

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC140013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H. A. Müller und Eratzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss vom 27. Juni 2014

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____

betreffend **Ehescheidung (Anordnung Vertretung des Kindes)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. März 2014 (FE120073-C)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 9. März 2012 vor der Vorinstanz im Scheidungsverfahren (Urk. 5/1). Nach einer ersten Anhörung, welche am 21. Juni 2012 stattfand (Prot. I S. 5), schlossen die Parteien eine Scheidungsvereinbarung, welche jedoch nachträglich von beiden Parteien widerrufen wurde (Urk. 5/19-20). In der Folge entbrannte zwischen den Parteien im Wesentlichen der Streit in Bezug auf die Obhutszuteilung über die gemeinsame Tochter C._____, geboren am tt.mm.2009. Mit Verfügung vom 13. September 2012 genehmigte die Vorinstanz die von den Parteien anlässlich der Verhandlung vom 10. September 2012 betreffend vorsorgliche Massnahmen geschlossene Vereinbarung (Urk. 5/40; Urk. 5/41). Nachdem die Umsetzung dieser Vereinbarung Schwierigkeiten bot, so dass die Vereinbarung nicht eingehalten werden konnte, wurden die Parteien erneut zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen, welche nach einmaliger Verschiebung am 11. Dezember 2012 stattfand (Urk. 5/46; Urk. 5/48/1-2; Urk. 5/48A; Urk. 5/49/1-2; Urk. 5/60; Prot. I S. 26 ff.). Mit Verfügung vom 22. Januar 2013 entschied die Vorinstanz über die beantragten vorsorglichen Massnahmen (Urk. 5/64 S. 25 ff.). Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte und Beschwerdegegner (nachfolgend Beklagter) Berufung, welche mit Beschluss und Urteil der angerufenen Kammer vom 26. Juni 2013 (Geschäfts Nr. LY130001) entschieden worden ist (Urk. 5/96 S. 25 ff.).

2. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2013 wies die Vorinstanz das Begehren der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Klägerin) um Anweisung der Schuldnerin des Beklagten ab (Urk. 5/106). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2013 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beklagten vom 11. Oktober 2011 betreffend Anordnung einer Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB ab (Urk. 5/115). In der Folge fand am 8. Januar 2014 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 52). Schliesslich ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 24. März 2014 für C._____ eine Prozessbeistandschaft im Sinne von Art. 299 Abs. 1 ZGB an und ernannte als Beistand Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ (Urk. 5/136 S. 3

Dispositivziffer 1 und 2 = Urk. 2 S. 3). Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 3. April 2014 fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2).

- "1. Ziff. 1 und 2 der Verfügung vom 24. März 2014 seien vollumfänglich aufzuheben; für das Kind C.____, geboren am tt.mm.2009, sei keine Prozessbeistandschaft im Sinne von Art. 299 Abs. 1 ZPO anzuordnen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten zzgl. MwSt."

Ausserdem stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 2 S. 2), welchem mit Beschluss vom 16. Mai 2014 entsprochen wurde, wobei dem Beklagten und der Verfahrensbeteiligten gleichzeitig Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt wurde (Urk. 6). Mit Eingabe vom 28. Mai 2014 erstattete der Beklagte seine Beschwerdeantwort mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen und Rechtsanwalt lic. iur. Z.____ im Amt als Kinderanwalt zu belassen. Zudem stellte er ebenfalls ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Urk. 7). Die Verfahrensbeteiligte reichte innert Frist keine Stellungnahme zur Beschwerde ein. Die Beschwerdeantwort des Beklagten wurde der Klägerin und der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 9).

3. a) Der vorinstanzliche Entscheid betreffend Bestellung eines Kindesvertreters 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. Diesbezüglich kann vorab festgehalten werden, dass keine gesetzliche Bestimmung ersichtlich ist, welche eine Beschwerdemöglichkeit der Eltern gegen die Einsetzung eines Kindesvertreters direkt vorsieht. Nur das urteilsfähige Kind kann gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO die Nichtanordnung einer Prozessvertretung voraussetzungslos mit Beschwerde anfechten. Entsprechend ist vorliegend die Anfechtung des Entscheids betreffend Einsetzung eines Kinderanwalts durch die Klägerin nur möglich, wenn ihr durch den angefochtenen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

b) Beim drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Klar ist, dass in Fällen, in denen der geltend gemachte Nachteil auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann, die Voraussetzung von Ziff. 2 erfüllt ist. Darüber hinaus ist eine Anfechtung aber auch dann möglich, wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. Damit umfasst der Begriff zwei Elemente: den drohenden Nachteil und die nicht einfach zu bewerkstellende Wiedergutmachung. Geltend gemacht werden können sowohl rechtliche wie (zumindest nach einem Teil der Lehre) auch tatsächliche Nachteile (FREIBURGHaus/AFHELDt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 319 N 13 f.).

c) Die betroffene Partei muss einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun. Die Klägerin bringt vor, dass ihr rechtliches Gehör im Zusammenhang mit der Einsetzung des Kinderanwalts verletzt worden sei. Wenn sie die Beanstandungen gegen die Einsetzung des Kindesvertreters erst im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids überprüfen lassen könnte, würde ihr eine Verfahrensverzögerung und Verfahrensverteuerung entstehen. Weiter macht sie geltend, dass bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs die Anforderungen an den Nachteil gering zu halten seien. Ansonsten sei der Rechtsschutz von Parteien, denen das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei, faktisch nicht vorhanden (Urk. 1 S. 2). Ob eine Verfahrensverzögerung bzw. Verteuerung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellt, hängt massgeblich von der Dauer der Verzögerung bzw. der Höhe der Verteuerung ab, weshalb die genannten Gründe nicht per se einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellen. Vorliegend kann der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil jedoch in der Verletzung des Kindeswohls gesehen werden, welche dann entstehen würde, wenn die geltend gemachten Beanstandungen gegen die Einsetzung eines Kindesvertreters erst im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids überprüft werden könnten, und bei Bejahung einer Gehörsverletzung bzw. eines

Ablehnungsgrundes 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.

4. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Klägerin rügt, dass die Vorinstanz ihr rechtliches Gehör verletzt habe, indem Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ als Prozessvertreter eingesetzt worden sei, ohne sie vorher zu informieren sowie ihr die Möglichkeit zu gewähren, sich zu dessen Person zu äussern (Urk. 1 S. 3). Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob das rechtliche Gehör der Klägerin im Zusammenhang mit der Bestellung des Kinderanwalts verletzt wurde.

b) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zählt zu den zentralen Verfahrensmaximen. Er wird durch Art. 53 ZPO und durch die Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 2 BV sowie durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistet, wobei er seine nähere inhaltliche Ausgestaltung, Konkretisierung und Begrenzung in einer Vielzahl von Verfahrensvorschriften findet. Der von der Beschwerdeführerin angerufene Grundsatz des rechtlichen Gehörs dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gibt dem Betroffenen das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 Erw. 2.b m.w.H.).

c) Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes im Prozess an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Die Ernennung des

Beistandes erfolgt seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung neu direkt durch das Gericht und nicht mehr durch die frühere Vormundschaftsbehörde. Im Gegensatz zum Verfahren betreffend Anordnung eines Gutachtens, gemäss welchem die Parteien vorgängig zur Anordnung anzuhören sind (vgl. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 ZPO), wird in der Zivilprozessordnung nicht geregelt, ob den Parteien vor dem Erlass des Entscheids über die Einsetzung eines Kindesvertreters das rechtliche Gehör zu gewähren ist.

5. Die beschliessende Kammer hat mit Beschluss vom 28. November 2012 (Geschäfts-Nr. PC120043, auszugsweise publiziert in ZR 112 [2013] Nr. 14) festgehalten, dass in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre den Eltern vor Erlass des Entscheids über die Einsetzung eines Kinderbeistandes das rechtliche Gehör zu gewähren sei (vgl. SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 32 zu Art. 299; THORMANN, in: Stämpfli Handkommentar, ZPO, Art. 299 N 5; PFÄNDER BAUMANN, in: Dike-Kommentar, Art. 299 ZPO N 9; VAN DE GRAAF, in: KUKO ZPO Art. 299 N 13; SCHWANDER, in: Orell Füssli ZPO-Kommentar, Art. 299 N 3), da die Eltern die durch die Prozessvertretung entstehenden Kosten zu tragen haben (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und entsprechend in deren Rechtsstellung eingegriffen werde. Weiter wurde in eingehender Auseinandersetzung mit der Lehre erwogen, dass der Gehörsanspruch auch das Anhörungsrecht der Parteien zur Person des ins Auge gefassten Beistandes mitumfasse (vgl. Erw. 6. c des genannten Beschlusses vom 28. November). Dies wurde damit begründet, dass der zu ernennende Beistand diverse Anforderungen zu erfüllen habe. So müsse es sich um eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person handeln. Damit sei einerseits psychologische und sachliche Kompetenz, andererseits Kenntnis im Ehe- und Kindschaftsrecht sowie Prozessrecht gefordert. Obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, komme der Unabhängigkeit des Beistandes als weiteres Anforderungskriterium grosse Bedeutung zu. Der Beistand müsse vom ernennenden Gericht, von den Parteien sowie von der Vormundschaftsbehörde unabhängig sein (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Art. 299 ZPO N 27 ff.; PFÄNDER BAUMANN, a.a.O. Art. 299 N 8). Insofern bestehe eine analoge Situation wie bei der Bestellung eines Gutachters gemäss Art. 183 ZPO, wo ein Anhörungsrecht

der Parteien zur Person des Gutachters ausdrücklich statuiert werde (Erw. 6. d des vorgenannten Beschlusses). Schliesslich wurde im genannten Entscheid festgehalten, dass der prozessleitende Antrag betreffend Bestellung eines Kindesvertreters bzw. der von der Vorinstanz in Aussicht genommene Kinderbeistand der Gegenpartei mit formeller Fristansetzung zur Stellungnahme unterbreitet werden müsse (Erw. 7. c, 3. Absatz des vorgenannten Beschlusses). Dem angefochteten Entscheid ist zu entnehmen, dass sich Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ auf Nachfrage des Gerichts bereit erklärt hat, das Mandat als Kinderbeistand zu übernehmen (Urk. 2 S. 3). Hingegen geht weder daraus noch aus den übrigen Akten hervor, dass den Parteien Frist angesetzt wurde, sich zur Person des in Aussicht genommenen Beistandes zu äussern. Folglich wurde das rechtliche Gehör der Parteien im Zusammenhang mit der Einsetzung des Kinderanwalts nach dem vorstehend Erwogenen verletzt.

6. Zu prüfen ist, welche Rechtsfolgen die Verletzung des rechtlichen Gehörs nach sich zieht. 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 127 V 1, E. 3.d.aa; BGE 127 III 576 E. 2.d; BGE 126 V 130, E. 2.b; BGE 121 III 331, E. 3.c). 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; BGE 126 I 68 E. 2; BGer. 6B.568/2007 E. 6.4; BGer. 1A.57/2000 E. 6.a).

7. 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 der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8. 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 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/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 26 zu Art. 107 ZPO).

9. Da der Beklagte nicht entschädigungspflichtig wird, wird sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos. Zum Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung lässt der Beklagte ausführen, dass seine Einkommens- und Bedarfssituation unverändert geblieben seien (Urk. 7 S. 2). Bereits die Vorinstanz gewährte den Parteien mit Verfügung vom 14. September 2012 (Urk. 5/42) und die angerufene Kammer mit Beschluss vom 26. Juni 2013 (Urk. 5/96) die unentgeltliche Rechtspflege. Vor diesem Hintergrund ist nach wie vor von der Mittellosigkeit des Beklagten auszugehen. Ausserdem ist er nach dem Grundsatz der Waffengleichheit auf eine Rechtsbeiständin angewiesen. Damit ist dem Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ zu gewähren. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Dem Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. März 2014 wird aufgehoben und die Sache

wird zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4. Die Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an Rechtsanwalt Z._____ und an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.
7. Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.
8. 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.

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

Zürich, 27. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:
se