

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170062-O/U-Antrag

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. iur. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss und Urteil vom 5. September 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beschwerdegegner

betreffend **Gutachtensauftrag**

**Beschwerde gegen eine Präsidialverfügung des Bezirksrates Dietikon
vom 4. August 2017; VO.2017.15 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
Dietikon)**

Erwägungen:

I.

1. D._____, geboren tt.mm 2008, und E._____, geboren tt.mm 2011, sind die beiden Kinder der Beschwerdeführerin, A._____. Die Kinder haben verschiedene Väter.

Die Mutter ist alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge von E._____. Der Vater von E._____ ist C._____. Die Mutter teilt sich die Sorge mit dem Vater für das Kind D._____. Der Vater von D._____ ist B._____.

Im November 2015 wurden D._____ und E._____ bei der Pflegefamilie F._____/ G._____ in H._____, platziert, nachdem die beiden Kinder zuvor beim Vater von D._____ und dessen Partnerin lebten. Im Zuge der Trennung des Paares konnte der Vater von D._____ die Pflege der beiden Kinder nicht mehr sicherstellen. Im Januar 2017 beauftragte die Mutter, welche sich mit der Platzierung im Sinne einer Krisenintervention einverstanden erklärt hatte, ihren Rechtsvertreter damit, die Rückplatzierung der Kinder D._____ und E._____ zu erwirken.

2.1. Mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Dietikon vom 11. Juli 2017 wurden die Kinder vorsorglich und für die weitere Dauer der Abklärung im Sinne von Art. 310 ZGB bei der Pflegefamilie F._____/ G._____ platziert (act. 2 S. 15, Dispositivziffern 1 - 2). Die KESB begründete den vorsorglichen Obhutsentzug vor allem mit der Einschätzung der Beiständin, welche sich ihrerseits auf Zwischenberichte von sofa – soziale Fachdienstleistungen AG – stützt, den Kindern zur Zeit so viel Stabilität und Sicherheit wie möglich zu gewähren (act. 2 S. 7). Die Bestätigung des Pflegeplatzes scheine vor allem für D._____s positive Entwicklung dringend angezeigt. Im Hinblick auf einen späteren Endentscheid seien jedoch weitere Abklärungen nötig; insbesondere müsse abgeklärt werden, welche Rahmenbedingungen und welches Betreuungssetting die Kinder aktuell benötigten, und wie der persönliche Verkehr zu den Eltern kindeswohlgerecht ausgestaltet werden könne (act. 2 S. 7, S. 18, Dispositivziffern 8 -10).

2.2. Zur Abklärung der Frage, ob und wo die Kinder dauerhaft platziert werden müssen, beauftragte die KESB Dietikon mit dem bereits genannten Entscheid vom 11. Juli 2017 die Kinder- und Jugendforensik der Universitären Psychiatrischen Dienste Bern (UPD) mit der Erstellung eines Gutachtens (act. 2 S. 16, Dispositivziffer 8). Als Gutachterin wurde Dr. phil. I. _____ mit Delegationsbefugnis und unter Supervision von Prof. Dr. em. J. _____, ernannt (act. 2 S. 17, Dispositivziffer 9). Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 7 bis 10 des Entscheides entzog die KESB die aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 17, Dispositivziffer 12).

3.1. Die Beschwerdeführerin liess gegen die Anordnung eines kinderpsychologischen Gutachtens bei der UPD mit Eingabe vom 24. Juli 2017 Beschwerde beim Bezirksrat führen (act. 7/1). Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass bei der Gutachtenstelle der Anschein einer Befangenheit vorliege und deshalb eine neutrale Gutachtenstelle, nämlich entweder das Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zürich, oder die Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, Zürich, zu bestimmen sei (act. 7/1 S. 2). In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin vor dem Bezirksrat, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wieder zuerteilen (act. 7/1 S. 2, Dispositivziffer 12).

3.2. Mit Präsidialverfügung vom 4. August 2017 wies der Vizepräsident des Bezirkesrates Dietikon den Antrag, es sei der Beschwerde vom 24. Juli 2017 die aufschiebende Wirkung wiederzuerteilen, ab (act. 3 S. 7, Dispositivziffer I.). Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin Dispositivziffern 1 bis 7 des Entscheides der KESB vom 11. Juli 2017 nicht anfocht, weshalb sich das Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung nur auf den Fragenkatalog und die Gutachterausswahl (Dispositivziffern 8 - 10 des Entscheides der KESB) bezieht.

3.3. Gegen den prozessleitenden Entscheid des Vizepräsidenten des Bezirkesrates Dietikon vom 4. August 2017 führt die Beschwerdeführerin am 14. August 2017 frist- und formgerecht Beschwerde an das Obergericht. Sie stellt die folgenden Anträge (act. 2 S. 1 f.):

- "1. Es sei festzustellen, dass beim Erlass der angefochtenen Verfügung vom 04.08.2017 Gerichtspersonen mitwirkten, welche zum Ausstand verpflichtet waren.
2. Die angefochtene Verfügung sei gemäss Art. 51 Abs. 1 ZPO zu kassieren.
3. Der Beschwerde vom 24. Juli 2017 sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Sodann sei der Beschwerdeführerin für dieses Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Prozessbeistand in der Person des unterzeichneten Anwaltes zu bestellen.

Unter Kost- und Entschädigungsfolgen."

Verfahrensgegenstand ist damit allein die Frage, ob der Bezirksrat zu Recht der Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 24. Juli 2017 die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung verweigerte und damit einhergehend die Frage der Befangenheit des Vizepräsidenten des Bezirksrates.

4. Mit Beschluss vom 21. August 2017 wurde auf die Beschwerde eingetreten (act. 9 S. 4), und es wurde dem Vater von D._____ und dem Vater von E._____ Frist angesetzt, um die Beschwerde der Mutter vom 14. August 2017 an das Obergericht zu beantworten (act. 9 S. 4, S. 5, Dispositivziffern 2 und 3). Innert der bis 4. September 2017 laufenden Frist liessen sich die Beschwerdegegner nicht vernehmen. Die Kindesvertreterin Rechtsanwältin K._____ hielt fest, sie verweise zur Frage, ob der Bezirksrat zu Recht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu den in den Dispositivziffern 8 bis 10 des Entscheides der KESB vom 11. Juli 2017 angeordneten Rechtsfolgen verweigerte, auf ihre Eingabe an den Bezirksrat vom 15. August 2017 (act. 7/18, act. 13). Darin weist die Kindesvertreterin insbesondere auf die Dringlichkeit der Begutachtung und dass es ihr, der Kindesvertreterin, wichtig erscheine, eine Gutachtensstelle in der Nähe des Aufenthaltsortes der Kinder zu wählen.

Die Akten von KESB und Bezirksrat wurden beigezogen (act. 7/1-18 und act. 8/1-120).

Das Verfahren vor Obergericht ist spruchreif. Der Kindesvertreterin wird der vorliegende Entscheid mitgeteilt. Es wird aber davon abgesehen, die Kinder als Verfahrensbeteiligte in das Rubrum aufzunehmen.

II.

1.1. Grundsatz ist, dass gemäss Art. 450c ZGB die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung ist als Ausnahme gedacht und kommt nur in Frage, wenn Gefahr im Verzug besteht oder Dringlichkeit vorliegt. Insbesondere darf der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden, um etwa den getroffenen Anordnungen Nachdruck zu verleihen. Die Vorinstanzen begründen den Entzug der aufschiebenden Wirkung dahingehend, dass die Abklärung von E. _____ in der Tagesklinik/UPD Bern und die Gutachtensstellung ohne Unterbruch weiterzuführen resp. zu starten sei (act. 3 S. 6 oben, act. 7/2 S. 14 unten). Der Vizepräsident des Bezirksrates hielt zudem fest, aufgrund einer summarischen Prüfung der Argumente der Beschwerdeführerin seien die gegen die beauftragten UPD vorgebrachten Argumente nicht ausreichend, um die Anhandnahme des Gutachtens weiter verzögern. Allein der Umstand, dass E. _____ sich bereits in Behandlung der UPD befunden habe, vermöge nämlich die Befürchtung der Beschwerdeführerin, dass die bei den UPD angestellte Gutachterin Dr. phil. I. _____ befangen sei, nicht zu untermauern (act. 3 S. 6).

1.2. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wieder-Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Dispositivziffern 8 bis 10 des Entscheides der KESB Dietikon vom 11. Juli 2017 ist gutzuheissen.

Es besteht kein Anlass, einer Beschwerde gegen die Anordnung eines kinderpsychologischen Gutachtens und der Bestimmung der Gutachtensstelle die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die Anordnung eines Gutachtens ist eine prozessleitende Entscheid, welcher gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR von vornherein nur unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar ist (vgl. act. 9 S. 4, Ziff. 3.3.). Sind diese Voraussetzungen, wie vorliegend, gegeben

(act. 9), greift die gesetzliche Ordnung gemäss Art. 450c ZGB, wonach einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommt.

Es ist zu beachten, dass dem Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels der Charakter vorsorglicher Massnahmen zukommt: Ist ein Rechtsgut unmittelbar gefährdet, so soll diese Gefahr durch sofortige - inhaltliche - (vorsorgliche) Massnahmen abgewendet werden. Demgegenüber stellt die Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens der Sache nach eine Beschaffung eines Beweismittels dar. Die Beschaffung eines Beweismittels ist keine inhaltliche Regelung, die (theoretisch) vorsorglicher Massnahmen zugänglich wäre. Möglich ist eine vorgezogene Beweiserhebung, wenn die Gefahr besteht, dass der Beweisgegenstand untergeht oder unterzugehen droht usf. Davon kann hier nicht im Ansatz die Rede sein. Die Dringlichkeit muss sich im Übrigen generell aus der Gefährdung eines Rechtsgutes ergeben, und lässt sich nicht damit begründen, dass das Verfahren voranzutreiben ist. Ein Verfahren ist unter Beachtung der Verfahrensgarantien immer beförderlich zu erledigen. Eine Dringlichkeit in inhaltlicher Hinsicht lässt sich damit nicht begründen. Auch diese Überlegungen zeigen, dass sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen die Anordnung eines Gutachtens bzw. der Bestimmung der Gutachtensstelle verbietet.

1.3. Die angefochtene Präsidialverfügung des Bezirksrates Dietikon vom 4. August 2017, Dispositivziffer I., ist aufzuheben. Der Bezirksrat wird sich mit der Beschwerde der Beschwerdeführerin, und insbesondere mit deren Argumenten gegen die Gutachtensstelle (act. 7/1), vertieft auseinanderzusetzen haben.

2.1. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, dass der Bezirksrat eine (summarische) materielle Prüfung in der Sache vornahm, obwohl zur Prüfung der Frage der Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung lediglich hätte entschieden werden müssen, ob für die Kinder bei Beibehaltung des Entzuges ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil drohe (act. 2 S. 4). Die Beschwerdeführerin stellt deshalb ein Ablehnungsbegehren gegen den Bezirksratsvizepräsidenten und den Gerichtsschreiber (act. 2 S. 1). Eine antizipierte Sachverhaltsbeurteilung mit der geäusserten Klarheit im wesentlichen Punkt (act. 3 S. 6, Ziffer 4.5., letzter Satz), können in der Tat Umstände darstellen, die in den Augen eines objektiven,

vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der abgelehnten Richterpersonen zu wecken. Es genügen für die Gutheissung eines Ablehnungsbegehrens Umstände, die bei objektiver Betrachtung den Verfahrensausgang nicht mehr als offen erscheinen lassen (BGE 139 III 120, E. 3.2.1; 136 I 207, E. 3.1; 134 I 238, E. 2.1, je mit Hinweisen). Richterliche Rechtsanwendungsfehler - besonders krasse Irrtümer vorbehalten, die den Anschein der Voreingenommenheit begründen infolge einer Haltung, die auf fehlender Distanz oder Neutralität beruht - sind demgegenüber im Rechtsmittelverfahren zu beheben und vermögen keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit zu begründen.

2.2. Es ist mit der Beschwerdeführerin nicht von der Hand zu weisen, dass es bei hängigem Rechtsmittelverfahren wenig zielführend erscheint, das Ablehnungsbegehren gemäss Art. 51 Abs. 1 ZPO bei der Vorinstanz einzubringen (act. 2 S. 4 unten). Gemäss Art. 49 Abs. 2 ZPO müssen die betroffenen Personen aber zum Ablehnungsgesuch Stellung nehmen können, und es ist unter Umständen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ein Replikrecht einzuräumen. Angesichts der Natur des Verfahrensgegenstandes vor Obergericht und unter Hinweis auf das einschlägige Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts im Zusammenhang mit der Anwendung der ZPO, StPO und des GOG vom 6. Oktober 2010 und der seither ergangenen Praxis zur Handhabung von Ablehnungsgesuchen sind entsprechende Weiterungen zu vermeiden: Ablehnungsgesuche sind an diejenige Instanz zu richten, in welchen die betroffenen Gerichtspersonen ein-sitzen. Der Bezirksrat hat (gegebenenfalls) über die Ablehnung der betroffenen Gerichtspersonen zu entscheiden; das Ausstandsgesuch ist (auch) beim Bezirksrat deponiert (act. 2 S. 4 unten). Nachdem sich die beiden betroffenen Gerichts-personen bereits zur entscheidenden - und folgenschweren - Frage der Unab-hängigkeit der Gutachtensstelle UPD bzw. derjenigen von Dr.phil. I. _____ geäussert haben, wird der Bezirksrat Dietikon ersucht, einen Wechsel des Spruchkör-pers zu prüfen. Es ist die angefochtene Verfügung als Ganzes aufzuheben.

III.

1. Es sind für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren keine Kosten zu er-heben (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR).

2. Der Beschwerdeführerin ist für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren, wie verlangt, die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Fürsprecher X._____, Advokatur L._____, ... [Adresse] zu gewähren (act. 2 S. 4, act. 11, act. 12/1-15). Die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit ergibt sich aus dem Prozessausgang (Art. 117 ZPO). Die Beschwerdeführerin arbeitet als Reinigungsangestellte im Stundenlohn mit schwankenden Pensen (act. 11, act. 12/1-2). Ihre Mittellosigkeit ist glaubhaft gemacht. Fürsprecher X._____ wird mit separatem Entscheid entschädigt.

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Fürsprecher X._____, Advokatur L._____, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Präsidialverfügung des Bezirksrates Dietikon vom 4. August 2017 aufgehoben, und es wird der Beschwerde vom 24. Juli 2017 an den Bezirksrat gegen den Entscheid der KESB Dietikon vom 11. Juli 2017 die aufschiebende Wirkung wiedererteilt.
2. Für das obergerichtliche Verfahren wird keine Entscheidgebühr erhoben.
3. Fürsprecher X._____ wird mit separatem Entscheid für seine Aufwendungen im obergerichtlichen Verfahren entschädigt.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindesvertreterin Rechtsanwältin lic. iur K._____, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dietikon, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Dietikon, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: