

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ160006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 14. Dezember 2016

in Sachen

A._____,

Beklagte 2, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter 1, Berufungsbeklagter 1 und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____,

sowie

C._____,

Klägerin, Berufungsbeklagte 2 und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch lic. iur. Z._____

betreffend **Vaterschaft und Unterhalt (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung und Beschwerde gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 31. August 2016 (FK140018-D)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen seit dem 30. Oktober 2014 in einem Verfahren betreffend Vaterschaft und Unterhalt, welches vom Beistand der Klägerin anhängig gemacht wurde (Urk. 1). Mit Teilurteil vom 8. April 2015 wurde die Vaterschaft des Beklagten 1 festgestellt (Prot. I S. 19). Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Weiterhin strittig sind elterliche Sorge, Obhut, persönlicher Verkehr sowie Unterhalt (Urk. 81 S. 2 f.).

2. Am 31. August 2016 fällte die Vorinstanz im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen, welche das Besuchsrecht des Beklagten 1 zu regeln hatten (Urk. 70, Urk. 81 S. 3), den folgenden Entscheid (Urk. 81 S. 13).

1. Es wird ein begleitetes Besuchsrecht im Sinne von Art. 273 Abs. 2 ZGB angeordnet.
2. Der Beklagte 1 ist berechtigt und wird verpflichtet, das Kind C._____ im Abstand von 14 Tagen zu einem noch zu bestimmenden Wochentag jeweils während vier Stunden begleitet zu besuchen.
3. Ziffer 4 der Verfügung vom 15. Juni 2016, mit welcher Rechtsanwältin lic. iur. Z1._____ zur Vertreterin der Klägerin bestellt worden ist, wird aufgehoben und für die Klägerin C._____, geb. tt.mm.2006, wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.
4. Die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird ersucht, für die Klägerin eine Beistandsperson gem. Ziffer 3 zu ernennen.
5. Die Beistandsperson wird mit folgenden Aufgaben betraut:
 - Kontaktaufnahme und Organisation (...);
 - Bestimmung der Besuchsmodalitäten (...);
 - Begleitung und Überwachung (...);
 - Beantragung der Finanzierung (...);
 - Berichterstattung (...);
 - Vermittlung zwischen dem Beklagten 1 und der Beklagten 2 (...).

6. (Kostenentscheid Besuchsrecht).
 7. (Kosten- und Entschädigungsfolgen).
 8. (Schriftliche Mitteilung Parteien und zuständige KESB).
 9. (Berufung).
3. Am 14. September 2016 erhob die Beklagte 2 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 80 S. 2):
1. Ziffern 3, 4 und 5 der Verfügung vom 31. August 2016 seien aufzuheben und für das Kind C._____ sei für die Wahrung seiner Interessen bezüglich elterliche Sorge, Obhut sowie Regelung des Besuchsrechtes, eine Kindesvertreterin im Sinne von Art. 299 f. ZPO einzusetzen.
 2. Eventualiter sei Ziffer 3 der Verfügung vom 31. August 2016 aufzuheben und wie folgt neu zu erlassen:
Zusätzlich zur Einsetzung einer Kindesvertreterin sei für C._____ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB anzuordnen.
 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MWSt zulasten des Beklagten 1 und Berufungsbeklagten evtl. zulasten der Staatskasse.
4. Mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2016 wurde entschieden, dass die Eingabe der Beklagten 2 vom 14. September 2016 mit Bezug auf die angefochtene Aufhebung der Kindesvertretung (= Dispositiv-Ziff. 3, erster Halbsatz, der Verfügung der Vorinstanz) als Beschwerde und im Übrigen als Berufung entgegengenommen wird. Weiter wurde den Gegenparteien Frist eingeräumt, um die Berufung bzw. Beschwerde zu beantworten (Urk. 87). Die Klägerin hat darauf verzichtet, der Beklagte 1 liess sich nicht vernehmen (Urk. 88).

II.

A. Beschwerde

1. In erster Linie beanstandet die Beklagte 2, dass die Vorinstanz die mit Verfügung vom 15. Juni 2016 angeordnete Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 f. ZPO aufgehoben hat (Urk. 80 S. 3 ff.). Der vorinstanzliche Entscheid betreffend

Aufhebung der Kindesvertretung stellt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO dar und ist daher nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Ziff. 1) oder wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Ziff. 2), mit Beschwerde anfechtbar. Eine gesetzliche Bestimmung, welche eine Beschwerdemöglichkeit der Eltern gegen die Einsetzung einer Kindesvertretung bzw. deren Aufhebung direkt vorsieht, ist nicht ersichtlich. Entsprechend ist vorliegend die Anfechtung des Entscheids durch die Beklagte 2 nur möglich, wenn ihr durch den angefochtenen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 7377).

2. Die betroffene Partei muss einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie hat den Nachteil zu behaupten und nachzuweisen, soweit er nicht offensichtlich ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15 und Art. 321 N 17). Die anwaltlich vertretene Beklagte 2 äussert sich dazu nicht, was gegen ein Eintreten sprechen würde. Allerdings steht das vorliegende Verfahren unter der Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 ZPO). Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil kann in der Verletzung des Kindeswohls gesehen werden, welche dann entstehen würde, wenn die geltend gemachten Beanstandungen gegen die Aufhebung einer Kindesvertretung erst im Rahmen der Anfechtung des Entscheids überprüft werden könnten, und bei Bejahung einer Gehörsverletzung das erstinstanzliche Verfahren wiederholt werden müsste, was für ein Kind wohl eine erhebliche Belastung darstellen würde. Darin ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu erblicken, weshalb die Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt sind und auf die Beschwerde einzutreten ist.

3. Die Vorinstanz führte zur Begründung ihres Entscheides an, dass die Parteien in der Vereinbarung vom 9. Juni 2016 dem Vorschlag des Gerichts zuge-

stimmt hätten, für die Interessen der Klägerin eine Rechtsvertreterin einzusetzen. "Aufgrund obiger Ausführungen", gemeint aufgrund des Umstandes, dass eine Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet wird, erweise es sich als dienlicher, eine Beiständin anstelle einer Rechtsvertreterin für die Klägerin einzusetzen (Urk. 81 S. 11).

4. Die Beklagte 2 moniert, dass die Vorinstanz von sich aus und ohne Anhörung der Parteien die Kindesvertretung aufgehoben habe. Nachdem einem Beistand bzw. einer Beiständin eine andere Funktion zukomme als einer Kindesvertretung, sei das Einzelgericht nicht berechtigt gewesen, ohne vorgängige Anhörung sämtlicher Parteien eine rechtskräftige Verfügung aufzuheben. Damit habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Parteien verletzt, weshalb die Verfügung ohne Weiteres aufzuheben sei (Urk. 80 S. 4 f).

5. Der durch Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in Art. 53 ZPO statuierte Anspruch auf rechtliches Gehör zählt zu den zentralen Verfahrensmaximen und findet seine nähere inhaltliche Ausgestaltung, Konkretisierung und Begrenzung in einer Vielzahl von Verfahrensvorschriften. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 135 I 187 E. 2.2).

6. Heisst das Gericht eine Vaterschaftsklage gut, so verfügt es die gemeinsame elterliche Sorge, sofern nicht zur Wahrung des Kindeswohls an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist (Art. 298c ZGB, in Kraft seit 1. Juli 2014). In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass im Zusammenhang mit der Vorschrift von Art. 298c ZGB die Bestimmungen über die Kinderbelange in eherechtlichen Verfahren (Art. 297 - 301 ZPO) analog zur Anwendung gelangen (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 298c N 13 mit Verweis auf Schweighauser, in: Sutter-Somm et al.,

ZPO-Komm., vor Art. 295-304 N 5). Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an. Die Bestellung einer Kindesvertretung ist u.a. dann zu prüfen, wenn die Eltern bezüglich der Obhut oder Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO) oder wenn Kindesschutzmassnahmen in Frage kommen (Art. 299 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 ZPO). Beides trifft vorliegend zu.

7. Indem die Vorinstanz die mit Verfügung vom 15. Juni 2016 angeordnete Kindesvertretung aufgehoben hat, ohne die Parteien vorgängig anzuhören, hat sie das rechtliche Gehör verletzt. Zwar findet sich eine Telefonnotiz in den Akten, dass die Gerichtsschreiberin die Rechtsvertreterin der Beklagten 2 darüber informiert hat, dass das Gericht entschieden habe, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) mit der Einsetzung einer Beistandsperson zu betrauen (Prot. I S. 49). Dass auch die Aufhebung der Kindesvertretung thematisiert worden wäre, lässt sich der Protokollnotiz nicht entnehmen. Erschwerend kommt dazu, dass vorliegend über den persönlichen Verkehr zwischen dem Beklagten 1 und der Klägerin zu befinden war (Urk. 81 S. 3) und nicht über die in der Hauptsache angeordnete Kindesvertretung, weshalb die Parteien auch nicht mit einer solchen Entscheidung rechnen mussten.

8. Das Recht, gehört zu werden, ist formeller Natur. Das bedeutet, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2). Ausnahmsweise kann die Verletzung des Grundrechts des rechtlichen Gehörs vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist zulässig, wenn die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Tatfragen wie die Vorinstanz verfügt (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2).

9. Im Beschwerdeverfahren können unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) gerügt werden. In Bezug auf Rechtsfragen verfügt die Beschwerdeinstanz demnach über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz, nicht jedoch bezüglich Tatfragen. Damit ist die in Frage stehende Dispositiv-Ziff. 3, erster Halbsatz, auf-

zuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

10. Anzumerken bleibt, dass die Beklagte 2 grundsätzlich zu Recht einwendet, dass die Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO eine andere Stellung hat als eine Beistandsperson im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB. So trägt die Beklagte 2 vor, die Kindesvertretung habe die Aufgabe, für das Kind zu handeln und dementsprechend eine umfassende rechtliche Vertretung der Interessen des Kindes im Verfahren zu gewährleisten. Sie habe auch die Möglichkeit, eigene Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge sowie wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs gehe. Demgegenüber komme dem Beistand gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB eine völlig andere Rolle zu. Dieser habe in erster Linie zwischen den Eltern zu vermitteln, indem er - wie vorliegend - ein seit längerem nicht mehr ausgeübtes Besuchsrecht in Gang zu setzen habe (Urk. 80 S. 5). Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht die Auffassung vertritt, dass der anwaltliche Verfahrensbeistand im Sinne von Art. 299 ZPO die Ausnahme bilde, weil es bei der Kindesvertretung funktionell nicht um eine anwaltliche Tätigkeit gehe (BGE 142 III 153 E. 5.3.4). Bestehe beispielsweise eine Beistandschaft nach Art. 308 ZGB und liefere der Beistand dem Gericht ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild von der konkreten Situation (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Kind und Eltern sowie Geschwistern etc.) bedürfe es keiner Verdoppelung der Informationsquelle und entsprechend keines diesbezüglichen Beitrages der Kindesvertretung (BGE 142 III 153 E. 5.1.2). Die Vorinstanz wird bei ihrer erneuten Entscheidung somit zu prüfen haben, ob sie die mit Verfügung vom 15. Juni 2016 eingesetzte Kindesvertretung in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z1. _____ aufrecht erhalten will oder ob es nicht sachgerechter wäre, das Pflichtenheft der für das Besuchsrecht eingesetzten Beistandsperson entsprechend zu erweitern, damit diese ein umfassendes und elternunabhängiges Bild der konkreten Situation abzugeben vermag.

B. Berufung

Wie unter Erw. Ziff. 1.4. ausgeführt, richtet sich die Berufung gegen Dispositiv-Ziff. 3, zweiter Halbsatz, Ziff. 4 und Ziff. 5. Gegenstand der Berufung bilden somit die Anordnung einer Beistandschaft und die Beauftragung der zuständigen KESB, eine Beistandsperson mit der Organisation und Durchführung der Besuchsrechtstage zu betrauen. Konkret begründet die Beklagte 2 ihren Aufhebungsantrag, der in engem Zusammen mit dem nicht angefochtenen Besuchsrecht steht, nicht. Folglich ist auf die Berufung nicht einzutreten.

III.

1. Die Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Davon entfallen vier Fünftel auf das Beschwerdeverfahren und ein Fünftel auf das Berufungsverfahren.
2. Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Parteien tragen für die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz keine Verantwortung, weshalb die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren (4/5) in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Für eine durch den Kanton zu entrichtende Parteientschädigung fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (Jenny, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 107 N 26).
3. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Kostenanteil des Berufungsverfahrens (1/5) der Beklagten 2 aufzuerlegen ist. Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen, der Beklagten 2 infolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Klägerin und dem Beklagten 1 mangels erheblicher Umtriebe.

4. Die Beklagte 2 stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 80 S. 3). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Beklagte 2 geht keiner Erwerbstätigkeit nach. Gemäss Angaben an den Verhandlungen vor Vorinstanz im September 2015 und im Juni 2016 kann sie trotz intensiver Suche keine Arbeitsstelle finden (Prot. I S. 26, 40) und wird seit 1. August 2015 vom Sozialamt unterstützt (Urk. 80 S. 7, Urk. 83/3). Die Mittellosigkeit ist somit ausgewiesen. Im Beschwerdeverfahren ist der Prozessstandpunkt nicht aussichtslos und das Gesuch gutzuheissen mit dem Hinweis, dass die Beklagte 2 diesbezüglich ohnehin keine Gerichtskosten zu tragen hat. Dagegen ist das Gesuch in Bezug auf das Berufungsverfahren nach dem in Erw. Ziff. II/B. Ausgeführten zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen.

5. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ ist im Beschwerdeverfahren mit Fr. 800.– (zzgl. 8 % Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten 2 wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
Für das Berufungsverfahren wird das Gesuch abgewiesen.
2. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 31. August 2016 wird mit Bezug auf **Dispositiv-Ziff. 3, erster Halbsatz**, aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu einem Fünftel der Beklagten 2 auferlegt und zu vier Fünfteln auf die Gerichtskasse genommen.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 864.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten 1 und die Beklagte 2 unter Beilage des Doppels von Urk. 88, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: jo