

BGer 5A 618/2016 vom 26. Juni 2017

Bundesgericht, 2017-06-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_618_2016

FR: TF 5A 618/2016 du 26 juin 2017

IT: TF 5A 618/2016 del 26 giugno 2017

Regeste

Kindeschutzmassnahmen (Kindesverfahrensvertretung) | Familienrecht

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerdeführerinnen äussern sich in ihren Anträgen im Gegensatz zu ihren Ausführungen im kantonalen Verfahren nicht mehr dazu, ob die bestehenden Kindeschutzmassnahmen aufgehoben oder - abgesehen von der Verfahrensbeistandschaft - erweitert werden sollen. Auch aus der Beschwerdebegründung ergibt sich diesbezüglich nichts Schlüssiges. Angefochten ist somit einzig der Endentscheid des Obergerichts als letzter kantonaler Rechtsmittelinstanz (Art. 75 Abs. 1 und 2; Art. 90 BGG) betreffend Ernennung eines Kindesvertreters. Dabei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Entscheid in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG). Soweit die Beschwerdeführerinnen die im Endentscheid enthaltene Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für das kantonale Verfahren anfechten, erweist sich die Beschwerde ebenso als zulässig.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin 1 war unbestrittenermassen Partei im kantonalen Verfahren und erfüllt damit ohne Weiteres die Voraussetzung von Art. 76 Abs. 1 Bst. a BGG. Die Beschwerdeführerin 1 hat die vorliegende Beschwerde - wie schon das kantonale Rechtsmittel - ausdrücklich nicht nur im eigenen Namen, sondern auch im Namen der Beschwerdeführerin 2 erhoben. Das Obergericht führt indes die Beschwerdeführerin 2 im Rubrum nicht als Partei auf; dabei handelt es sich, entgegen der Annahme in der Beschwerdeschrift, offensichtlich nicht um ein Kanzleiversehen (Beschwerdeschrift, Ziff. 1, S. 2 unten). Das Obergericht legt ausführlich dar, die KESB habe korrekt gehandelt, indem sie in ihrem Entscheid nur die Mutter und nicht auch die Tochter als Partei aufgeführt habe (angefochtenes Urteil, E. 2.2., S. 5 f.). Allerdings argumentiert das Obergericht widersprüchlich, indem es einerseits das Vorgehen der KESB mit dem Hinweis billigt, die dreieinhalbjährige Beschwerdeführerin 2 könne mangels Urteilsfähigkeit nicht selbständig am Verfahren teilnehmen, sondern werde von der Inhaberin der elterlichen Sorge, der Beschwerdeführerin 1, vertreten, andererseits aber deren Rechtshandlungen im Verfahren für die Beschwerdeführerin 2 nicht gelten lassen will; als widersprüchlich erweist sich das angefochtene Urteil aber auch im Lichte der obergerichtlichen Feststellung, es liege kein der Vertretung entgegenstehender Interessenkonflikt vor. Das Obergericht scheint insgesamt davon auszugehen, dass im vorliegenden Verfahren nur die Beschwerdeführerin 1 anstelle der Beschwerdeführerin 2 im eigenen Namen als Partei auftreten kann (sog. Prozessstandschaft). Dabei wird freilich nicht beachtet, dass sich die Beschwerdelegitimation gegen einen Entscheid der KESB nach Art. 450 in Verbindung mit

Art. 314 ZGB richtet. Daher gilt als am Verfahren beteiligte Person immer auch das Kind (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ; vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2. Aufl. 2017, Rz. 5.7). Es ist nicht nur Verfahrensobjekt, sondern direkt am Verfahren beteiligt und muss folglich auch - gegebenenfalls durch eine gesetzliche oder gewillkürte Vertretung - am Verfahren als Partei teilnehmen können. Dass die Beschwerdeführerin 2 nicht urteilsfähig ist, steht ihrer Parteifähigkeit nicht entgegen. Sie ist somit auch im kantonalen Verfahren als Partei anzusehen bzw. sie wurde zu Unrecht daran gehindert, am kantonalen Verfahren (als Partei) teilzunehmen. Damit erfüllt auch sie die Voraussetzung von Art. 76 Abs. 1 Bst. a BGG.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerinnen sind durch den angefochtenen Entscheid betroffen und verfügen über ein schützenswertes Interesse, die Verweigerung der Bestellung eines Kindesvertreters anzufechten. (Urteil 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016 E. 1; Art. 76 Abs. 1 Bst. b BGG). Gleiches gilt für die Anfechtung der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für das kantonale Verfahren. Auf die fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist somit grundsätzlich einzutreten.

E. 1.4

Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Ein zulässiger Antrag liegt vor, soweit die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei "eine Prozessbeistandschaft anzuordnen sowie für das obergerichtliche Verfahren unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren" (Rechtsbegehren 1). Das Begehren um Feststellung einer Konventionsverletzung erweist sich als überflüssig: Die Beschwerdeführerinnen verlangen zur Hauptsache die Anordnung einer Kindesvertretung. Beruht der angefochtene Entscheid auf einer Konventionsverletzung, wird er aufgehoben und die verlangte Massnahme angeordnet. Fehlt es somit an einem schützenswerten Interesse an der beantragten Feststellung, ist auf das entsprechende Begehren nicht einzutreten (zu den Voraussetzungen des Feststellungsbegehrens: BGE 135 III 378 E. 2.2; 123 III 49 E. 1a).

E. 1.5

Mit Beschwerde in Zivilsachen kann unter anderem die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich des Verfassungsrechts und des Völkerrechts gerügt werden (Art. 95 Bst. a und b BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist deshalb weder durch die in der Beschwerde erhobenen Argumente noch durch die vorinstanzliche Begründung eingeschränkt; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem geltend gemachten Grund gutheissen, eine Beschwerde aber auch mit einer von der vorinstanzlichen Argumentation abweichenden Begründung abweisen. Angesichts der in Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG festgelegten allgemeinen Begründungspflicht prüft das Bundesgericht allerdings grundsätzlich nur die erhobenen Rügen. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden Rechtsfragen zu untersuchen, soweit solche nicht (mehr) vorgetragen werden (BGE 133 III 550 E. 2.2; 133 II 254 E. 1.4.1). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann die rechtsuchende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig (Art. 97 Abs. 1 BGG), das heisst willkürlich (BGE 135 III 401 E. 1.5), oder würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen (Urteil 5A_374/2010 vom 9. Juli 2010 E. 1). Überdies muss die Behebung des

Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin, die die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (vgl. BGE 136 II 511 E. 1.2; 133 II 254 E. 1.4.3). Demgegenüber genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem eine freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 116 Ia 85 E. 2b S. 88). Ebenfalls genügt es nicht, allgemein auf die kantonalen Akten zu verweisen. Vielmehr muss das Aktenstück, deren willkürliche Würdigung geltend gemacht wird, genau bezeichnet werden. Entsprechend ist auf den Antrag 3 in der Beschwerdeschrift, die Berichte der Pflegeplatzorganisationen und die Asylakten beizuziehen, nicht näher einzutreten (soweit es sich dabei um einen materiellen Antrag handeln sollte, vgl. hinten E. 3). Die Beschwerdeführerinnen legen nicht dar, inwiefern diese Akten Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens vor Bundesgericht haben könnten.

E. 2.1

Wie der Vorbemerkung in der Beschwerdeschrift zu entnehmen ist, geht es den Beschwerdeführerinnen vorliegend um die Problematik der Koordination des Asylverfahrens der Beschwerdeführerin 1 mit dem Kindesschutzverfahren. Es ist offensichtlich, dass der Ausgang des Asylverfahrens der Beschwerdeführerin 1, namentlich die Frage, ob sie in ihr Heimatland ausgeschafft wird oder nicht, einen direkten Einfluss auf die Beschwerdeführerin 2 und deren Kindeswohl hat. Es ist ebenso offensichtlich, dass das schweizerische Recht bezüglich der Koordination des Asylverfahrens und des Kindesschutzverfahrens keine ausdrückliche Regelung kennt. Entsprechend ist auf allgemeine staatsrechtliche und verfahrensrechtliche Grundsätze zurückzugreifen. Auch wenn sowohl das Asylverfahren auf das Kindesschutzverfahren wie auch das Kindesschutzverfahren auf das Asylverfahren Auswirkungen haben kann, handelt es sich doch um vollständig getrennte Verfahren mit unterschiedlichen Gegenständen. Es sind auch unterschiedliche Behörden zuständig. Weder können die Asylbehörden den Kindesschutzbehörden noch die Kindesschutzbehörden den Asylbehörden Weisungen erteilen. Vielmehr hat jede dieser Behörden zur Kenntnis zu nehmen, was die jeweils andere entschieden hat. Entzieht die Kindesschutzbehörde der Inhaberin der elterlichen Sorge das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, so kann die Mutter auch nicht bei einer - freiwilligen oder erzwungenen - Ausreise das Kind ohne Weiteres ins Ausland mitnehmen. Wollen die Ausländer- bzw. Asylbehörden, dass das Kind die Schweiz verlässt, müssen sie vielmehr eine gegen das Kind gerichtete Verfügung erlassen. Muss das Kind aus ausländerrechtlichen Gründen die Schweiz verlassen, kann die KESB dies nicht verhindern. Sie hat vielmehr auf der Basis dieses Entscheides zu prüfen, wie das Kindeswohl gewahrt werden kann. Namentlich hat sie nötigenfalls die Vertretung des Kindes in diesen Verfahren sicherzustellen, was sie vorliegend aber mit der nicht angefochtenen Errichtung einer Beistandschaft getan hat. Grundsätzlich richtet sich auch nach dem jeweiligen Verfahren, wer Verfahrenspartei ist und wie diese gegebenenfalls vertreten wird. Soweit das Vertretungsrecht des Sorgeberechtigten nicht wegen eines Interessenkonfliktes von Gesetze wegen entfällt oder wegen des höchstpersönlichen Charakters der entsprechenden Rechte gar nicht besteht, kann allerdings nur die KESB und nicht die ausländerrechtliche bzw. asylrechtliche Behörde das Vertretungsrecht als Teil des Sorgerechts entziehen. Diese Regeln übersehen die Beschwerdeführerinnen in weiten Teilen ihrer Beschwerdeschrift. Gegenstand ist vorliegend nur das Kindesschutzverfahren

und nicht das Asylverfahren, schon gar nicht jenes der Beschwerdeführerin 1. Entsprechend ist auf alle Ausführungen, welche das Asylverfahren und die Durchsetzung des Ausschaffungsentscheides betreffen, nicht weiter einzugehen.

E. 2.2.1

Gemäss Art. 314a bis ZGB ordnet die Kindesschutzbehörde für das Verfahren vor der KESB wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person als Beistand. Der im Bereich des Kindesschutzes anwendbare Art. 314a bis ZGB entspricht dem in eherechtlichen Verfahren zur Anwendung gelangenden Art. 299 ZPO. Beide Normen auferlegen der Behörde bzw. dem Gericht, ex officio zu prüfen, ob dem Kind als Vertretung in Form eines Beistandes eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zur Seite zu stellen ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Eltern in Bezug auf das Sorgerecht unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO bzw. Art. 314a bis Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) oder wenn die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist (Art. 314a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Selbst in diesem Fall besteht aber lediglich eine Prüfungspflicht des Gerichts. Ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist, gilt dies auch, wenn ein Elternteil die Vertretung beantragt (KOKES-Praxisanleitung, a.a.O., Rz. 7.53).

E. 2.2.2

Die Anordnung einer Kindesvertretung ist aber keineswegs imperativ; die Bezeichnung einer Vertretung steht vielmehr im Ermessen des Gerichts (Urteile 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016 E. 2.3; 5A_465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.1.2; 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.3), wobei die Behörde einen ablehnenden Entscheid stichhaltig zu begründen hat (KOKES-Praxisanleitung, a.a.O., Rz. 7.51). Eine entsprechende Massnahme wird sich regelmässig nicht als notwendig erweisen, wenn der Inhaber der elterlichen Sorge eine anwaltliche Vertretung des urteilsunfähigen Kindes bestellen kann (KOKES-Praxisanleitung, a.a.O., Rz. 7.53). Möglich ist dies indessen nur, wenn das Vertretungsrecht des Inhabers der elterlichen Sorge nicht wegen eines Interessenkonflikts ausgeschlossen ist (Art. 306 Abs. 3 ZGB).

E. 2.2.3

Das Obergericht hat mit einsichtiger Begründung einen Interessenkonflikt verneint (angefochtenes Urteil, S. 6, zweiter Absatz). Es hat daraus allerdings keine Konsequenzen gezogen, "da der Bezirksrat seiner anderslautenden Auffassung jedoch keine Anordnung folgen liess, die es aufzuheben gölte". Das ist insofern zutreffend, als beide Beschwerdeführerinnen vor Bezirksrat wie auch vor Obergericht durch den gleichen Anwalt vertreten waren und identische Anträge gestellt bzw. sie gleich begründet haben. Soweit diese Instanzen auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin 1 eingetreten sind, haben sie auch jene der Beschwerdeführerin 2 behandelt. Ihr ist folglich, wie das Obergericht in seinem Entscheid richtig feststellt, durch die sich als falsch erwiesene Auffassung des Bezirkrates kein Nachteil entstanden.

E. 2.2.4

Konnte die Beschwerdeführerin 1 als Inhaberin der elterlichen Sorge die Beschwerdeführerin 2 im Kindesschutzverfahren vertreten und für sie auch einen Anwalt mandatieren, bestand in der Tat kein Anlass, auch noch einen Vertreter nach Art. 314a bis ZGB zu ernennen. Die Interessen der Beschwerdeführerin 2 wurden auf diese Weise genügend gewahrt und in das Verfahren eingebracht. Die kantonalen Instanzen haben

insoweit ihr Ermessen bundesrechtskonform ausgeübt; der angefochtene Entscheid ist insofern im Ergebnis nicht zu beanstanden.

E. 3

Der von der Beschwerdeführerin 1 verfassten Beschwerdeschrift ist nicht klar zu entnehmen, ob es sich beim Antrag 3, es seien die Berichte der Pflegeplatzorganisation und die Asylakten beizuziehen, um einen bloss prozessualen Antrag für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren (vgl. vorn E. 1.4.) oder um ein sich auf das kantonale Verfahren beziehendes Begehren handelt. Sollte Letzteres zutreffen, übersehen die Beschwerdeführerinnen den Gegenstand des kantonalen Verfahrens. Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheides ist die Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Bezirksrates vom 20. Juni 2016, die ihrerseits eine Beschwerde gegen den Entscheid der KESB betrafen. Von den vor der KESB und dem Bezirksrat gestellten materiellen Anträgen haben die Beschwerdeführerinnen nur noch den Antrag auf eine Kindesvertretung im Kindesschutzverfahren aufrechterhalten. Sie beantragen nicht mehr eine Abänderung der Umschreibung der Beistandschaft, namentlich eine diesbezügliche weitere Ausdehnung auf die Interessenwahrung im Asylverfahren und eine Übertragung der Kindesschutzmassnahme auf die nigerianischen Behörden für den Fall einer Ausschaffung. Damit ist aber auch nicht zu sehen, was ein Beizug dieser Akten für die Entscheidungsfindung der KESB bringen sollte. Der Antrag ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 4

Die Vorinstanz hatte - wie bereits der Bezirksrat - den Beschwerdeführerinnen die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Argument verweigert, ihre Beschwerde sei aussichtslos. Mit Blick darauf, dass die Beschwerdeführerinnen sich eigentlich nicht gegen die konkreten Anordnungen der KESB wandten, sondern mit ihrer Beschwerde etwas anderes, nämlich die Koordination des Asylverfahrens und des Kindesschutzverfahrens forderten, erwiesen sich ihre Rechtsmittel in der Tat als aussichtslos (zum Begriff der Aussichtslosigkeit: BGE 139 III 475 E. 2.2 S. 476). Es ist nicht möglich, über eine Beschwerde gegen den Entscheid der KESB auf das Asylverfahren und den Entscheid bezüglich Ausschaffung der Mutter Einfluss zu nehmen. Im Übrigen haben die Beschwerdeführerinnen keine substantiierten Tatbestandselemente vorgetragen, woraus das Gericht auf eine Interessenkollision schliessen und damit dem Antrag auf Bestellung eines Kindesvertreters stattgeben musste.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich somit als insgesamt unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Gemäss diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen. Sie haben allerdings, wie schon im kantonalen Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Wie aber schon die Beschwerde an die Vorinstanz, erweist sich auch die Beschwerde an das Bundesgericht als aussichtslos, so dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist. Die Umstände rechtfertigen es aber, auf die Erhebung einer Gerichtsgebühr zu verzichten (Art. 66 Abs. 1, Art. 64 BGG).