

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ140015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Beschluss und Urteil vom 5. Mai 2014

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Fristwiederherstellung / Kindesschutzmassnahme nach Art. 327a ZGB**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer I des Bezirksrates Zürich vom 13. März 2014 i.S. B._____, geb. tt.mm.2003, C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.1998; VO.2014.24 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

1.1 E. _____ starb im Jahr 2005 kurz nach der Geburt ihres jüngsten Kindes. Der Vater, F. _____ heiratete noch im selben Jahr wieder. Die Eheleute und die Kinder lebten zusammen, bis Ende 2013 auch der Vater starb. Diesen Todesfall meldete der volljährige Sohn G. _____ am 7. Januar 2014 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Unmündig sind zur Zeit noch D. _____ (geboren 1998), C. _____ (geboren 2005) und B. _____ (geboren 2003).

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde führte mit den unmündigen Kindern, dem Sohn, welcher die Behörde kontaktiert hatte, und mit A. _____, der Witwe des Vaters, am Wohnort einen Augenschein und eine Anhörung durch. Das rapportierende Behördemitglied gewann den Eindruck, dass die Familie "keine Freude" daran hat, wenn eine Behörde bzw. externe Personen ins Familiensystem eingreifen (KESB-act. 9). Alle Beteiligten erklärten aber unterschriftlich, sie seien mit der Errichtung einer auf Art. 327a ZGB gestützten Vormundschaft einverstanden, ebenso mit der Ausführung dieses Amtes durch H. _____ vom Sozialzentrum I. _____ / Quartierteam J. _____ (KESB-act. 8). Mit drei parallelen Beschlüssen vom 21. Januar 2014 entschied die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde so (KESB-act. 10 für D. _____); diese Beschlüsse wurden A. _____ am 23. Januar 2014 zugestellt (BR-act. 2/4; in den Akten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist die Zustellung nicht dokumentiert). Am 5. Februar 2014 meldete sich Rechtsanwalt X. _____ als Vertreter unter anderem A. _____s und ersuchte um Einsicht in die Akten.

1.2 Am 6. März 2014 erhob Rechtsanwalt X. _____ namens von A. _____ Beschwerde gegen die Beschlüsse vom 21. Januar 2014 mit dem Antrag, als Vormundin nicht H. _____, sondern A. _____ einzusetzen. In prozessualer Hinsicht beantragte er Wiederherstellung der Beschwerdefrist und Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (BR-act. 1).

Mit Beschluss vom 13. März 2014 wies der Bezirksrat das Gesuch um Wiederherstellung ab und trat auf die Beschwerde nicht ein. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wies er wegen Aussichtslosigkeit der

Beschwerde ab, verzichtete aber auf das Erheben einer Entscheidungsbühe (BR-act. 7). Der Beschluss ging dem Vertreter der Beschwerdeführerin am 17. März 2014 zu (BR-act. 9).

2. Am 16. April 2014 (Poststempel und Postaufgabe) lässt A. _____ Beschwerde gegen den Beschluss des Bezirksrates führen. Es wird beantragt, den Beschluss des Bezirksrates aufzuheben und die Sache zurückzuweisen. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung bzw. an ein höchstens leichtes Verschulden seien vom Bezirksrat zu streng angesetzt worden, und richtigerweise hätte die Wiederherstellung erfolgen müssen, zudem werden ergänzende Ausführungen gemacht und Unterlagen eingereicht (act. 2 mit Beilagen).

Die Akten von Bezirksrat und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wurden beigezogen; ein Kostenvorschuss war nicht zu erheben (§ 60 Abs. 1 EG KESR).

3. Die 30-tägige Frist für die Beschwerde gegen den Beschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde war abgelaufen, als die Rechtsschrift dem Bezirksrat eingereicht wurde. Ob sie wiederhergestellt werden kann, beurteilt sich nach Art. 148 ZPO (Art. 450f ZGB resp. § 40 [ZH]EG KESR). Die Frist kann wiederhergestellt werden, wenn die säumige Partei innert zehn Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes darum ersucht und glaubhaft macht, dass die Säumnis auf keinem oder einem nur leichten Verschulden beruhte.

Das Verschulden an der Säumnis kann vorweg die Partei selber treffen. Hier hat die Beschwerdeführerin allerdings schon weniger als zwei Wochen nach Erhalt des angefochtenen Beschlusses der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Rechtsanwalt X. _____ mandatiert (Vollmacht vom 5. Februar 2014, KESB-act. 15). Sie konnte sich daher darauf verlassen, dass ihr Anwalt rechtzeitig das Nötige vorkehre. Es gibt keine Anhaltspunkte, wonach sie noch vor Fristablauf erfahren hätte, dass der Anwalt die Frist nicht werden können. Damit erübrigt sich die Diskussion dessen, was einer Partei - und der Beschwerdeführerin in ihrer konkreten Situation - in so einem Fall an eigenen

Vorkehren möglich und zumutbar ist, und ob das Unterlassen solcher Vorkehren ein leichtes oder schweres Verschulden darstelle.

Zutreffend hat denn auch der Bezirksrat nur erwogen, ob Rechtsanwalt X._____ als Vertreter der Beschwerdeführerin ein nicht mehr leichtes Verschulden an der Säumnis treffe (KuKo ZPO-Hoffmann-Nowotny Art. 148 N. 8), und die Beschwerde an die Kammer hat ebenfalls das zum Inhalt. Die Frist für die zu erhebende Beschwerde lief am Montag 24. Februar 2014 ab. Rechtsanwalt X._____ war laut einem dem Bezirksrat eingereichten Arztzeugnis vom 24. bis und mit 27. Februar 2014 zu 100% arbeitsunfähig (BR-act. 7/5). Neben ihm arbeiten in seiner Kanzlei Rechtsanwalt K._____, der sich allerdings vom 20. bis zum 24. Februar 2014 in Tschechien aufhielt (BR-act. 2/7), und Rechtsanwältin L._____, welcher ein Spezialarzt für Kardiologie am 24. Februar 2014 eine krankheitsbedingte 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit für voraussichtlich drei Tage bescheinigte (BR-act. 2/6). Der Bezirksrat vermisst in den ärztlichen Zeugnissen Angaben zur Schwere der Erkrankung. Es werde auch nicht ausgeführt, wie weit die Arbeit an der Beschwerde bereits gediehen war: wenn sie bereits fertiggestellt war, hätte sie die Kanzlei selbständig verschicken können, wenn nicht, hätte Rechtsanwalt X._____ es sich als Verschulden vorwerfen zu lassen, dass er angesichts seiner schon lange (laut Zeugnis seit Sommer 2013) bestehenden Krankheit nicht mit einem Schwächezustand rechnete und die nötigen Vorkehren traf. - Die Rüge, dass damit die Anforderungen an eine Wiederherstellung zu hoch angesetzt werden, ist begründet. Mit dem eingereichten Arztzeugnis machte Rechtsanwalt X._____ sowohl seine Krankheit als auch die damit verbundene Arbeitsunfähigkeit für drei Tage glaubhaft. Selbst wenn er sich schon länger in ärztlicher Behandlung befunden hätte - was er allerdings bestreitet (act. 2 S. 6 Ziff. 18) - wäre er nicht verpflichtet gewesen, jederzeit mit einem mehrtägigen Ausfall zu rechnen. Das umso weniger, als nach glaubhafter Darstellung in seiner Kanzlei auch Rechtsanwältin L._____ und Rechtsanwalt K._____ arbeiten. Dass dieser am letzten Tag der Frist landesabwesend sein werde, war wohl bekannt, nicht hingegen, dass auch Rechtsanwältin L._____ an dem Tag krank sein werde. Der Bezirksrat weist richtig darauf hin, dass der Anwalt bei eigener Verhinderung versuchen kann und soll, die Partei selber zum Handeln zu bewegen. Die

Beschwerdeführerin selbst hätte aber wohl keine Beschwerde verfassen können, und das von ihrem des Deutschen offenbar mächtigen Stiefsohn zu erwarten, geht bereits sehr weit. Es kommt hinzu, dass das ärztliche Zeugnis ohne Einschränkung eine krankheitsbedingte vollständige Arbeitsunfähigkeit Rechtsanwalt X. _____s bescheinigt. Selbst wenn es ihm trotz seiner Krankheit objektiv möglich und zumutbar gewesen wäre, die Beschwerdeführerin und/oder ihre Familie zum eigenen Handeln aufzufordern, könnte das Unterlassen dieser Massnahme nicht als schweres Verschulden gelten. Der Bezirksrat hat wohl auch Recht damit, dass es sich empfiehlt, wichtige und fristgebundene Arbeiten frühzeitig in Angriff zu nehmen. Praktisch lässt sich das aber nicht immer realisieren, und gerade bei den Anwälten ist das Arbeiten im letzten Moment sehr verbreitet. Die zu verfassende Rechtsschrift war nicht komplex und der Sachverhalt einfach. Es ist von daher nicht zu beanstanden und jedenfalls kein schweres Verschulden, falls Rechtsanwalt X. _____ die Arbeit auf den letzten Tag der Frist terminierte - und es kommt daher nicht auf seine Versicherung in der Beschwerde an, er habe sich mit der Sache schon vor seiner Erkrankung befasst.

Bereits am Tag nach Fristablauf war Rechtsanwalt K. _____ wieder im Büro. Bezirksrat und Beschwerdeführerin gehen davon aus, dass damit der Säumnisgrund weggefallen war (das ist streng: Rechtsanwalt X. _____ war nach dem ihn betreffenden Arzteugnis an dem Tag noch nicht wieder arbeitsfähig). Mit der Rechtsschrift vom 6. März 2014 wurde die zehntägige Frist des Art. 148 Abs. 2 ZPO auf jeden Fall eingehalten.

Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben, ohne dass es auf die nachträglich eingereichten Unterlagen und die ergänzenden neuen Behauptungen (namentlich, dass er seinen Arzt am 25. Februar 2014 "notfallmässig wegen hohen Fiebers" aufsuchte: act. 4/3) ankäme.

Die verlangte Wiederherstellung ist spruchreif. Sie ist zu bewilligen.

4. Kosten für das Verfahren der Kammer sind nicht zu erheben. Eine Entschädigung der obsiegenden Beschwerdeführerin aus der Staatskasse, wie es mit der Floskel "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen ... gemäss dem

Ausgang des Verfahrens" vermutlich gemeint ist, kommt nicht in Frage, da § 200 GOG nach der Praxis der Kammer insbesondere auch die Parteienschädigung betrifft. Hingegen ist der glaubhafterweise mittellosen Beschwerdeführerin ihr Anwalt als unentgeltlicher Vertreter für das obergerichtliche Verfahren zu bestellen.

Die Beschwerdeführerin verlangt auch die Regelung der Kostenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens. Sie beantragt aber selber Rückweisung der Sache an den Bezirksrat. Damit sind dessen Kosten gerade noch nicht zu regeln. Immerhin wird der Bezirksrat über den Antrag betreffend unentgeltliche Prozessführung neu entscheiden müssen, da seine Begründung für die Verweigerung (dass nämlich der Antrag auf Wiederherstellung aussichtslos sei) mit dem heutigen Entscheid wegfällt.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird nicht eingetreten, so weit es Kosten für das obergerichtliche Verfahren betrifft.
2. Für das obergerichtliche Verfahren wird Rechtsanwalt X. _____ als unentgeltlicher Vertreter der Beschwerdeführerin bestellt. Er wird ersucht, die Aufstellung im Sinne von § 23 Abs. 2 AnwGebV über seine Bemühungen einzureichen.
3. Mitteilung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der angefochtene Beschluss des Bezirkrates vom 13. März 2014 wird aufgehoben.
2. Die Frist zur Beschwerde gegen die Beschlüsse der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vom 21. Januar 2014 betreffend B. _____, C. _____ und D. _____ wird der Beschwerdeführerin wiederhergestellt, und

die Sache wird an den Bezirksrat zurückgewiesen zur Weiterführung des Verfahrens.

3. Für das Beschwerdeverfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben und wird keine Parteientschädigung im Sinne von Art. 111 Abs. 2 ZPO zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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:

MLaw D. Weil

versandt am: