

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PA170026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss und Urteil vom 4. September 2017

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend
Ausstand eines Gutachters

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Hinwil vom 20. Juli 2017 (BV170008)

Erwägungen:

1. Am 4. Juli 2017 verlängerte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Hinwil (KESB) die fürsorgerische Unterbringung der Beschwerdeführerin und ordnete deren Verbleib bis auf weiteres in der Clenia Schlössli AG an. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil Beschwerde und ersuchte um Entlassung, eventualiter um Rückweisung der Sache an die KESB. Das Einzelgericht lud die Beschwerdeführerin zur Anhörung/Hauptverhandlung auf Dienstag, 25. Juli 2017 vor und bestellte Dr. med. B. _____ als Gutachter. Mit Eingabe vom 19. Juli 2017 lehnte die Beschwerdeführerin Dr. B. _____ als Gutachter ab (act. 6/1). Die Kanzleikommission des Bezirksgerichtes Hinwil trat auf das Ausstandsgesuch mit Beschluss vom 20. Juli 2017 nicht ein. Weiter wies sie das im Rahmen der Beschwerde gegen den KESB-Entscheid gestellte Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, welches sie auch auf das vorliegende Verfahren betreffend Ausstand bezog, wegen Aussichtslosigkeit ab. Die Entscheidgebür legte sie auf Fr. 300.– fest und auferlegte sie dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, persönlich mit der Begründung, das Ausstandsbegehren sei haltlos, und die Kosten seien deshalb unnötig im Sinne von Art. 108 ZPO (act. 5).

2. Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 (Nichteintreten) und Dispositiv-Ziffer 4 (Kostenaufgabe) des angefochtenen Entscheides. Für das Beschwerdeverfahren sei ihr ferner die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör, da die Vorinstanz ihr in der Startverfügung keine Gelegenheit gegeben habe, sich zur Person des Gutachters zu äussern. Sie habe sich daraufhin von sich aus vernehmen lassen und den Gutachter begründet abgelehnt. Auf ihr Ablehnungsbegehren sei deshalb in jedem Fall einzutreten. Dr. B. _____ sei bereits im Februar 2017 im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der behördlichen Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung als Gutachter bestellt worden.

Damals habe er sich konträr zu ihren Zielen und Vorstellungen geäußert, weshalb er wegen Vorbefassung weder neutral noch unabhängig sei. Das nun erstattete Gutachten bestätige denn auch in allen Punkten das Gutachten vom Februar 2017. Mit der Startverfügung habe ihr die Vorinstanz sodann die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ einen unentgeltlichen Vertreter bestellt. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege umfasse das gesamte Verfahren; es gehe nicht an, einzelne Teilfragen davon auszunehmen. Ebenso unverständlich und willkürlich sei die Kostenaufgabe an ihren Rechtsvertreter persönlich. Sie habe sich wiederholt und gezielt gegen eine erneute Begutachtung durch diesen Gutachter gewehrt. Ihr Rechtsvertreter sei allein ihrer Interessenwahrung verpflichtet (act. 2).

3. Zur gerügten Gehörsverletzung ist Folgendes festzuhalten: Der Betroffene soll sich zu den mutmasslichen Kosten der Expertise sowie zur Person des Experten und auch hinsichtlich dessen Unabhängigkeit und Sachkompetenz äussern können, weshalb er vorgängig anzuhören ist (Art. 183 Abs. 1 ZPO; Müller, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 183 N 13). Daher setzen die Gerichte der zu begutachtenden Person in aller Regel mit der Startverfügung Frist an, um allfällige begründete Einwendungen gegen die Person und die fachliche Qualifikation des Gutachters zu erheben. So ist auch zu verfahren, wenn der Gutachter bereits in einem vorangegangenen Verfahren tätig wurde, stellt sich doch die Frage der Unabhängigkeit sowie der Fachkenntnis jedes Mal von Neuem. Offenbar wurde dies vorliegend unterlassen. Aus dieser verfahrensrechtlichen Unzulänglichkeit erwuchs der Beschwerdeführerin aber kein Nachteil, da sie sich unaufgefordert äusserte und so ihre Bedenken betreffend Befangenheit dennoch einbringen konnte. Ihr rechtliches Gehör blieb damit gewahrt.

4. Die Beschwerdeführerin hält weiter dafür, die Vorinstanz hätte auf ihr Begehren eintreten müssen. Sie hielt dem bestellten Gutachter vor Vorinstanz Voreingenommenheit entgegen, da dieser innerhalb derselben fürsorglichen Unterbringung bereits zuvor mit der Begutachtung beauftragt worden sei und die Sicht der KESB rundum gestützt habe. Auch in anderen Verfahren habe er sie schon begutachtet und sich dabei im Sinne der Institutionen geäußert. Damit leg-

te sie wenigstens rudimentär dar, weshalb sie Dr. B._____ ablehnt. Mit knapper Begründung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass keine Anzeichen für den Anschein der Befangenheit vorlägen. Da sie sich mit den Einwendungen der Beschwerdeführerin auseinandersetzte und diese als unbegründet erachtete, hätte sie richtigerweise auf das Ausstandsbegehren eintreten und dieses abweisen müssen. Für das Ergebnis ist dies aber ohne Belang. Massgeblich ist, dass die Vorinstanz das Begehren in der Sache prüfte und diesem nicht stattgab.

5.a) Befangenheit liegt vor, wenn Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf den Entscheid einwirken. In Konkretisierung dieses verfassungsrechtlichen (Art. 30 Abs. 1 BV) und staatsvertragsrechtlichen (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) Anspruches auf ein unparteiisches, unbefangenes und unvoreingenommenes Gericht statuiert die Zivilprozessordnung in Art. 47 Abs. 1 verschiedene Ausstandsgründe. Im Gesuch sind die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen (Art. 49 ZPO). Die Bedenken der ablehnenden Partei müssen objektiv begründet erscheinen, weder subjektive Empfindungen noch reine Vermutungen über die Haltung einer Gerichtsperson sind entscheidend. Umgekehrt reicht es aus, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 140 III 221 E. 4 m.w.H.). Die Ausstandsregelung für Gerichtspersonen gilt kraft des Verweises in Art. 183 Abs. 2 ZPO auch für Sachverständige.

b) In ihrer Beschwerdeschrift hält die Beschwerdeführerin daran fest, dass Dr. B._____ aufgrund einer früheren Begutachtung innerhalb derselben fürsorgeischen Unterbringung, wobei er sich entgegen ihrem Willen geäussert habe, voreingenommen sei. Damit stützt sie sich auf den Ausstandsgrund von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO. Der Vorwurf der Befangenheit ist jedoch, wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, unbegründet. Vorab ist anzumerken, dass es sich bei der seinerzeitigen Anordnung und der dem vorliegenden Geschäft zugrundeliegenden Verlängerung der fürsorgeischen Unterbringung bzw. der jeweiligen gerichtlichen Überprüfung um verschiedene, wenn auch eng zusammenhängende Verfahren handelt. Der Umstand allein, dass ein Sachverständiger schon früher in

der gleichen Sache tätig war, bildet – anders als etwa im Strafprozess (Art. 56 lit. b StPO) – noch keinen Ausstandsgrund. Dies gilt auch dann, wenn er früher ein Gutachten zuungunsten der ablehnenden Partei erstattete. Entscheidend ist, dass der Experte hinsichtlich seines neuen Auftrages offen und nicht vorherbestimmt erscheint. Kann dies bejaht werden, so ist die Besorgnis der Voreingenommenheit trotz Vorbefassung unbegründet (zum Ganzen ZK ZPO-Weibel, 3. A., Art. 183 N 25; Müller, a.a.O., Art. 183 N 22; BK ZPO-Rüetschi, Art. 183 N 31). Es liegt demzufolge kein Anschein der Befangenheit vor, nur weil Dr. B._____ bereits früher als Gutachter bestellt wurde und dabei im Einklang mit der KESB und der Klinik zu für die Beschwerdeführerin ungünstigen Schlussfolgerungen gelangte. Auch der Umstand, dass er bei der erneuten Begutachtung offenbar an seiner damaligen Einschätzung festhielt, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn aus den pauschalen Einwendungen der Beschwerdeführerin ergeben sich keine konkreten Hinweise dafür, dass Dr. B._____ nicht eine neutrales und sachliches Gutachten gegebenenfalls auch abweichend zu seiner bisherigen Beurteilung zu erstatten in der Lage war. Triftige Gründe, die für eine unzulässige Vorbefassung sprechen, vermag die Beschwerdeführerin nicht zu nennen. Ihre nicht weiter substantiierte Vermutung oder Befürchtung fehlender Neutralität ruft den Anschein der Befangenheit noch nicht hervor.

6. Schliesslich ficht die Beschwerdeführerin die Kostenaufgabe an ihren Rechtsvertreter an. Durch die Kostenauflegung ist sie jedoch nicht beschwert, da sie selbst keine Kosten zu tragen hat. Insoweit fehlt es ihr an einem schutzwürdigen Interesse an der Beschwerde. Rechtsanwalt X._____ hingegen, der durch die Kostenaufgabe betroffen ist, führt keine Beschwerde im eigenen Namen. Die Kostenregelung ist demnach nicht weiter zu prüfen.

Auch ohne formellen Antrag ergibt sich aus der Begründung ferner, dass die Beschwerdeführerin die Abweisung ihres Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls beanstandet. Diese sei ihr im Verfahren betreffend Verlängerung der fürsorglichen Unterbringung bewilligt worden und gelte auch für das Ausstandsbegehren. Da ihr vor Vorinstanz keine Kosten auferlegt wurden, betrifft sie der abweisende Entscheid nur mit Blick auf die Entschädigung für ihre

Rechtsvertretung. Ihre Rüge verfängt indes nicht. Die Zivilprozessordnung überlässt die Regelung der funktionellen Zuständigkeit für den Ausstandsentscheid der kantonalen Gerichtsorganisation (Art. 3 ZPO; ZK ZPO-Wullschleger, 3. A., Art. 50 N 1). Vorliegend war die Kanzleikommission des Bezirksgerichtes Hinwil zuständig (§ 40 EG KESR und § 127 GOG i.V.m. Art. 47 ff. und 183 Abs. 2 ZPO sowie § 17 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Bezirksgerichtes Hinwil). Das Ausstandsbegehren wurde damit von einem anderen Spruchkörper beurteilt als die Hauptsache. Wenn nun die Kanzleikommission ein im Hauptverfahren gestelltes Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auch für ihr Geschäft entgegennahm, durfte sie darüber selbständig entscheiden. Dass sie es zufolge Aussichtslosigkeit abwies, ist im Lichte obiger Erwägungen sodann nicht zu beanstanden.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die bloss wiederholte Begutachtung der Beschwerdeführerin durch Dr. B._____ objektiv betrachtet nicht den Anschein der Befangenheit zu begründen vermag. Hinsichtlich der Kostenaufgabe an Rechtsanwalt X._____ fehlt es der Beschwerdeführerin an der Beschwer. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

8.a) Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes erfordert zusätzlich, dass dies zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers notwendig ist. Da die Begehren der Beschwerdeführerin in diesem Beschwerdeverfahren aber – wie gesehen – von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden müssen, ist dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren nicht zu entsprechen, ohne dass die Mittellosigkeit zu prüfen wäre.

b) Nach dem Gesagten kann das Rechtsmittel in guten Treuen nicht mehr als erfolgsversprechend bezeichnet werden, weshalb es sich rechtfertigt, die Kos-

ten dieses Verfahrens im Sinne von Art. 108 ZPO Rechtsanwalt X. _____ persönlich aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.– festgesetzt.
3. Die Gebühr wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ persönlich auferlegt.
4. Er wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, 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. 92 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. S. Bohli Roth

versandt am: