

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

Beschluss und Urteil vom 13. September 2021

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____

betreffend **Ehescheidung (Kindesvertretung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 13. Juli 2021; Proz. FE180248

Erwägungen:

I.

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien stehen seit dem 3. Oktober 2018 vor der Vorinstanz im Scheidungsverfahren (act. 6/1). Strittig sind insbesondere die Obhut, die elterliche Sorge und das Besuchsrecht sowie die Unterhaltsbeträge für die gemeinsame Tochter C._____, geboren tt.mm.2013. Die Vorinstanz ordnete mit Verfügung vom 19. Dezember 2018 für C._____ eine Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 Abs. 1 und 2 ZPO an und ernannte als Kindesvertreterin Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ (nachfolgend Kindesvertreterin, act. 6/34).

1.2. Mit Eingabe vom 9. November 2020 erstattete die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Klägerin) die Klagebegründung und stellte gleichzeitig ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen (act. 6/296). Sie beantragte insbesondere, dass in vorsorglicher Abänderung des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Meilen vom 14. März 2016 die monatlichen Unterhaltsbeträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens rückwirkend ab 1. Oktober 2019 von Fr. 900.– Kindesunterhalt und Fr. 500.– ehelichen Unterhalt auf Fr. 1'700.– Barunterhalt und Fr. 1'000.– Betreuungsunterhalt erhöht werden sollten (act. 6/296 S. 3 und 28 Rz. 95 ff.). Mit Verfügung vom 11. Januar 2021 wurde der Kindesvertreterin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen angesetzt (act. 6/300). Mit Eingabe vom 3. Februar 2021 reichte die Kindesvertreterin ihre Stellungnahme dazu ein, worin sie die Abweisung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen beantragte (act. 6/306). Daraufhin beantragte die Klägerin mit Eingabe vom 6. April 2021 die Abberufung der Kindesvertreterin und stellte diverse weitere Anträge betreffend die Vertretung des Kindes, insbesondere es sei festzustellen, dass die Kindesvertreterin den Kindesinteressen zuwiderhandle und zur Kindesvertretung nicht geeignet sei (act. 6/333 bis 6/335/13-15). Zu den einzelnen Anträgen und für die detaillierte Prozessgeschichte wird auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen (act. 5 S. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 13. Juli 2021 wies die Vorinstanz die Anträge der Klägerin betreffend die Vertretung des Kindes durch lic. iur. Z. _____ ab, soweit sie darauf eintrat (act. 4/2 = act. 5 = act. 6/379). Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 26. Juli 2021 bei der Kammer fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 13.07.2021 sei vollständig aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde;
3. Die Angelegenheit sei zur Ergänzung der Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Eventualiter sei festzustellen, dass lic. iur. Z. _____ den von ihr zu wahrenen Kindesinteressen zuwiderhandelt;
5. Eventualiter sei festzustellen, dass lic. iur. Z. _____ nicht geeignet sei, die Kindesinteressen zu vertreten;
6. Eventualiter sei lic. iur. Z. _____ zu entlassen und es sei eine neue Kindesvertretung zu bestellen."

1.4. Ausserdem stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 2 S. 2). Am 6. September 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin eine Noveneingabe samt Beilagen ein (act. 8 und 9/1-3).

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-383). Da sich die Beschwerde der Klägerin – wie zu zeigen sein wird – sofort als offensichtlich unzulässig erweist, kann ohne prozessuale Weiterungen sogleich entschieden werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Verfügung der Vorinstanz

1.1. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung im Wesentlichen ausgeführt, gemäss Bundesgerichtspraxis könnten die Eltern während der Ausübung des Mandates der Kindesvertretung einzelne Handlungen des Mandatsträgers nicht anfechten und aufgrund der Mandatsführung dessen Absetzung nicht verlangen. Die Befug-

nisse der Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes würden nur durch die Errichtung einer Kindesvertretung, nicht aber durch deren spätere einzelne Handlungen beschnitten. Ein formelles Beschwerderecht in Bezug auf die Amtsführung bzw. die konkreten Handlungen der Kindesvertretung könne ihnen deshalb ebenso wenig zukommen wie ein Recht, aufgrund der Amtsführung deren Auswechslung zu verlangen. Indes müsse den Eltern die Möglichkeit zustehen, der einsetzenden Behörde einen Missstand zur Kenntnis zu bringen, so dass diese von Amtes wegen Massnahmen, notfalls die Abberufung der Kindesvertretung, ergreifen könne, wenn dies als angezeigt erscheine (act. 5 S. 2 ff.).

1.2. Die Vorinstanz verneinte ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an den Anträgen. Weiter verneinte sie einen von Amtes wegen zu berücksichtigenden Missstand gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Das Kindeswohl von C._____ sei vorliegend durch die Kindesvertretung nicht gefährdet und aus Sicht des Gerichts bestünden keine Anhaltspunkte für ein Zuwiderhandeln gegen die Kindesinteressen. Entsprechend seien von Amtes wegen keine Massnahmen für das Hauptverfahren zu treffen und die Anträge der Klägerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

2. Vorbringen in der Beschwerde

2.1. Die Klägerin macht in ihrer Beschwerde zusammengefasst geltend, die Kindesvertreterin prozessiere nicht dem Kindeswohl entsprechend, zumal sie den Antrag auf höheren Kindesunterhalt nicht unterstütze. Sie sei daher zu ersetzen (act. 2 S. 5 Rz. 9 ff.). Zu ihrer Beschwerdelegitimation bzw. zum Rechtsschutzinteresse bringt die Klägerin vor, sie sei als obhutsberechtigter Elternteil direkt vom Entscheid und dem Handeln der Kindesvertreterin betroffen, da sie bei Ablehnung eines höheren Unterhaltsanspruchs, namentlich des höheren Betreuungsunterhaltsanspruchs, die tatsächlich anfallenden Kosten des Kindes übernehmen müsse (act. 2 S. 3 f.). Die Vorinstanz sei daher korrekterweise auf ihre Anträge eingetreten. Werde die Beschwerdelegitimation bzw. das schutzwürdige Interesse verneint, sei eine Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen. Das Abwehren des höheren Kinderunterhalts widerspreche dem Kindeswohl. Da die Gefahr bestehe, dass die materiellen Interessen des Kindes nicht gedeckt seien, handle es sich um ei-

nen schwerwiegenden Missstand. Die Vorinstanz habe weiter nicht geprüft, ob hohe Unterhaltbeiträge dem Kinde zugutekämen, und nicht einbezogen, dass zwischen den Interessen der Klägerin sowie den Kindesinteressen kein Interessenskonflikt bestehe. Damit habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt (act. 2 S. 2 ff.). In ihrer Noveneingabe bringt die Klägerin zusammengefasst vor, die Tochter habe das Gespräch vor kurzem mit der Kindesanwältin verweigert, nachdem diese anscheinend C._____ gegenüber eine mögliche Fremdplatzierung angesprochen gehabt habe. Die ablehnende Haltung des Kindes bzw. die Verweigerung des Gesprächs mit der Kindsvertreterin stelle einen Grund für deren Absetzung dar (act. 8 S. 2 ff.).

3. Beschwerdelegitimation

3.1. Der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Kindsvertreterin stellt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 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 besteht, welche eine Beschwerdemöglichkeit der Eltern gegen die Handlungen einer Kindsvertreterin direkt vorsieht. Entsprechend ist vorliegend die Anfechtung des Entscheids betreffend die Kindsvertreterin nur möglich, wenn der Klägerin durch den angefochtenen Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Auch die in Art. 29 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehene Rechtsweggarantie bietet keinen darüber hinausgehenden Schutz (vgl. act. 2 S. 4 Rz. 5). Garantiert wird durch Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK der effektive Zugang zum Gericht. Die Rechtsweggarantie besteht nur im Rahmen der jeweiligen Prozessordnung und verbietet insbesondere nicht, den gerichtlichen Sachentscheid von den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen abhängig zu machen (BGE 137 II 409 E. 4.2; 136 I 323 E. 4.3; BGer, 1C_663/2012; E. 6.2). Dies gilt gleichermassen für den Anspruch auf gerichtliche Beurteilung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 132 I 134 E. 2.1). Sind die Prozessvoraussetzungen nicht gegeben, kommt auch die Rechtsweggarantie nicht zum Tragen.

Vorliegend wird mittels Beschwerde eines Elternteils die Ersetzung der Kindesvertreterin im Scheidungsverfahren gefordert. Die Stellung der Eltern wird jedoch gemäss Rechtsprechung grundsätzlich nur durch die Einsetzung, nicht aber durch die späteren Handlungen einer Kindesvertreterin im Verfahren beeinträchtigt, da mit Einsetzung der Kindesanwältin die rechtliche Vertretungsbefugnis der Eltern beschränkt wird (BGer, 5A_894/2015, E. 4.1). Ein Rechtsschutzinteresse besteht damit vorderhand nicht.

3.2. Eine Kindesvertreterin muss ihre Aufgaben sodann unabhängig und unbeeinflusst von den Eltern, dem Gericht und der Kindesschutzbehörde wahrnehmen können, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (BGer, 5A_894/2015, E. 4.1; FamKomm Erwachsenenschutz-COTTIER, 2013; Art. 314a bis ZGB N9; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, 3. Aufl. 2017, Art. 300 ZPO N. 36 f.; BK ZPO II-SPYCHER, a.a.O., Art. 300 N 7; DIGGELMANN/ISLER, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im. Zivilprozess, SJZ 111 [2015], S. 141 ff., 144). Bei ihrer Tätigkeit kommt ihr ein grosser Ermessensspielraum zu. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre sollen die Eltern diese Unabhängigkeit der Kindesvertreterin nicht unterlaufen können, indem sie fortlaufend deren Handlungen im Hinblick auf das Kindeswohl in Frage stellen. Ein formelles Beschwerderecht in Bezug auf die Amtsführung bzw. die konkreten Handlungen der Kindesvertreterin haben sie daher nicht, ebenso wenig ein Recht, aufgrund ihrer Amtsführung beschwerdeweise ihre Auswechslung zu verlangen, wie auch die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (vgl. BGer, 5A_894/2015, E. 4.1 f. in Bestätigung von OGer ZH, PQ150031; sinngemäss DIGGELMANN/ISLER, a.a.O., S. 145; SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Art. 300 ZPO N 56). Aufgrund der Vorbringen der Klägerin besteht kein Grund, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

3.3. Für Kinderbelange im Scheidungsverfahren gelten sowohl die strenge Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO, die ein aktives richterliches Erforschen des Sachverhalts einfordert, sowie die Officialmaxime, wonach die richterliche Rechtsgestaltung nicht an Parteianträge gebunden ist (Art. 296 Abs. 3 ZPO; BGE 128 III 411 E. 3.2.1), wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgehalten hat. Die Rechte und Interessen des Kindes sind folglich im Scheidungs- und

Eheschutzverfahren seiner Eltern stets von Amtes wegen in die Entscheidung einzubeziehen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7366 f.; BGer, 5A_104/2009, E.2.2). Die Kindesvertreterin kann das Begehren der Klägerin auf erhöhten Unterhalt folglich entgegen der Ansicht der Klägerin nicht verbindlich "abwehren", da das Gericht bei der Berechnung des Unterhalts den Sachverhalt von Amtes wegen ermittelt und die Höhe der Beiträge unabhängig von Anträgen der Parteien bestimmt. Das prozessuale Handeln der Kindesvertreterin tangiert daher die Interessen der Klägerin nicht.

3.4 Die Tätigkeit der Kindesanwältin dient im Übrigen nicht dazu, die Interessen eines Elternteils zu vertreten, sondern vielmehr dazu, dem Kindeswohl Gehör zu verschaffen. Darunter wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in erster Linie das objektive Kindeswohl verstanden (vgl. dazu ausführlich BGE 142 III 153 E. 5 sowie BGer, 5A_894/2015 vom 16. März 2016, E. 4.4). Abzulehnen ist somit die Argumentation der Klägerin, dass bei der obhutsinhabenden Mutter und dem Kind kein Interessenskonflikt hinsichtlich höherer Unterhaltsbeiträge bestehe und höhere Beiträge stets im Wohle des Kindes liegen würden (act. 2 S. 5 Rz. 10). Ein Kind ist an einer Beziehung mit beiden Elternteilen und damit auch am Wohlergehen beider interessiert, also auch am Wohle jenes Elternteils, welcher den Unterhalt bezahlt. Wird dieser zu überhöhten Unterhaltsbeiträgen verpflichtet, könnte sich dies negativ auf seine Leistungsbereitschaft auswirken. Das Kind hat damit in objektiver Weise unter anderem ein Interesse daran, dass der unterhaltsverpflichtete Elternteil nicht über seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinaus belastet wird.

3.5 Soweit für einen Elternteil keine formelle Beschwerdemöglichkeit gegen eine Handlung der Kindesvertreterin und kein Recht zusteht, deren Absetzung beschwerdeweise zu fordern, kann es nicht darauf ankommen, ob eine solche Beschwerde in der Form einer Feststellungs- oder Gestaltungsklage geltend gemacht wird. Es hilft der Klägerin folglich nicht, dass sie zusätzlich inhaltlich auf dasselbe herauslaufende Feststellungsbegehren hinsichtlich der Tätigkeit und der Person der Kindesvertreterin stellt (Rechtsbegehren 4-6; act. 2 S. 2), welche sie überdies nicht separat begründet.

3.6 Auf die Beschwerde ist damit nicht einzutreten.

4. Prüfung von Amtes wegen

4.1. Soweit die Kindesvertreterin mit ihrer Amtsführung tatsächlich das Kindeswohl gefährdet, muss die ernennende Behörde eingreifen und die notwendigen Massnahmen treffen können, wozu notfalls auch die Abberufung der Kindesvertretung gehört, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (BGer, 5A_894/2015, E. 4.2; SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Art. 300 ZPO N 56; BSK ZPO-MICHEL/STECK, Art 299 N 25). Bei Missständen hinsichtlich der Vertretung des Kindes soll es einem Elternteil daher möglich sein, im Sinne einer Art "Aufsichtsanzeige" dem ernennenden Gericht anhand zu legen, von Amtes wegen Massnahmen zu treffen (BGer, 5A_894/2015, E. 4.1; MICHEL/STECK, a.a.O.). Freilich hat in diesem Zusammenhang auch die einsetzende Behörde die Unabhängigkeit der Kindesvertreterin zu achten. Sie kann sie beispielsweise nicht allein deshalb absetzen, weil sie von den ihr gesetzlich zugedachten Rechten Gebrauch macht, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat. Für eine Auswechslung der Kindesvertreterin aufgrund einer Kindeswohlverletzung würde also eine erhebliche oder zumindest wiederholte Pflichtverletzung, ein eigentlicher Missstand, benötigt.

4.2. Die Vorinstanz hat die Vorwürfe der Klägerin behandelt und geprüft, ob sich ein Vorgehen von Amtes wegen rechtfertigt (vgl. act. 5 S. 8 ff. E. 2.3). Dies wurde nachvollziehbar verneint. Dennoch sei auf einige Einwendungen der Klägerin eingegangen.

4.3. Die Klägerin macht insbesondere geltend, dass durch die Abweisung der höheren Unterhaltsansprüche die Gefahr bestehe, dass die materiellen Interessen des Kindes nicht gedeckt seien (act. 2 S. 7 Rz. 20). Dieser Einwand ist grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings verkennt sie in materieller Hinsicht, dass (höherer) Kindesunterhalt nur zugesprochen werden kann, wenn der unterhaltsverpflichtete Elternteil dazu wirtschaftlich überhaupt in der Lage ist, bzw., im Falle eines hypothetischen Einkommens, bei Ausnützung seiner tatsächlichen Möglichkeiten wohl dazu in der Lage wäre. Dem Kind können also grundsätzlich keine finanziellen Mittel zugesprochen werden, zu deren Erzielung ein Elternteil nicht fähig ist. Ge-

rade darauf weist auch die Kindesvertreterin hin. Sie stützt sich in ihrer Eingabe vom 3. Februar 2021 eventualiter auf beim Beklagten nicht vorhandene Mittel zur Erhöhung von Unterhaltsbeiträgen, unter Beilage von diversen Belegen sowie unter Zitierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (act. 6/306 S. 4 ff.). Wie die Vorinstanz sodann zu Recht ausführte, erscheinen die Ausführungen der Kindesvertreterin in ihrer Gesamtheit nicht völlig aus der Luft gegriffen (vgl. act. 5 S. 9 E. 2.3.4). Ein eigentlicher Missstand ist damit nicht ersichtlich. Eine detaillierte Beurteilung, ob bzw. inwieweit die materiellen Vorbringen der Kindesvertreterin tatsächlich im Einzelnen rechtlich haltbar sind oder inwieweit die gestützt auf die eigenen Ermittlungen der Kindesvertreterin dargestellten Sachverhaltselemente zutreffen, wie die Klägerin dies verlangt, würde dem Entscheid der Vorinstanz hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen vorgreifen und kann deshalb nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein.

4.4. Wie sodann bereits in Ziff. II/3.4 vorstehend erwähnt, liegt auch das Wohlergehen des unterhaltsverpflichteten Elternteils im objektiven Interesse des Kindes. Soweit sich die Kindesvertreterin dagegen ausspricht, dass dem Beklagten in sein Existenzminimum eingegriffen wird, kann ihr dies mit Blick auf das Kindeswohl nicht vorgeworfen werden. Die Kritik der Klägerin geht damit ins Leere.

4.5. Die Klägerin erklärt sodann, die Kindesvertreterin hätte einen nicht mehr aktuellen Mietvertrag des Beklagten eingereicht und leitet daraus eine Kindeswohlverletzung und einen Grund zu deren Auswechslung ab (act. 2 S. 8). Das Einreichen eines nicht mehr aktuellen Beleges im Prozess kann nach dem Gesagten kein Anlass zur Auswechslung einer Kindesvertretung von Amtes wegen sein, stellt dies doch zum Vornherein keinen Missstand dar.

4.6. In ihrer Noveneingabe macht die Klägerin sodann geltend, die neuerdings ablehnende Haltung bzw. die Verweigerung des Gesprächs der Tochter mit der Kindesvertreterin stelle einen Grund für deren Absetzung dar. Die Kindesvertreterin könne mangels der notwendigen Kommunikation mit dem Kind dessen subjektives Kindeswohl nicht mehr vertreten, zumal die Meinung des Kindes nicht übergangen werden könne (act. 8 S. 2 ff.). Sie belegt dies mit einer schwer verständlichen Ton-Aufnahme, auf der Gesprächsfetzen zwischen Tochter und Mutter zu

hören sind, worin C._____ unter anderem sagt, dass sie es gemein finde, dass sie mit ihr [der Kindesvertreterin] reden müsse, dass sie [die Kindesvertreterin] ihr "auf den Sack" gehe und dass sie sie [die Kindesvertreterin] hasse (vgl. act. 9/2 sowie Transkription in act. 8 S. 3).

4.7. Die Meinung auch des jüngeren Kindes ist für das Gericht grundsätzlich wichtig und im Scheidungsverfahren nach Möglichkeit zu berücksichtigen. Seine subjektive Meinung wird mit zunehmendem Alter eine stets wichtigere Rolle im Verfahren einnehmen, wenn auch nicht ausschlaggebende Entscheidungsgrundlage sein. Die Meinung des Kindes ändert aber nichts an der prozessualen Funktion der Kindesvertretung, dem Gericht das objektiviert Kindeswohl zu vermitteln (BGE 142 III 153 E. 5.2.4 sowie Ziff. II./3.4 vorstehend).

4.8. C._____ ist erst knapp 8 Jahre alt. Damit vermag sie die Tragweite von Entscheiden der Obhut und des Kindesunterhalts noch nicht in vollem Umfang zu erfassen und ist diesbezüglich nicht urteilsfähig. Auch wenn ihre Meinung selbstverständlich zu berücksichtigen ist, kann darauf nicht entscheidend abgestellt werden und steht eine quasi-advokatorische Kindesvertretung hier noch nicht im Vordergrund. In Betracht fällt bezüglich des subjektiven Standpunkts von C._____ sodann, dass die Klägerin selbst einräumt, C._____ habe bis anhin keine derart starken Einwände gegen die Kindesvertreterin gehabt (act. 9 S. 2 f.). Auch in ihrer Aufsichtsanzeige (act. 6/333) und in ihrer Beschwerde (act. 2) hat sie diesbezüglich nichts aufgeführt, nicht einmal, dass C._____ wiederholt gesagt haben soll, sie möge die Kindesanwältin nicht und gehe nicht gerne zu ihr, wie die Klägerin es nun ihrer Noveneingabe vorbringt (act. 9 S. 3). Es handelt sich demnach nicht um eine seit längerem bestehende Abwehrhaltung, sondern möglicherweise um eine spontane einzelne Ablehnung. Es mutet ferner sonderbar an, dass C._____ ausgerechnet jetzt mit der Vertretung nicht mehr zufrieden zu sein scheint und angeblich nicht mehr mit dieser sprechen will, wo die Beschwerde der Klägerin gegen die Kindesvertreterin im Raum steht, weil diese die von der Klägerin verlangten Unterhaltsbeiträge nicht unterstützt. C._____ hat zudem anlässlich der gerichtlichen Anhörung bereits erklärt, dass die Mutter nicht wolle, dass sie zum Vater gehe und sie [C._____] es manchmal satt habe, mit all den verschiedenen

Leuten über ihre Eltern sprechen zu müssen (act. 6/275 S. 34). Die derzeitige Ablehnung durch C._____ ist daher möglicherweise auf die abweisende Haltung der Mutter gegenüber der Kindesvertreterin zurückzuführen. C._____ ist aufgrund ihres jungen Alters noch sehr beeinflussbar und die Mutter sollte entsprechend alles unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zur Kindesvertreterin gefährdet. Die zeitliche Koinzidenz zwischen der Beschwerde der Klägerin gegen die Kindesvertreterin und deren Ablehnung durch C._____ zeigt gerade die Notwendigkeit einer Kindesvertretung auf. Bestehen Anzeichen für eine Instrumentalisierung des Kindes und einen möglicherweise dadurch beim Kind ausgelösten Loyalitätskonflikt, ist die Ernennung einer Kindesvertretung zweifellos angezeigt.

Ohnehin aber wird aus dem von der Klägerin geschilderten Ablauf des Gesprächs mit der Kindesvertreterin keine Kindeswohlgefährdung durch die Kindesvertretung ersichtlich, sondern nur der Umstand, dass C._____ nicht sonderlich gut auf eine mögliche Fremdplatzierung reagiert und offenbar deswegen das Gespräch abgebrochen hat (vgl. act. 8 S. 3 ff.). Dass die Kindesvertreterin deswegen nicht über die notwendigen Kompetenzen zur Führung des Gesprächs mit C._____ verfügt, erklärt die Klägerin nicht und dies ist auch nicht ersichtlich. Ein Missstand für ein Einschreiten von Amtes wegen ist hier nicht gegeben. Es spricht ferner für die Unabhängigkeit der Kindesvertreterin, wenn sie sich bei ihren Handlungen nicht ausschliesslich am möglicherweise beeinflussten subjektiven Willen von C._____, sondern an deren objektivierten Interessen orientiert und insbesondere – wie im Vorfeld des Gesprächs geplant – in erster Linie eine Fremdplatzierung mit C._____ bespricht (vgl. act. 8 S. 4).

4.9. Zusammenfassend lässt sich aufgrund der Prüfung der Einwände der Klägerin von Amtes wegen kein Missstand in der Vertretung des Kindes erkennen, zumal erhebliche oder wiederholte Pflichtverletzungen nicht ersichtlich sind.

III.

1. Rechtliches Gehör

1.1. Die Klägerin rügt weiter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (act. 2 S. 4 Rz. 8 ff.) . Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 und E. 5.2; BGer, 8C_626/2018, E. 4).

1.2. 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).

Die Vorinstanz ist grundsätzlich auf die Anträge der Klägerin mangels Rechtsschutzinteresse nicht eingetreten. Sie hat zudem die wesentlichen Vorwürfe von Amtes wegen geprüft (act. 5 S. 8 f. E. 2.3). Sie war dabei nicht gehalten, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs auf alle Einwände der Klägerin einzugehen. Dass die Vorinstanz amtswegig zu prüfende, wesentliche Umstände ausser Acht liess, bringt die Klägerin überdies nicht vor. Die Vorinstanz ist in ihrer Begründung zwar

nicht näher auf die von der Klägerin angeführten gleichen Interessenlagen von C._____ und der obhutsinhabenden Klägerin hinsichtlich höherer Unterhaltsbeiträge eingegangen (zur fehlenden Stichhaltigkeit dieses Arguments vgl. Ziff. II./3.4 vorstehend). Die Vorinstanz hat indes schlüssig ausgeführt, die Vorbringen der Kindesvertreterin in ihrer Eingabe vom 3. Februar 2021 seien kein Anlass für die Annahme eines Kindeswohl gefährdenden Missstandes. Wenn auch summarisch hat sie damit die Problematik des Interessenskonflikts miteinbezogen. Der zitierte Entscheid OGer, RZ150005, ist überdies nicht einschlägig und bezieht sich nicht auf die Rolle einer Kindesvertreterin im Scheidungsverfahren. Die Vorinstanz musste sich folglich damit nicht auseinandersetzen. Insgesamt ist sie auf die wesentlichen Einwände der Klägerin zwar knapp, aber hinreichend eingegangen und hat ihren Entscheid nachvollziehbar begründet. Die Rügen der Klägerin hinsichtlich des rechtlichen Gehörs gehen damit ins Leere.

IV.

Damit erweisen sich sämtliche Rügen der Klägerin als unbegründet und ein Einschreiten von Amtes wegen nicht notwendig. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist.

V.

1. Unentgeltliche Rechtspflege

Die Klägerin beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Diese wurde ihr bereits im vorinstanzlichen Verfahren gewährt. Mit den im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen act. 6/336 S. 7; act. 6/339/2-24; act. 6/373/12) hat sie ihre Mittellosigkeit grundsätzlich genügend belegt. Die in diesem Verfahren gestellten Anträge waren jedoch allesamt aussichtslos. Die Beschwerdelegitimation der Eltern bei Entscheiden betreffend Prozesshandlungen einer eingesetzten Kindesvertretung wird sowohl von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch von der herrschenden Lehre verneint. Ein Einschreiten von Amtes wegen kommt vorliegend angesichts dessen, dass der Kindesvertreterin offensichtlich kein Zuwiderhandeln gegen das Kindeswohl vorgeworfen kann

und ein Missstand nicht vorliegt, nicht in Frage. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist demnach zufolge offensichtlicher Aussichtslosigkeit abzuweisen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Klägerin aufzuerlegen, wobei die Gerichtsgebühr gestützt auf § 2, § 9 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG angesichts der mannigfaltigen Rügen und mehreren Eingaben der Klägerin auf Fr. 1'500.– festzusetzen ist. Dem Beklagten sowie dem Kind ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, weil ihnen im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die weitere Verfahrensbeteiligte, an den Beklagten sowie die weitere Verfahrensbeteiligte je unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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

i.V. der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: