

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC120056-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Beschluss und Urteil vom 11. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Art. 112)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. November 2012; Proz. FE120036

Erwägungen:

1.

1.1. Die Parteien haben am tt. März 2001 in C._____ geheiratet und sind die Eltern des am tt.mm.2001 geborenen D._____ und des am tt.mm.2006 geborenen E._____ (act. 5/4). Seit dem 7. März 2012 ist zwischen den Parteien ein Scheidungsverfahren am Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen hängig (act. 5/1). Am 25. Juni 2012 wurde in diesem Verfahren die Anhörung und Instruktionsverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 16 ff.). Dabei schlossen die Parteien einen Vergleich betreffend vorsorgliche Massnahmen (Trennungzeitpunkt, Obhutszuteilung und Besuchsregelung, Unterhaltsbeiträge) für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Prot. I S. 41; act. 5/36, act. 5/38 und act. 5/40). Mit Verfügung vom 11. Juli 2012 wurde diese Vereinbarung genehmigt und das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen wurde abgeschrieben (act. 5/42). Gleichzeitig wurde der vom Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. Juni 2012 gestellte Antrag auf Bestellung eines Kinderprozessbeistandes abgewiesen (act. 5/32, act. 5/42). Mit Eingabe vom 24. August 2012 stellte der Beschwerdeführer sodann erneut den Antrag, es sei den gemeinsamen Kindern der Parteien ein Kinderprozessbeistand zu bestellen (act. 5/44). Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung dieses Antrages (act. 5/49). Für die ausführliche Darstellung der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 5/56 = act. 4 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 9. November 2012 wies das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen (unter anderem) das genannte Begehren des Beschwerdeführers ab (act. 4, Dispositiv-Ziff. 1).

1.2. Hiegegen erhob der Beschwerdeführer am 26. November 2012 rechtzeitig Berufung, die als Beschwerde entgegenzunehmen ist (vgl. E. 2.1. nachfolgend). Er beantragt, es sei Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei den Kindern D._____ und E._____ eine Kindsvertretung zu bestel-

len (act. 2). Gleichzeitig stellt er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Nach der Praxis der Kammer wird ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt (OGerZH NQ110026 vom 23. Juni 2011).

Der Beschwerdeführer erhob Berufung. Gegen einen erstinstanzlichen prozessleitenden Entscheid betreffend die Anordnung einer Kindsvertretung auf Antrag eines Elternteils kann jedoch nur – wegen Vorliegens eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils – aber immerhin Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO geführt werden (Art. 299 ZPO; ZK ZPO-SCHWEIGHAUSER, Art. 299 N 32-38; STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 299 N 7), weshalb das als Berufung bezeichnete Rechtsmittel als Beschwerde zu behandeln ist.

2.2. Einer Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, ist die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Art. 117 ZPO).

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer aus einem Teilpensum als Selbständigerwerbender nicht genügend Mittel erzielt, um seinen Bedarf zu decken. Darüber hinaus wartet er auf eine definitive Zusprechung einer Teil-IV-Rente und besitzt kein Vermögen (act. 5/42 S. 5). Es ist nicht ersichtlich, dass sich in der Zwischenzeit an diesen Umständen etwas geändert hätte. Der Beschwerdeführer gilt damit ohne Weiteres als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO. Ferner erscheint das Rechtsmittelverfahren nicht von vornherein als aussichtslos, weshalb dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege

gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a-b ZPO auch für das Rechtsmittelverfahren zu gewähren und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als Rechtsbeiständin zu bestellen ist.

3.

3.1. Das Gericht ordnet im Scheidungsverfahren wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (Art. 299 Abs. 1 ZPO). Es prüft die Anordnung einer Vertretung insbesondere auf Antrag eines Elternteils (Art. 299 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Beurteilung der Notwendigkeit erfolgt nach einem objektiven Massstab in Würdigung der gesamten Umstände nach Recht und Billigkeit. Richtlinie bildet dabei das Kindeswohl (vgl. BSK ZPO-STECK, Art. 299 N 11). Ein wichtiger Grund für die Anordnung einer Kindsvertretung liegt dann vor, wenn im Prozess eine Schutz- bzw. Vertretungsbedürftigkeit des Kindes und dadurch seine Gefährdung besteht, was bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und einem oder beiden Eltern sowie bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und/oder den Eltern einerseits und den vormundschaftlichen Behörden andererseits gegeben sein dürfte (FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO Art. 299 N 12).

3.2. Die Vorinstanz wies den Antrag des Beschwerdeführers im Wesentlichen mit der Begründung ab, die Anordnung einer Kindsvertretung sei mit Verfügung vom 11. Juli 2012 (act. 5/42) bereits einmal geprüft und abgewiesen worden, weil die Parteien nicht den Eindruck erweckt hätten, dass sie die Kinderinteressen unterlaufen würden. Vielmehr hätten sie sich unter Mitwirkung des Gerichts sogar auf einen Vergleich betreffend Besuchsrecht des Beschwerdeführers geeinigt. Seither hätten sich die diesbezüglichen Verhältnisse nicht erheblich geändert, weshalb an der damaligen abweisenden Verfügung festzuhalten sei. Die zur Begründung seines Antrages vorgebrachten Argumente des Beschwerdeführers seien nicht durch konkrete Indizien bestätigt worden. Zudem funktioniere das vereinbarte Besuchsrecht gut, mit Ausnahme von kleineren Konflikten, die aber nicht über das gewohnte Mass hinausgehen würden, so dass das Kindeswohl gefährdet wäre. Den Parteien sei zuzutrauen, dass sie sich ohne Einbezug einer neutralen Drittperson in Bezug auf die Kinderbelange einig würden. Die Vorinstanz stellte zudem in

Aussicht, dass im Verlaufe des Verfahrens auch eine Kinderanhörung stattfinden werde (act. 4 S. 4 f.).

3.3. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, er und die Beschwerdegegnerin könnten sich in Bezug auf die Kinderbelange ohne Einbezug einer neutralen Drittperson gerade nicht einigen, wie die Prozessgeschichte zeige. Nur zwei Monate nach der genannten Vereinbarung, am 24. September 2012, habe die Beschwerdegegnerin beim Gericht bereits wieder eine Reduktion seines hälftigen Betreuungsanteils auf ein gerichtsbliches Besuchsrecht beantragt (act. 2 S. 3 f.). Mit der Verweigerung der Anordnung einer Kindsvertretung verletze die Vorinstanz den Anspruch der Kinder auf persönlichen Verkehr, weil auf die Meinung der Kinder zu wenig Rücksicht genommen würde. Diese könnten ihren Standpunkt auch bei der in Aussicht gestellten Kinderanhörung nicht genügend einbringen und seien auf einen Beistand als neutrale Person angewiesen (act. 2 S. 4).

3.4. Zu unterscheiden ist zunächst die Regelung der Kinderbetreuung auf der einen Seite und die Einhaltung einer bestehenden Regelung andererseits. Die Vorinstanz geht in ihrem Entscheid davon aus, dass die Parteien die anlässlich der Verhandlung vom 25. Juni 2012 vereinbarte Regelung – wenn auch mit gewissen Konflikten – durchaus umsetzen könnten. Dafür brauche es keine neutrale Drittperson. Der Beschwerdeführer bestreitet das nicht. Seine Argumentation bezieht sich einzig auf die Regelung an sich. Er begründet die Notwendigkeit einer Vertretung mit dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin die bestehende Regelung bereits wieder abgeändert haben wolle. In diesem Zusammenhang fällt indes auf, dass der Beschwerdeführer die hier zu beurteilende Anordnung einer Kindsvertretung in einem Zeitpunkt verlangte (24. August 2012; act. 5/44), als die Beschwerdegegnerin die Abänderung der Besuchsregelung noch gar nicht beantragt hatte. Diesen Antrag stellte sie erst im Rahmen der Stellungnahme zu seinem Begehren (24. September 2012, act. 5/49). Dennoch: Die Vorinstanz verwies in ihrer Begründung zu Recht auf die Verhandlung vom 25. Juni 2012, an welcher sich die Parteien betreffend die Kinderbetreuung unter Mitwirkung des Gerichts haben einigen können, und den Entscheid vom 11. Juli 2012 (act. 5/42), mit welchem bereits ein Begehren um Anordnung einer Kindsvertretung geprüft und abgewiesen

worden ist. Es bestand damals nicht der Eindruck, als würden die Kindesinteressen unterlaufen (act. 5/42 S. 5). Der Beschwerdeführer vermag weder vor Vorinstanz noch vor zweiter Instanz darzulegen, dass sich an diesen Verhältnissen seither etwas geändert hätte. Alleine aus dem Umstand, dass zwischen den Eltern allenfalls Uneinigkeit herrscht und ein Elternteil die Abänderung einer getroffenen Regelung beantragt, kann jedenfalls noch nicht darauf geschlossen werden, die Kinder würden in einem derartigen Spannungsfeld der Eltern stehen, dass das Kindeswohl gefährdet wäre. Auch die tatsächlichen Gegebenheiten haben sich nicht verändert. Dementsprechend wies die Vorinstanz ebenfalls mit Verfügung vom 9. November 2012 auch das Abänderungsbegehren der Beschwerdegegnerin ab (act. 4 S. 5 f. und Dispositiv Ziff. 2).

Der Beschwerdeführer irrt zudem, wenn er sich pauschal auf den Standpunkt stellt, mit der von der Vorinstanz in Aussicht gestellten Kinderanhörung würden die Interessen von D._____ und E._____ nicht genügend gewahrt. Denn eine Abänderung der bestehenden Regelung kann im strittigen Falle nur durch das Gericht vorgenommen werden. Das Gericht hat dabei die Interessen eines Kindes bzw. sein Wohl von Amtes wegen zu berücksichtigen und zu wahren (Art. 296 Abs. 1 ZPO; sog. Official- und Untersuchungsgrundsatz). Ein Instrument bildet hierfür unter anderem die gesetzlich vorgeschriebene Kinderanhörung im eherechtlichen Verfahren (Art. 298 ZPO). Die Anhörung des Kindes findet grundsätzlich unter Ausschluss der Eltern und eines allfälligen Kindsvertreters alleine durch den Richter (oder im Ausnahmefall durch eine beauftragte Drittperson) statt, welcher dabei die persönlichen Interessen und Bedürfnisse des Kindes ermittelt (Art. 298 ZPO; FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO Art. 298 N 11, N 15 ff. und N 23). Nur die wesentlichen Ergebnisse werden sodann im Protokoll festgehalten und sind den Eltern zugänglich (Art. 298 Abs. 2 ZPO). Vor diesem Hintergrund kann nicht in allgemeiner Weise gesagt werden, Kinder könnten sich anlässlich einer Anhörung nicht genügend oder unabhängig von Interessenkonflikten äussern. Vielmehr müssten im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen, die es einem Kind erschweren oder gar verunmöglichen würden, in dieser Situation den eigenen Standpunkt mitzuteilen, so dass darüber hinaus zur Wahrung

der Kinderinteressen eine Kindsvertretung nötig wäre. Dass dem so ist, behauptet der Beschwerdeführer nicht. Es bestehen dafür auch keine Anhaltspunkte.

3.5. Mit der Vorinstanz ist demnach zu schliessen, dass im gegenwärtigen Zeitpunkt keine besondere Schutzbedürftigkeit der Kinder D. _____ und E. _____ im Prozess ersichtlich ist, weshalb die Anordnung einer Kindsvertretung nicht nötig erscheint. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

4.

4.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr ist in Anwendung von §§ 9 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 500.-- festzusetzen und zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

4.2. Mangels entstandener Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin keine Parteient-schädigung zuzusprechen. Die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers wird für das Beschwerdeverfahren nach Vorlage ihrer Honorarnote mit separatem Be-schluss zu entschädigen sein.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als Rechtsbeiständin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, wird nach Vorlage ihrer Honorarnote mit separatem Beschluss entschädigt werden.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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.
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. K. Houweling-Wili

versandt am: