

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

Beschluss und Urteil vom 12. Februar 2021

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Rechtsverzögerung**

Erwägungen:

I.

1. Für A._____ war mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern (nachfolgend KESB) vom 5. Dezember 2016 eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung angeordnet worden (KESB-act. 63). Diese Beistandschaft wurde knapp zwei Jahre später, am 19. November 2018, durch die KESB wieder aufgehoben, wobei einer allfälligen Beschwerde gegen die Aufhebung der Beistandschaft die aufschiebende Wirkung entzogen wurde (KESB-act. 152, BR-act. 3/A). Gegen die Aufhebung der Beistandschaft gelangten B._____ und C._____ (Sohn und Tochter von A._____) je mit Beschwerde vom 18. resp. vom 21. Dezember 2018 an den Bezirksrat Affoltern (nachfolgend Vorinstanz; BR-act. 1 und 6).

2. Mit Präsidialverfügung vom 20. Dezember 2018 wurde die Beschwerde von B._____ der KESB zur Vernehmlassung zugestellt (BR-act. 5), mit Präsidialverfügung vom 8. Januar 2019 sodann jene von C._____, wobei in dieser Präsidialverfügung die beiden Beschwerden im Verfahren VO.2018.23/3.02.03 vereinigt wurden (BR-act. 8). Nach Eingang der Vernehmlassungen der KESB wurde A._____, vertreten durch Rechtsanwalt X._____, mit Präsidialverfügung vom 22. Januar 2019 Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort angesetzt (BR-act. 14). Die Beschwerdeantwort ging bei der Vorinstanz am 4. März 2019 ein (BR-act. 16). Die Vernehmlassung der KESB sowie die Beschwerdeantwort wurden sodann mit Präsidialverfügung vom 5. März 2019 an B._____ und C._____ zugestellt, verbunden mit einer Fristsetzung für eine Replik (BR-act. 18). Die Repliken gingen am 4. resp. am 5. April 2019 bei der Vorinstanz ein (BR-act. 19 und 21). Mit Präsidialverfügung vom 9. April 2019 erfolgte die Fristsetzung für die Duplik (BR-act. 22), welche ihrerseits am 6. Mai 2019 einging (BR-act. 24) und mit Schreiben vom 7. Mai 2019 der Gegenseite zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde (BR-act. 25/1-2). Nachdem A._____ in der Duplik (neu) hatte beantragen lassen, die Beschwerden von B._____ und C._____ seien diesen zu retournieren bzw. auf die eingereichten Beschwerden sei nicht einzutreten (im Wesentlichen mit der

Begründung, den Beschwerden mangle es an konkreten Anträgen und einer gesetzeskonformen Begründung) entschied die Vorinstanz mit Beschluss vom 9. Juli 2019, auf die von Laien verfassten Beschwerden einzutreten (BR-act. 26, Disp. Ziff. I.). Da sich aus dem Protokoll der persönlichen Anhörung von A._____ im KESB-Verfahren ergebe, dass dieser dort ohne sein Hörgerät erschienen sei und wegen der entsprechend schwierigen Verständigung die meisten Fragen von seinem Rechtsvertreter beantwortet worden seien, ordnete die Vorinstanz im gleichen Beschluss die erneute persönliche Anhörung von A._____ an und setzte den Termin für die Anhörung auf den 20. August 2019 fest (BR-act. 26, Disp. Ziff. III.). A._____ war nicht einverstanden, dass die Vorinstanz auf die beiden Beschwerden eintrat und gelangte deshalb gegen diesen Beschluss mit Beschwerde vom 22. Juli 2019 an die Kammer; diese wies mit Urteil vom 26. August 2019 (Verfahren PQ190050) seine Beschwerde gegen das Eintreten ab (BR-act. 31). Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist für eine allfällige Beschwerde ans Bundesgericht setzte die Vorinstanz den Termin für die Anhörung mit Schreiben vom 9. Oktober 2019 neu auf den 20. November 2019 fest (BR-act. 32). Am Tag nach der Anhörung ersuchte die Vorinstanz A._____ um Unterzeichnung von zwei Entbindungserklärungen, um ein ärztliches Gutachten bei den behandelnden Ärzten einholen zu können (BR-act. 41). Die unterzeichneten Entbindungserklärungen gingen bei der Vorinstanz am 12. Dezember 2019 ein (BR-act. 46/1-2). Am gleichen Tag wurden von der Vorinstanz bei den beiden behandelnden Ärzten ärztliche Berichte über A._____ mit Beantwortung eines Fragenkatalogs angefordert (BR-act. 47/1-2). Die beiden Ärzte liessen sich am 30. Dezember 2019 resp. am 24. Januar 2020 vernehmen (BR-act. 48 und 50, je mit Beilagen). Mit Präsidialverfügung vom 7. Februar 2020 wurden die beiden Schreiben der Ärzte sowie weitere Unterlagen dem Rechtsvertreter von A._____ zur abschliessenden Stellungnahme zugestellt (BR-act. 52). Dieser liess sich die Frist zur Stellungnahme mehrmals erstrecken und erstattete seine Stellungnahme schliesslich am 14. Mai 2020 (BR-act. 59). Er beantragte in dieser Stellungnahme unter anderem, eine Aktennotiz zur Anhörung vom 20. November 2019 aus den Akten zu weisen, wobei er über diesen Antrag einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid verlangte (a.a.O., S. 5). Mit Beschluss vom 16. Juni 2020 wies die Vorinstanz diesen

Antrag ab und entschied überdies, welche Stellen der Arztberichte (wie von A. _____ beantragt) abgedeckt würden, bevor diese B. _____ und C. _____ zur abschliessenden Stellungnahme zugestellt würden (BR-act. 60). Mit Präsidialverfügung vom 5. August 2020 wurde festgestellt, dass der Beschluss vom 16. Juni 2020, dessen Zustellung sich als schwierig erwiesen hatte (BR-act. 62), unangefochten geblieben sei, und es wurde B. _____ und C. _____ Frist gesetzt zur abschliessenden Stellungnahme (BR-act. 64). Die Zustellung dieser Präsidialverfügung an B. _____ scheiterte, und Letztere wurde am 10. August 2020 resp. am 24. August 2020 retourniert; ebenso wurde der Vorinstanz die Präsidialverfügung am 11. August 2020 sowie am 17. August 2020 retourniert, da sie dem Rechtsvertreter von A. _____ nicht zugestellt werden konnte (BR-act. 65-68). Schliesslich findet sich bei den Akten der Vorinstanz eine undatierte Rücksendung der Post eines dritten Zustellungsversuchs bei B. _____ (BR-act. 69).

3. Mit Eingabe vom 28. Januar 2021 erhob A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführer) bei der Kammer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung. Er beantragt (act. 2 S. 2):

"1. Hauptantrag

Es sei festzustellen, dass eine unrechtmässige Rechtsverzögerung des Bezirksrats Affoltern vorliegt und es sei der Bezirksrat anzuweisen, im Beschwerdeverfahren VQ.2018.23/3.02.03 [recte: VO.2018.23/3.02.03] umgehend die Abweisung der Beschwerde zu entscheiden.

3. [recte: 2.] Eventualantrag

a) Es sei festzustellen, dass eine unrechtmässige Rechtsverzögerung des Bezirksrats Affoltern vorliegt und es sei der Bezirksrat Affoltern anzuweisen, im Beschwerdeverfahren VQ.2018.23/3.02.03 [recte: VO.2018.23/3.02.03] innert 14 Tagen über die Beschwerde zu entscheiden.

b) Der Bezirksratspräsident und die Bezirksratsschreiberin haben davor in Ausstand zu treten.

4. [recte 3.] Kosten und Entschädigungsfolgen

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Die Akten des vor Vorinstanz hängigen Verfahrens VO.2018.23/3.02.03 wurden beigezogen (act. 5/1-12 und 5/14-69, zitiert als "BR-act.", sowie act. 5/13/1-182, zitiert als "KESB-act."). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gegen Entscheide des Bezirksrates kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung jederzeit Beschwerde geführt werden (Art. 450 und 450a Abs. 2 sowie 450b Abs. 3 ZGB). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung ohne Weiteres legitimiert. Zuständig ist nach § 64 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) das Obergericht. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen des EG KESR sowie des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG). Im Übrigen sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar (Art. 450f ZGB).

2. Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Behörde trotz rechtlicher Verpflichtung keinen Entscheid erlässt, eine Rechtsverzögerung als besondere Form der formellen Rechtsverweigerung, wenn die Behörde das Verfahren in ungerichtfertiger Weise nicht innert angemessener Frist erledigt. Ein Entscheid als Anfechtungsobjekt ist mithin nicht notwendig. An dessen Stelle tritt die Tatsache der Verweigerung oder Verzögerung (DROESE/STECK, BSK ZGB I, 6. A. 2018, Art. 450a N 20 ff.). Bei der Feststellung einer unrechtmässigen Rechtsverzögerung geht es deshalb um die Würdigung objektiver Gegebenheiten. Eine unrechtmässige Rechtsverzögerung liegt dann vor, wenn die Umstände, welche zur unangemessenen Verlängerung des Verfahrens führten, objektiv nicht gerechtfertigt sind. Ob sich die gegebene Prozessdauer mit dem dargelegten Anspruch des Bürgers auf Rechtsschutz innert angemessener Frist verträgt oder nicht, ist am konkreten Einzelfall zu prüfen (BGE 103 V 190 E. 3).

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe bei der Vorinstanz erstmals am 15. Juli 2020, sodann wieder Ende Oktober 2020 und schliesslich am 8. Januar 2021 telefonisch angefragt, bis wann mit einem Entscheid gerechnet werden dürfe. Bei der ersten Anfrage sei ihm von der zuständigen Gerichtsschreiberin ein

Entscheid auf September / Oktober 2020 in Aussicht gestellt worden, bei der zweiten Anfrage ein Entscheid sicher noch vor dem Jahresende, und bei der dritten Anfrage seien dazu keine Angaben mehr gemacht worden. Die Sache sei seit Mai 2020 eigentlich spruchreif, doch die Sache des Beschwerdeführers scheine in der Pendenzenordnung der Vorinstanz zu den unwichtigen Angelegenheiten zu gehören. Die Vorinstanz sei nicht bereit zu entscheiden und verweigere damit eine Amtshandlung, zu der sie verpflichtet sei und welche dem Beschwerdeführer schon mehrmals zugesichert worden sei (act. 2 S. 7 f.).

4. Entgegen dem Beschwerdeführer ist die Streitsache vor Vorinstanz nicht seit Mai 2020 spruchreif, wie sich aus der oben wiedergegebenen Prozessgeschichte ergibt: Wohl hat der Beschwerdeführer im Mai 2020 – nota bene mehr als drei Monate, nachdem ihm hierzu erstmals Frist angesetzt worden war – seine Stellungnahme zu den Arztberichten sowie weiteren Dokumenten eingereicht. Doch anschliessend hatte die Vorinstanz, wie vom Beschwerdeführer ausdrücklich beantragt, einen prozessleitenden Beschluss zu fällen (BR-act. 60, vgl. oben, Ziff. 1.2.). Nachdem dieser Beschluss nicht angefochten worden war, setzte die Vorinstanz wie gesehen mit Präsidialverfügung vom 5. August 2020 B._____ und C._____ Frist zur Erstattung ihrer Stellungnahme. Der erste Zustellungsversuch an B._____ erfolgte offenbar an eine Adresse, welche im Verlauf des Verfahrens geändert hatte (BR-act. 65 i.V.m. BR-act. 19). Der zweite Zustellungsversuch erfolgte an die offenbar aktuelle Adresse (BR-act. 33 i.V.m. BR-act. 65). Die Sendung wurde von dort retourniert mit der Anmerkung "nicht abgeholt", wobei die 7-tägige Frist zur Abholung am 18. August 2020 abgelaufen war (BR-act. 68). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die Präsidialverfügung damit am 18. August 2020 als zugestellt, musste doch B._____ mit einer Zustellung rechnen. Diesem lief damit ab dem 19. August 2020 die in der Verfügung enthaltene Frist zur Stellungnahme bis zum 17. September 2020. Vor Ablauf dieser Frist war die Sache nicht spruchreif.

Zwischen Eintritt der Spruchreife und der Erhebung der Rechtsverzögerungsbeschwerde liegen gut vier Monate (18. September 2020 bis 28. Januar 2021). Zu beachten ist dabei, dass es sich beim hängigen vorinstanzlichen Ver-

fahren, wie aus der Schilderung der Prozessgeschichte erhellt, um ein keineswegs unkompliziertes Verfahren von einiger Dauer (und mit entsprechender Aktenfülle) handelt. Die überdurchschnittliche Dauer liegt dabei nicht darin begründet, dass die Vorinstanz einzelne Verfahrensschritte mit ungebührlicher Verzögerung anhand genommen hätte, im Gegenteil: Aus der Prozessgeschichte ergibt sich vielmehr, dass die Vorinstanz das Verfahren zügig vorangetrieben hat, und Verzögerungen ergaben sich wenn, dann nicht zuletzt aus dem Verhalten des Beschwerdeführers (Weiterzug des Eintretens-Beschlusses ans Obergericht, mehr als drei Monate Zeitbedarf für die Erstattung der Stellungnahme, Antrag auf einen weiteren, selbständig anfechtbaren prozessleitenden Beschluss). Wie gesehen ist die Sache seit 18. September 2020 spruchreif. Für die Urteilsfindung sind nebst den KESB-Akten (act. 5/13/1-182) Vernehmlassungen, zwei Schriftenwechsel sowie eine Stellungnahme und die von der Vorinstanz durchgeführte Parteibefragung sowie die Arztberichte zu beachten. Bei einer Dauer von gut vier Monaten seit dem letzten Verfahrensschritt kann angesichts dieser Umstände von einer unrechtmässigen Rechtsverzögerung noch keine Rede sein. Ob der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wie von diesem vorgebracht dreimal bei der Vorinstanz anrief, um den Sachstand zu erfragen und ihm dabei zweimal ein Urteil in Aussicht gestellt wurde, lässt sich den Akten nicht entnehmen, es vermöchte indes an diesem Befund nichts zu ändern. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde ist damit abzuweisen.

5. Der Beschwerdeführer beantragt überdies die Vorinstanz anzuweisen, im hängigen Beschwerdeverfahren in Abweisung der Beschwerde zu entscheiden. Selbst bei Gutheissung der Rechtsverzögerungsbeschwerde bestände hierfür weder Anlass noch eine Rechtsgrundlage, obliegt es doch nicht der Rechtsmittelbehörde, der Vorinstanz noch vor Erlass eines Entscheides vorzuschreiben, wie der Entscheid zu lauten habe. Nicht fundierter ist das mit dem Eventualantrag (auf Feststellung der Rechtsverzögerung und Anweisung an die Vorinstanz, innert 14 Tagen zu entscheiden) verbundene Ausstandsbegehren. Der Beschwerdeführer begründet dieses damit, seine Rechtsverweigerungsbeschwerde habe eine persönliche Komponente, was seitens des bisher zuständigen Entscheidungsgremiums zu einer persönlichen Reaktion führen könnte, was indes nur mittels An-

scheinsbeweises zu beweisen sei, so dass zur Vermeidung solch beweisrechtlich problematischer Szenarien die Betreffenden in den Ausstand zu treten hätten, wenn der Anschein bestehe, dass Ausstandsgründe vorlägen (act. 2 S. 11). Diese nicht wirklich nachvollziehbare Begründung übersieht, dass Ausstandsgesuche gegen eine Gerichtsperson nicht bei der Rechtsmittelinstanz zu stellen sind, sondern beim entscheidenden Gericht (Art. 49 ZPO). Auf das Ausstandsgesuch ist demnach nicht einzutreten.

6. Zusammenfassend ist die Beschwerde damit abzuweisen.

III.

Der Beschwerdeführer unterliegt vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen sind (§ 60 Abs. 5 EG KESR i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'000.– festzusetzen (§ 40 EG KESR i.V.m. Art. 96 ZPO sowie § 12 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG). Eine Parteientschädigung ist ausgangsgemäss nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Ausstandsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Affoltern sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Affoltern, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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 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

Die Gerichtsschreiberin:

M^hLaw R. Schneebeli

versandt am: