzliche Mehr- wertsteuern) beider Instanzen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."