

ZH_OBERGERICHT PQ210071 vom 17. November 2021

ZH Obergericht, 2021-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ210071

FR: ZH_OBERGERICHT PQ210071 du 17 novembre 2021

IT: ZH_OBERGERICHT PQ210071 del 17 novembre 2021

Erwägungen

E. 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.

E. 2

E._____, kJz ..., wird vorsorglich zur Beistandsperson ernannt, mit den Aufgaben, [...].

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zulasten der Staatskasse.

E. 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

- 12 - 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).

E. 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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).

E. 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-

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

E. 3.4

Der Beschwerdeführerin ist Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen:

E. 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. [...]

E. 9

Einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Beschluss wird die aufschiebende Wirkung entzogen, wonach diese Anordnung sofort vollstreckbar werden.

E. 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 - 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 Rechtsverteiständung 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:

E. 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-

- 11 - 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.