

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

5A\_894/2015

Urteil vom 16. März 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Herrmann, Schöbi,  
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde KESB der Stadt Zürich,

G. \_\_\_\_\_.

Gegenstand

Kindesvertretung nach Art. 314a bis ZGB (Kindesschutz),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 5. Oktober 2015.

Sachverhalt:

A.

A. \_\_\_\_\_ (1954), welcher in U. \_\_\_\_\_ eine Anwaltskanzlei betreibt, und C. \_\_\_\_\_ (1975), welche senegalesische Staatsangehörige ist, sind seit April 2001 verheiratet, lebten aber mehrheitlich getrennt. Sie haben die gemeinsamen Kinder D. \_\_\_\_\_ (2002), E. \_\_\_\_\_ (2004) und F. \_\_\_\_\_ (2009). D. \_\_\_\_\_ zog bereits im Sommer 2011 in die Schweiz zu ihrem Vater; im Dezember 2011 zogen die Mutter und die beiden Kinder E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ nach. Wenige Monate später wurde die Mutter nach einer tätlichen Auseinandersetzung aus der gemeinsamen Wohnung weggewiesen, wobei sie sich nach wie vor in der Schweiz aufhält. Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens wurden die Kinder am 10. Oktober 2013 unter die Obhut des Vaters gestellt, unter Einräumung eines Besuchsrechts an die Mutter und Errichtung einer Beistandschaft. Mit Interventionen beim Migrationsamt versucht A. \_\_\_\_\_, die Ausweisung seiner Ehefrau zu erwirken.

B.

Die Besuchsrechtsausübung zwischen Mutter und Kindern ist konfliktreich. Mit Beschluss vom 20. Februar 2014 setzte die KESB Zürich Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ als Kindesvertreter ein. A. \_\_\_\_\_ erhob gegen Teile dieses Beschlusses Beschwerde, wobei die Einsetzung eines Kindesvertreters nicht davon betroffen war; im Übrigen zog er die Beschwerde später wieder zurück. Mit Schreiben vom 18. August 2014 beantragte A. \_\_\_\_\_, "falls überhaupt ein Kinderanwalt eingesetzt wird, eine andere Vertretung zu wählen". Mit Verfügung vom 6. November 2014 wies die Vorsteherin der Abteilung 2 der KESB, B. \_\_\_\_\_, sowohl den Antrag auf Wechsel der Person des Kindesvertreters als auch denjenigen auf Aufhebung der Vertretung ab.

C.

Gegen diese Verfügung erhob A. \_\_\_\_\_ Beschwerde an den Bezirksrat mit den Anträgen, das Mandat des Kindesvertreters sei ersatzlos zu beenden, eventualiter seien die Kinder anzuhören und subeventualiter sei ihnen eine Vertretung nach ihrem Wunsch zu bestellen. Mit Entscheid vom 30.

April 2015 wies der Bezirksratspräsident die Beschwerde ab.

Diesen Entscheid zog A. \_\_\_\_\_ an das Obergericht des Kantons Zürich weiter. Dieses hörte am 2. September 2015 die beiden Mädchen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ an. Mit Urteil vom 5. Oktober 2015 wies es die Beschwerde ab.

Dagegen hat A. \_\_\_\_\_ am 6. November 2015 die vorliegend zu behandelnde Beschwerde an das Bundesgericht erhoben, mit welcher er die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und die Abberufung von Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ als Kindesvertreter beantragt. Ferner verlangt er die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Präsidialverfügung vom 17. November 2015 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen. In der Sache selbst wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

D.

Parallel dazu hatte A. \_\_\_\_\_ am 1. Dezember 2015 gegen B. \_\_\_\_\_ ein Ablehnungsgesuch gestellt. Mit Zirkulationsbeschluss vom 7. Januar 2015 wies die KESB das Ausstandsbegehren ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Bezirksrat mit Beschluss vom 30. April 2015 und vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 5. Oktober 2015 abgewiesen. Dagegen hat A. \_\_\_\_\_ am 6. November 2015 ebenfalls eine Beschwerde an das Bundesgericht erhoben, welche Gegenstand des Verfahrens 5A\_885/2015 bildet.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid, welcher im Zusammenhang mit einem Kindesschutzverfahren steht; insoweit ist die Beschwerde in Zivilsachen gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 und Art. 75 Abs. 1 BGG). Fraglich ist hingegen, ob es sich um einen Endentscheid (Art. 90 BGG) oder um einen Zwischenentscheid handelt, welcher einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil voraussetzt (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Bei der Verfügung vom 6. November 2014, welche den Ausgangspunkt des vorliegenden Rechtsmittelzuges bildet, hat die KESB auf "das hängige Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen, Besuchsrechtsregelung, etc." verwiesen. Dies könnte die Annahme eines Zwischenentscheides nahelegen; andererseits hat die Verfügung vom 6. November 2014 einen anderen Gegenstand als das Kindesschutzverfahren als solches. Die Frage der Einordnung des angefochtenen Entscheides kann - wie bereits im Urteil 5A\_710/2012 vom 2. Juli 2013 E. 1 - auch im vorliegenden Fall insofern offen bleiben, als auf die Beschwerde ohnehin nicht eingetreten werden kann (dazu im Einzelnen E. 3 und 4).

2.

Das Obergericht hat erwogen, während der Beschwerdeführer vor den Vorinstanzen auch die Auswechslung der Person des Kindesvertreters bzw. die Anhörung der Kinder verlangt habe, beantrage er obergerichtlich einzig die ersatzlose Aufhebung der Vertretung. Das stimme mit der Lehrmeinung überein, wonach den Eltern Gehörs- und Beschwerderechte nur zur Frage, ob eine Kindesvertretung einzusetzen sei, nicht aber zur Person des Vertreters zukomme.

Vor Bundesgericht stellt der Beschwerdeführer nun aber (einzig) das Begehren, Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ sei als Kindesvertreter abzurufen. Auch in der Beschwerdebegründung konzentriert er sich darauf, Vorwürfe an die Adresse des Kindesvertreters zu richten (Beschwerde, S. 7 f.), wobei der Kern darin besteht, dieser würde nicht ausschliesslich die subjektiven Äusserungen der Kinder transportieren bzw. nicht ausschliesslich nach deren Willen handeln, namentlich im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts (Beschwerde, S. 10). Im Übrigen sei der Kindesvertreter in der vorliegenden komplexen Situation auch überfordert und die Kinder hätten kein Vertrauen in ihn, weshalb er das Mandat von sich aus hätte niederlegen müssen (Beschwerde, S. 10), er aber jedenfalls abzurufen sei (Beschwerde, S. 12).

3.

Zunächst ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit der Beschwerdeführer die Errichtung einer Kindesvertretung in Frage stellt (Beschwerde, S. 6 bis 8) und in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Bundesrecht, der Officialmaxime und des rechtlichen Gehörs rügt (Beschwerde, S. 12). Dagegen hätte seinerzeit gegen den anordnenden Beschluss vom 20. Februar 2014 ein Rechtsmittel bestanden, welches der Beschwerdeführer hinsichtlich des betreffenden Entscheidungspunktes nicht ergriffen und im Übrigen wieder zurückgezogen hat.

Beiläufig erwähnt der Beschwerdeführer auch, dass die Beibehaltung der Kindesvertretung unzulässig sei (Beschwerde, S. 12 unten). Obwohl die Beibehaltung im Kontext mit der Einsetzung genannt wird, kann den Ausführungen sinngemäss entnommen werden, dass es dem Beschwerdeführer auch um die Aufhebung der Kindesvertretung als solche geht. Indes spiegelt sich dies nicht in den beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren, über welche das Bundesgericht nicht hinausgehen darf

(Art. 107 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer muss sich dies entgegenhalten lassen, umso mehr als er kein Laie, sondern praktizierender Rechtsanwalt ist. Ohnehin aber wäre in Bezug auf die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung einer Kindesvertretung der begründeten Auffassung des Obergerichtes zu folgen (angefochtener Entscheid, S. 8), wonach die Ansicht des Beschwerdeführers, er könne die Kinder selbst vertreten, aufgrund der offensichtlichen Interessenkollision unzutreffend und die Fortführung einer unabhängigen Kindesvertretung geboten ist. Ebenso wenig ist auf die Beschwerde einzutreten, soweit der Beschwerdeführer direkt das Vorgehen und die Entscheidungen der KESB kritisiert (Beschwerde, S. 9). Taugliches Anfechtungsobjekt ist einzig der kantonal letztinstanzliche Entscheid (Art. 75 Abs. 1 BGG).

Nicht zu hören ist schliesslich das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Kinder hätten die Annahme des an sie gerichteten Schreibens des Obergerichtes vom 5. Oktober 2015 verweigert und ihm den Briefumschlag ungeöffnet übergeben, nachdem er ihnen erklärt habe, dass sich darin der angefochtene Entscheid befinde, was zeige, dass die Kinder weder mit dem Gericht noch mit dem Kindesvertreter etwas zu tun haben wollten. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers handelt es sich hier nicht um ein zulässiges Novum im Sinn Art. 99 Abs. 1 BGG, weil im Rahmen dieser Bestimmung höchstens ein unechtes, nicht aber ein echtes Novum vorgetragen werden kann (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123). Abgesehen davon bestätigt aber das Vorbringen die Auffassung der kantonalen Instanzen, dass der Vater stark auf den Willen seiner Kinder einwirke (vgl. angefochtener Entscheid, S. 8, mit Verweis auf die Vorinstanzen).

Zu prüfen bleibt im Folgenden, ob der Beschwerdeführer in seiner Stellung als Vater und gesetzlicher Vertreter der Kinder die Handlungen des Kindesvertreters in Frage stellen und dessen Absetzung verlangen kann.

#### 4.

Das Obergericht hat erwogen, den Eltern stehe das rechtliche Gehör und ein Beschwerderecht nur für die Frage zu, ob ein Kindesvertreter eingesetzt werden soll, nicht jedoch zu dessen Person. Die Beschwerdelegitimation des Vaters beschränke sich mithin auf die Frage, ob eine Kindesvertretung einzusetzen sei. Indes hat das Obergericht im Folgenden die Handlungen des Kindesvertreters aufgrund der im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht geltenden Officialmaxime von Amtes wegen ausführlich gewürdigt (angefochtener Entscheid, S. 8 bis 18).

4.1. Das Gericht hat in den gesetzlich vorgesehenen Fällen die Errichtung einer Kindesvertretung von Amtes wegen zu prüfen (vorliegend Art. 314a bis Abs. 2 ZGB, in familienrechtlichen Gerichtsverfahren Art. 299 Abs. 2 ZPO). Weil die Kindesvertretung aber für die Eltern mit einer finanziellen Belastung verbunden ist und auch ihre Vertretungsmacht als gesetzliche Vertreter im Verfahren einschränkt, kommt diesen nach übereinstimmender Lehre in Bezug auf die Frage der Errichtung das rechtliche Gehör bzw. ein Beschwerderecht zu (SCHWEIGHAUSER, in: FamKomm Scheidung, Band II, N. 41 zu Art. 299 ZPO; STECK, in: Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 299 ZPO; SPYCHER, in: Berner Kommentar, N. 9 zu Art. 299 ZPO; VAN DE GRAAF, in: Kurzkomentar ZPO, N. 10 zu Art. 299 ZPO; HELLE, in: Droit matrimonial, Commentaire pratique, N. 38 zu Art. 299 ZPO; ISLER/DIGGELMANN, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, in: SJZ 2015, S. 145). Vorliegend geht es aber um die Frage, ob die Eltern während der Ausübung des Mandates einzelne Handlungen des Mandatsträgers anfechten oder aufgrund der Mandatsführung dessen Absetzung verlangen können.

Von seiner Stellung her soll der Kindesvertreter unabhängig und unbeeinflusst von den Eltern, dem Gericht und der Kinderschutzbehörde sein Amt wahrnehmen können (COTTIER, in: FamKomm Erwachsenenschutz, N. 9 zu Art. 314a bis ZGB; COTTIER, in: Kurzkomentar ZGB, N. 10 zu Art. 314a bis ZGB; BIDERBOST, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, N. 4 zu Art. 314a bis ZGB; SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 36 f. zu Art. 300 ZPO; STECK, a.a.O., N. 10 ff. zu Art. 300 ZPO; SPYCHER, a.a.O., N. 7 zu Art. 300 ZPO; VAN DE GRAAF, a.a.O., N. 13 zu Art. 299 ZPO; HELLE, a.a.O., N. 32 zu Art. 299 ZPO; DIGGELMANN/ISLER, a.a.O., S. 144).

Diese Unabhängigkeit des Kindesvertreters sollen die Eltern nicht dadurch unterlaufen, dass sie fortlaufend dessen Handlungen in Frage stellen können. Im Übrigen werden ihre Befugnisse als gesetzliche Vertreter des Kindes auch nur durch die Errichtung einer Vertretung, nicht aber durch die einzelnen Handlungen des einmal eingesetzten Vertreters beschnitten. Ein formelles Beschwerderecht in Bezug auf die Amtsführung bzw. die konkreten Handlungen des Kindesvertreters kann ihnen deshalb ebenso wenig zukommen wie ein Recht, aufgrund der Amtsführung seine Auswechslung zu verlangen (sinngemäss DIGGELMANN/ISLER, a.a.O., S. 145; wohl auch BIDERBOST, a.a.O., N. 4 zu Art. 314a bis ZGB).

Indes muss den Eltern die Möglichkeit zustehen, der einsetzenden Behörde einen Missstand zur Kenntnis zu bringen, so dass diese von Amtes wegen Massnahmen ergreifen kann, wenn dies als angezeigt erscheint. Freilich hat in diesem Zusammenhang auch die einsetzende Behörde die

Unabhängigkeit des Kindesvertreters zu achten. Sie kann ihn beispielsweise nicht allein deshalb absetzen, weil er von den ihm gesetzlich zugedachten Rechten Gebrauch macht. Soweit der Kindesvertreter aber mit seiner Amtsführung das Kindeswohl gefährdet, muss die ernennende Behörde eingreifen und die notwendigen Massnahmen treffen können, wozu notfalls auch die Abberufung des Kindesvertreters gehört (sinngemäss betreffend Auswechslung des Kindesvertreters: SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 35 f. zu Art. 300 ZPO).

4.2. Das Vorgehen des Obergerichtes, auf die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers nicht im Rahmen der formellen Behandlung der Beschwerde, sondern einer von Amtes wegen erfolgenden Überprüfung einzugehen, ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden.

4.3. Das Gesagte gilt sinngemäss auch für die vorliegend zu behandelnde Beschwerde. Es fehlt dem Beschwerdeführer in Bezug auf die Beschwerdeführung an einem geschützten Interesse im Sinn von Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG und damit an der Beschwerdelegitimation. Im Übrigen hat das Bundesgericht weder in Bezug auf die KESB noch in Bezug die kantonalen Gerichte oder den eingesetzten Kindesvertreter irgendwelche Aufsichtsfunktionen; insoweit kann die Kritik des Beschwerdeführers hinsichtlich der Handlungen des Kindesvertreters auch nicht im Sinn einer Anzeige entgegengenommen und inhaltlich überprüft werden.

4.4. Immerhin sei aber erwähnt, dass der Hauptvorwurf bzw. das Kernanliegen des Beschwerdeführers, der Kindesvertreter richte sich nicht ausschliesslich an den subjektiven Äusserungen der Kinder aus, was zu seiner Absetzung führen müsse, ohnehin unberechtigt ist.

Mit seiner Kritik spricht der Beschwerdeführer die in der Lehre umstrittene Frage an, ob die Kindesvertretung grundsätzlich einem objektivierten oder dem subjektiven Kindesinteresse verpflichtet sei. Neulich hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage in einem Leitentscheid umfassend geäussert (Urteil 5A\_52/2015 vom 17. Dezember 2015, zur Publ. bestimmt).

In diesem Entscheid hat das Bundesgericht zunächst die Lehrmeinungen zusammengestellt (E. 5.2.1) und als Grundsatz festgehalten, dass der Kindesvertreter nicht in erster Linie subjektive Standpunkte zu vertreten, sondern das objektive Kindeswohl zu ermitteln und zu dessen Verwirklichung beizutragen hat, mithin eine im eigentlichen Sinn anwaltliche, auf den subjektiven Standpunkt des Vertretenen fokussierte Tätigkeit nicht angezeigt ist (E. 5.2.2). Im Anschluss an diesen Grundsatz hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass die Kindesvertretung verschiedene Aspekte hat, welchen je nach Alter des Kindes und Situation des Einzelfalls unterschiedliches Gewicht zukommt (E. 5.2.3). Zunächst geht es um Abklärungen und damit um eine umfassende, elternunabhängige und neutrale Sammlung des einschlägigen Prozessstoffes (E. 5.2.3.1). Sodann begleitet die Kindesvertretung das Kind durch den Prozess; dabei kommt ihr eine "Übersetzungs-" und Vermittlungsfunktion zu (E. 5.2.3.2). Schliesslich nimmt der Kindesvertreter prozessuale Rechte wahr wie namentlich die Beschwerdeführung (E. 5.2.3.3). Die Aufgaben der Information, Kommunikation und Betreuung können bei älteren Kindern in Richtung einer "advokatorischen Interessenvertretung" erweitert

werden. Indes ist Urteilsfähigkeit des Kindes umso später anzunehmen, je abstrakter die Fragestellung ist. Die Tragweite von Fragen der Obhut, der elterlichen Sorge oder von Kindesschutzmassnahmen sind auch für ältere Kinder schwerlich überblickbar. Immerhin wird die subjektive Meinung des Kindes mit zunehmendem Alter eine stets wichtigere, wenn auch nicht ausschlaggebende Entscheidungsgrundlage. Dadurch ändert sich aber nichts an der prozessualen Funktion der Kindesvertretung, dem Gericht das objektivierte Kindeswohl zu vermitteln (E. 5.2.4).

Wie sich aus dem zusammenfassend zitierten Leiturteil ergibt, kann es dem Kindesvertreter nicht zum Vorwurf reichen, wenn er sich bei seinen Handlungen nicht ausschliesslich am - gemäss den Ausführungen der kantonalen Instanzen durch den Vater stark beeinflussten - subjektiven Willen der Kinder, sondern auch an deren objektivierten, nicht zwingend mit den Absichten des Vaters übereinstimmenden Interessen orientiert.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, muss sie als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das entsprechende Gesuch - wie dies bereits für das obergerichtliche Verfahren der Fall war - abzuweisen ist.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Zur Frage der aufschiebenden Wirkung hat einzig die KESB eine Vernehmlassung eingereicht, welcher grundsätzlich keine Entschädigung ausgerichtet wird (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.  
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2.  
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.  
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.  
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) der Stadt Zürich, Rechtsanwalt G. \_\_\_\_\_ als Kindesvertreter und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 16. März 2016  
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli