

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ150030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Beschluss und Urteil vom 5. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

betreffend **Ausstandsbegehren in den Kinderschutzmassnahmen**

Beschwerde gegen ein Urteil der Kammer I des Bezirksrates Zürich vom 30. April 2015 i. S. B. _____, geb. tt.mm.2002, C. _____, geb. tt.mm.2004, und D. _____, geb. tt.mm.2009; VO.2015.12 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

I.

1. Der Beschwerdeführer ist der Vater der Kinder B._____, geboren am tt.mm.2002, C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2009. Mit Beschluss der KESB Zürich vom 20. Februar 2014 wurde Rechtsanwalt lic. iur. X._____ (fortan Kindervertreter) zum Verfahrensvertreter der Kinder i.S. von Art. 314a^{bis} ZGB ernannt (act. 9/142). Dieser Punkt war nicht Gegenstand einer vom Beschwerdeführer gegen Teile dieses Beschlusses erhobenen, schliesslich durch Rückzug erledigten Beschwerde (act. 9/184; act. 9/173 S. 2 oben; act. 9/175).

2. Mit Schreiben an die KESB vom 18. August 2014 beantragte der Beschwerdeführer "falls überhaupt ein Kinderanwalt eingesetzt wird, eine andere Vertretung zu wählen" (act. 9/189). Mit Verfügung vom 6. November 2014 wies die Vorsteherin der Abteilung 2 der KESB sowohl den Antrag des Beschwerdeführers auf Wechsel in der Person des Verfahrensvertreters als auch seinen Antrag auf Aufhebung der Verfahrensvertretung i.S. von Art. 314a^{bis} ZGB ab (act. 9/222).

3. Nachdem ein Wiedererwägungsgesuch vom 14. November 2014 (act. 9/229) am 17. November 2014 (act. 9/230) abschlägig und ein weiteres Schreiben vom 24. November 2014 (act. 9/239) überhaupt nicht beantwortet worden waren, verlangte der Beschwerdeführer am 1. Dezember 2014 (act. 9/241) bei der KESB den Ausstand des Behördenmitglieds E._____. Gegen die Abweisung des Ausstandsgesuchs durch die KESB mit Zirkulationsbeschluss vom 7. Januar 2015 (act. 9/249) erhob der Beschwerdeführer am 16. Januar 2015 (act. 8/1) Beschwerde an den Bezirksrat. Diese wurde mit Urteil vom 30. April 2015 (act. 7) abgewiesen. Gegen diesen Entscheid, den er am 4. Mai 2015 erhalten hatte (act. 8/14), erhob der Beschwerdeführer am 12. Mai 2015 rechtzeitig Beschwerde an das Obergericht mit den Anträgen (act. 2 S. 1 f.):

- 1) Das Urteil VO.2015.12/3.02.16 vom 30. April 2015 des Bezirksamts Zürich und der Zirkulationsbeschluss Nr. 68 vom 7. Januar

2015 der KESB der Stadt Zürich betreffend Ausstand von Behördenmitglied E. _____ in Sachen Kinderschutz B. _____ / C. _____ / D. _____ seien aufzuheben; Behördenmitglied E. _____ werde verpflichtet, in dieser Sache in den Ausstand zu treten.

- 2) Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuerkennen, die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils werde aufgehoben.
 - 3) Der KESB der Stadt Zürich sei anzuordnen, ihre Aktennotiz vom 30. April 2015 (act. 305) aus den Akten der KESB zu entfernen, und die Besprechung mit der Kindermutter betreffend Kindertreffen und psychiatrische Begutachtung der Kinder sei durch ein Behördenmitglied zu wiederholen, gegen das kein Ausstandsgrund besteht.
 - 4) Das vorliegende Verfahren sei mit der Beschwerde des gleichen Beschwerdeführers betreffend Kindervertretung zu vereinigen.
 - 5) Dem Unterzeichneten werde die Unentgeltlichkeit des Verfahrens gewährt, und er werde zu seinem eigenen Rechtsbeistand bestellt.
 - 6) Kosten- und Entschädigungsfolgen.
4. Bereits zuvor hatte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. November 2014 gegen die Verfügung vom 6. November 2014 Beschwerde an den Bezirksrat erhoben mit den Anträgen, das Mandat des Kinderanwalts sei ersatzlos zu beenden, eventualiter seien die Kinder persönlich anzuhören, subeventualiter sei ihnen eine Vertretung nach ihrem Wunsch zu bestellen (PQ150031 act. 7/1 S. 1). Diese Beschwerde wurde mit Entscheid des Bezirksratspräsidenten vom 30. April 2015 abgewiesen (PQ150031 act. 6). Gegen diesen Entscheid, der ihm am 4. Mai 2015 eröffnet wurde (PQ150031 act. 7/28), erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Mai 2015 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer mit dem Antrag, der Kindervertreter sei ersatzlos abuberufen (PQ150051 act. 2 S. 1 Ziff. 1). Jenes Verfahren wurde mit der Geschäftsnummer PQ150031 am Register eröffnet und wird ebenfalls heute durch den gleichen Spruchkörper erledigt (PQ150031 act. 41). Von einer formellen Vereinigung der beiden Verfahren, wie vom Beschwerdeführer in diesem Verfahren beantragt, ist wegen der unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten abzusehen.

II.

1. Anlass des Ausstandsbegehrens des Beschwerdeführers vom 1. Dezember 2014 (act. 9/241) gegen das Behördenmitglied E. _____ bildet der zweite Teil (ab "Letzteres mit dem Bemerken") der folgenden Erwägung der Verfügung vom 6. November 2014 (act. 9/222 S. 2):

"(dass) in Würdigung der gesamten Umstände der Antrag des Vaters abzuweisen ist, sowohl mit Bezug auf Wechsel des Kindervertreters als auch mit Bezug [auf] Weiterführung der Kindervertretung, Letzteres mit dem Bemerken, dass die berechtigten Interessen der Kinder durch den Kindsvater, dessen erklärtes (eigennütziges) Ziel es ist, alles daran zu setzen, dass die Kindsmutter ohne ihre Kinder in den Senegal zurückkehren muss (vgl. u.a. act. 121, 187/10) letztlich in keiner Art und Weise wahrgenommen werden;"

2. Der Beschwerdeführer bringt vor, die in dieser Passage enthaltenen Vorwürfe der Eigennützigkeit und der völligen Missachtung der Kinderinteressen seien im Zusammenhang mit dem Kinderschutz von zentraler Bedeutung. Sie bezögen sich nicht auf einen einzelnen Aspekt, sondern es handle sich um eine pauschale negative Vorverurteilung, mit der ihn das abgelehnte Behördenmitglied ganz allgemein charakterlich habe treffen und aburteilen wollen. Indem sie auf seine mehrfachen Bitten um eine Erklärung (act. 9/229 und 9/239) nicht eingegangen sei bzw. in ihrer Stellungnahme zu seinem Ausstandsgesuch lediglich pauschal auf konkrete Fakten verweise, welche sich aus den Akten ergäben (act. 9/248), und damit eine Antwort schuldig bleibe, bestätige sie den Verdacht einer allgemeinen Vorverurteilung (act. 2 S. 6 f. Ziff. 15).

3. Indem die oben zitierte Erwägung die Interessen der Kinder, welche als berechtigt bezeichnet werden, den - ihrerseits als eigennützig bezeichneten - Zielen des Beschwerdeführers gegenüberstellt und festhält, die Interessen der Kinder würden vom Beschwerdeführer nicht wahrgenommen, nimmt sie eine Wertung vor. Das ist ihrer Funktion als Teil der Begründung geschuldet: Entscheiden setzt die wertende Auseinandersetzung mit den Positionen der Beteiligten voraus. Die zitierte Passage soll das Argument des Beschwerdeführers widerlegen, die Einsetzung einer Kindervertretung sei unnötig, weil er selber dazu in der Lage sei,

die Vertretung der Kinder wahrzunehmen. Sie wurde mithin durch die Ausführungen des Beschwerdeführers veranlasst und stellt eine tragende Erwägung dar.

Als eigennützig wird das Ziel des Beschwerdeführers bezeichnet, die Mutter solle ohne die Kinder in den Senegal zurückkehren. Diese Qualifikation hat also einen spezifischen, klar umgrenzten Gegenstand. Die Behauptung des Beschwerdeführers, es handle sich um einen pauschalen Vorwurf, geht somit fehl. Der Beschwerdeführer bestreitet im Übrigen nicht, dass er dieses Ziel hat. Es erübrigt sich daher, die von den Vorinstanzen zusammengetragenen Belege zu wiederholen (vgl. act. 7 S. 10 E. 5.3). Der Beschwerdeführer stört sich vielmehr an der Wertung dieser Position als eigennützig, die seinem eigenen Verständnis widerspricht, wonach er lediglich die Interessen seiner Kinder wahrnimmt (act. 7 S. 11 E. 5.3).

Eigennutz ist zwar eine negativ konnotierte Eigenschaft. Grundsätzlich ist die Verfolgung eigener Interessen jedoch legitim und entspricht dem liberalen Menschenbild, auf dem unser Rechtsstaat beruht. Der Grund für die Einsetzung einer Kindervertretung ist die in bestimmten Konstellationen unvermeidliche Kollision zwischen den Interessen der Kinder und der beiden Eltern als ihren gesetzlichen Vertretern. Die Benennung dieses Umstandes ist daher nicht ehrenrührig und deutet nicht auf eine Befangenheit.

4. Was die Formulierung betrifft, so zeichnet sich die oben zitierte Passage durch eine gewisse Schärfe aus. Am deutlichsten zum Ausdruck kommt das in der Wendung, die Interessen der Kinder würden durch den Beschwerdeführer "in keiner Art und Weise" wahrgenommen. Zwar nicht inhaltlich, aber im Stil kontrastiert das deutlich mit der vorsichtigeren Formulierung des Bezirksrats, es blieben "objektiv betrachtet doch erhebliche Zweifel daran, dass diese Lösung im besten Interesse der Kinder stünde" (act. 7 S. 11 E. 5.3). Die Formulierung der Entscheidung als dass-Verfügung mit ihrem Zwang zu Kürze und Prägnanz verstärkt den Eindruck der Zuspitzung.

Von Behördenmitgliedern wird eine zurückhaltende Ausdrucksweise erwartet (Wullschleger, ZK, Art. 47 ZPO N 33). Wenn ein Verfahren mehrere Jahre dauert

und ein Behördenmitglied zwischen den gleichen Verfahrensbeteiligten immer wieder neue Entscheidungen treffen muss, wie es gerade in Kinderschutzverfahren vorkommen kann, sind professionelle Distanz und Zurückhaltung besonders wichtig, um die nötige Unabhängigkeit zu wahren und zu verhindern, dass persönliche Sympathien oder Antipathien entstehen, welche die Entscheidung beeinflussen, und sei es auch nur dem Anschein nach.

Dieser Grundsatz untersagt es einer Behörde jedoch nicht, deutliche Worte zu wählen, wenn sie dafür einen sachlichen Grund hat. Ein Bezug zur Sache liegt hier vor, wie oben gezeigt wurde (vgl. oben 3). Unter diesen Umständen kann aus der negativen Bewertung der Position des Beschwerdeführers noch nicht auf eine Befangenheit geschlossen werden. Ein Ausstandsgrund läge erst dann vor, wenn sich das Behördenmitglied mit sachlich nicht gerechtfertigten Äußerungen so deutlich festgelegt hätte, dass zu bezweifeln wäre, dass es einen anderslautenden Rechtsmittelentscheid loyal umsetzen würde.

Zu dieser Annahme besteht kein Anlass. Die pointierte Formulierung der beanstandeten Passage hat die Auseinandersetzung zusätzlich angeheizt. Das ist unglücklich, vermag aber noch keine Befangenheit zu begründen. Um eine weitere Eskalation zu vermeiden, war es richtig, dass sich das Behördenmitglied nicht auf eine Korrespondenz über die beanstandete Passage einliess. Im Übrigen entspricht es einem rechtsstaatlichen Grundsatz, eigene Entscheidungen nachträglich nicht zu kommentieren, sondern diese Aufgabe der Rechtsmittelinstanz zu überlassen.

5. Die vom Beschwerdeführer in seinem Ausstandsbegehren beanstandete Passage ist zwar deutlich formuliert, sie hat jedoch einen konkreten sachlichen Bezug. Ein Anschein der Befangenheit, der einen Ausstandsgrund i.S. von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO darstellen würde, liegt daher noch nicht vor. Die Beschwerde des Beschwerdeführers betreffend Ausstand ist deshalb abzuweisen. Demzufolge ist das Behördenmitglied E._____ nicht in den Ausstand zu versetzen und die von ihr vorgenommenen Verfahrenshandlungen sind nicht zu wiederholen. Das gilt insbesondere für die Besprechung mit der Mutter betreffend Treffen mit den Kindern und psychiatrische Begutachtung der Kinder vom 30. April 2015. Die über dieses

Treffen erstellte Aktennotiz ist demnach nicht aus den Akten der KESB zu entfernen (vgl. act. 2 S. 1 Antrag 3).

III.

1. Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Mit den in diesem Verfahren eingereichten Unterlagen (act. 3/33), die einen monatlichen Ausgabenüberschuss von rund CHF 1'350 ergeben, hat er seine Mittellosigkeit grundsätzlich genügend belegt. Auch wenn der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde vollumfänglich unterliegt, kann seine Sache nach dem Gesagten (vgl. oben 4) nicht als aussichtslos bezeichnet werden.

2. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind damit grundsätzlich erfüllt. Die Verfahrenskosten, die ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer zu auferlegen sind, sind daher unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Der Beschwerdeführer, der von Beruf Anwalt ist, möchte als sein eigener Rechtsbeistand bestellt werden (act. 2 S. 10 f. Ziff. 23). Dieser Antrag ist abzuweisen.

Wie seine Beschwerdeschrift zeigt, die er selbst verfasste, bedarf der Beschwerdeführer keiner rechtskundigen Vertretung, sondern ist selbst zur Wahrung seiner Rechte in der Lage, so dass die gesetzlichen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsverteidigung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO nicht erfüllt sind.

Ob eine Vertretung gleichwohl notwendig sein könnte, weil unter Umständen je nach Materie auch einer rechtskundigen Partei wegen der persönlichen Betroffenheit die für eine effektive Wahrung ihrer Rechte notwendige professionelle Distanz fehlt, kann offenbleiben, da der Beschwerdeführer ausdrücklich keine Vertretung durch einen Dritten verlangt, sondern als sein eigener Rechtsbeistand eingesetzt werden möchte.

Der Beschwerdeführer vertritt sich nicht selbst, das ist begriffslogisch nicht möglich, sondern er tritt in eigenem Namen auf. Er kann sich daher nicht auf Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO berufen. Eigenleistungen der Parteien sind im Rahmen der Entschädigungsfolgen nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen abzugelten (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Unter diesem Titel wäre in begründeten Fällen auch ein Verdienstausschluss zu berücksichtigen (vgl. act. 2 S. 11).

Da der Beschwerdeführer mit seinen Anträgen unterliegt, kann er daraus nichts ableiten. Ausserhalb der soeben angeführten Bestimmungen gibt es für die Entschädigung solcher Eigenleistungen keine gesetzliche Grundlage, sondern sind diese als unvermeidliche Begleitfolge des Einbezugs in ein solches Verfahren und Ausdruck des allgemeinen Lebensrisikos hinzunehmen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung als sein eigener unentgeltlicher Rechtsbeistand wird abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung für diesen Beschluss erfolgen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde betreffend Ausstand des Behördenmitglieds E. _____ wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt, aber zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt 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.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: