

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 7. Januar 2020

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ass. jur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

sowie

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

Verfahrensbeteiligte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____

betreffend **Kinderschutz (Verfahren)**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirkrates Horgen vom 15. November 2019; VO.2019.17 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen)

Erwägungen:

I.

1. A._____ (Beschwerdeführer) ist der getrennt lebende Ehemann von B._____ (Beschwerdegegnerin) und der Vater der am tt.mm.2009 geborenen C._____ (Verfahrensbeteiligte 1). D._____ (Verfahrensbeteiligte 2) ist die Mutter der Verfahrensbeteiligten 1.
2. Bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen (KESB) ist ein Verfahren hängig, das die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen der Beschwerdegegnerin und der Tochter des Beschwerdeführers zum Gegenstand hat. Im Rahmen dieses Verfahrens ordnete die KESB mit Beschluss vom 6. Mai 2019 für C._____ eine Kindesverfahrensvertretung nach Art. 314a^{bis} ZGB an und ernannte Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ als Verfahrensvertreter mit dem Auftrag, die Interessen von C._____ im Verfahren betreffend den persönlichen Verkehr zu vertreten, und entzog einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Beschluss die aufschiebende Wirkung.
3. Gegen die Anordnung einer Verfahrensvertretung und die Ernennung von Rechtsanwalt Z._____ erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Mai 2019 Beschwerde an den Bezirksrat Horgen. In prozessualer Hinsicht verlangte er die Wiedererteilung der von der KESB entzogenen aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.
4. Nach Einholung einer Vernehmlassung der KESB und der Beschwerdegegnerin und verschiedenen weiteren Verfahrensschritten, welche für diesen Entscheid nicht relevant sind und der Einleitung des vorinstanzlichen Entscheides entnommen werden können, wies der Bezirksrat mit Beschluss vom 15. November 2019 den Antrag des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (BR act. 45 = act. 6).

5. Gegen den Beschluss vom 15. November 2019, der seinem Vertreter am 21. November 2019 zugestellt wurde (act. 45/1), liess der Beschwerdeführer mit elektronischer Eingabe vom 2. Dezember 2019 Beschwerde erheben mit den Anträgen (act. 15 S. 2):

- 1) Der Beschluss der Vorinstanz vom 15. November 2019, sei derart aufzuheben als dass dem Antrag des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben und der Beschwerde des Beschwerdeführers beim Bezirksrat Horgen im Dossier VO.2019.17 wiedererteilt wird.
- 2) Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und Rechtsanwalt X._____, ... [Ort], als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
- 3) Alles unter Prozesskosten, also Gerichtskosten und die Parteientschädigung (zzgl. MWST), zu Lasten der Vorinstanz.

6. Da die elektronisch eingereichte Beschwerde nicht gültig signiert war, wurde der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 3. Dezember 2019 (act. 8) aufgefordert, eine gültig unterzeichnetes Exemplar der Beschwerde nachzureichen, was er am 5. Dezember 2019 innert der gesetzten Frist tat (act. 15). Mit Eingabe vom 4. Dezember 2019 begründete er überdies sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 10). Der Kindesvertreter liess sich mit Eingabe vom 23. Dezember 2019 zur Beschwerde vernehmen (act. 28), während die Beschwerdegegnerin auf eine Stellungnahme verzichtete.

7. Die Verfügung vom 12. Dezember 2019, mit welcher der Beschwerdegegnerin und den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt wurde (act. 20), konnte der Verfahrensbeteiligten 2 unter der im Rubrum der Vorinstanz aufgeführten Adresse (eine c/o-Adresse; act. 20) nicht zugestellt werden (act. 22). Anscheinend meldete sich ihr Logisgeber ins Ausland ab, so dass diese Adresse nicht mehr gültig ist (act. 23). Die Ermittlung der Adresse der Verfahrensbeteiligten beschäftigte beide Vorinstanzen (vgl. BR act. 21 S. 8, E. 2.1.5 und sodann BR act. 25, 27, 30, 32, 35 und 39). Angesichts des rein prozessualen Gegenstandes dieses Beschwerdeverfahrens kann hier auf Weiterungen verzichtet werden. Die Vorinstanz wird bei der Fortsetzung ihres Verfahrens zu entscheiden haben, ob sie den Beschwerdeführer erneut zur Beibringung

der Adresse der Verfahrensbeteiligten auffordert oder Zustellungen an sie ohne Weiteres gestützt auf Art. 141 ZPO durch Publikation im Amtsblatt vornimmt.

II.

1. Da es sich beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung um einen prozessleitenden Entscheid handelt, ist eine Beschwerde nur unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO zulässig (vgl. BSK ZGB I-Droese / Steck, Art. 450 N 22 und 22a m.H. auf Botschaft Erwachsenenschutz, 7084).
2. Da es sich um keine gesetzliche Ausnahme handelt, muss der angefochtene Entscheid einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil mit sich bringen. Gegenstand der Beschwerde ist die Frage, ob der angefochtene Entscheid der KESB seine Wirkung bereits während des vorinstanzlichen Rechtsmittelverfahrens entfaltet. Dieser Antrag erledigt sich mit dem Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens von selbst und wird gegenstandslos. Eine Überprüfung im Rechtsmittelverfahren über den vorinstanzlichen Endentscheid wäre daher verspätet, was einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil darstellt, wie der Beschwerdeführer zumindest sinngemäss geltend macht.
- 3 Die Voraussetzung von Art 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist demnach erfüllt. Da auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

III.

1. Die KESB begründete den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Anordnung einer Kinderverfahrensvertretung mit folgenden Worten (KESB act. 259 S. 2 E. 6):

"Damit der Anspruch von C._____ auf Kontaktpflege mit ihrer Stiefmutter nicht unnötig weiter verzögert werden kann sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass C._____ aufgrund des Verfahrensverlaufs unter sehr grossem Druck steht, ist unmittelbarer Handlungsbedarf durch den Verfahrensvertreter gegeben."

2. Der Bezirksrat verwies auf den Streit zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin um C._____ und die sich daraus für C._____ stetig ergebenden grossen Loyalitätskonflikte und auf die Meinung der stellvertretenden Beiständin, dass es wichtig sei, dass der Kindesverfahrensvertreter seine Arbeit bald aufnehme, da es C._____ im Moment nicht gut gehe. Infolge der Beeinflussung durch den Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin sei C._____ jeweils nicht in der Lage, ihren Willen frei zu äussern, geschweige denn ihre in ihrem Wohl liegenden Interessen zu äussern bzw. zu vertreten. In Anbetracht davon sei das Interesse von C._____ bzw. das Kindeswohl, ihr umgehend eine neutrale Person zur Seite zu stellen, die ihr zur Wahrung ihrer Interessen bzw. ihres Wohls in den laufenden Verfahren ver helfe, höher zu gewichten, als das Interesse des Beschwerdeführers an einem einwandfreien rechtsstaatlichen Verfahren (act. 6 S. 12).

3. Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Ausnahmecharakter des Entzugs der aufschiebenden Wirkung, der nur dann anzuordnen sei, "wenn die Besonderheiten des Einzelfalles das nachgerade verlangen", was seiner Ansicht nach nicht der Fall ist. Er fühle sich mit dieser und anderen Massnahmen von der KESB unter Druck gesetzt, was sich auf seine Erziehungsarbeit auswirke. Es könne nicht im Interesse des Kindeswohls sein und sei nicht verhältnismässig, "wenn die knapp zehnjährige C._____ derart mit staatlichen Massnahmen überschüttet wird" (act. 15 S. 6 f.).

4. Der Kindervertreter weist den Vorwurf des Beschwerdeführers zurück, dass seine Ernennung eine Gefahr für das Kindeswohl darstelle, weil der Kontakt zur Stiefmutter dem Kindeswohl entgegenstehe. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach es seine Aufgabe sei, den persönlichen Verkehr zwischen C._____ und der Stiefmutter zu regeln, sei er dafür nicht zuständig, sondern habe vordringlich die Aufgabe, den Kindswillen zu erheben und den Behörden zur Kenntnis zu bringen (act. 28 S. 2 Ziff. 2 f.).

Mit dem Einwand, dass die Kindesvertretung nicht notwendig sei, zeige der Beschwerdeführer sein Unvermögen, die Interessen des Kindes wahrzunehmen, und stelle ausschliesslich seine eigenen Interessen in den Vordergrund. Vor die-

sem Hintergrund sei die Anordnung einer Verfahrensvertretung durchaus angezeigt gewesen, wobei es notwendig gewesen sei, dass der Vertretungsbeistand seine Arbeit bereits vor Eintritt der Rechtskraft des Einsetzungsentscheides aufnehmen konnte, zumal C._____ im Verfahren bis heute keine eigene Stimme hätte, ginge es nach den Wünschen des Beschwerdeführers (act. 28 S. 3 Ziff. 4).

Die Darstellung des Beschwerdeführers, dass er keinen Interessenkonflikt und C._____ keinen Loyalitätskonflikt habe, grenze an Realitätsverweigerung (act. 28 S. 3 Ziff. 5). Die Abwehrhaltung des Beschwerdeführers gegenüber der angeordneten Verfahrensvertretung sowie die Begründung der Beschwerde zeige eindrücklich das Gegenteil auf. Allein deshalb sei die Anordnung und sofortige Umsetzung einer unabhängigen Verfahrensvertretung notwendig gewesen (act. 28 S. 3 f. Ziff. 6).

5. Eine Beschwerde in Angelegenheiten des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts hat von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (ausser bei fürsorglichen Unterbringungen), was auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (Maranta / Auer / Marti, BSK-ZGB I Art. 446 N 32).

Das Gesetz sieht vor, dass die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise entzogen werden kann. Das setzt voraus, dass im Einzelfall eine derartige Gefahr im Verzug und Dringlichkeit gegeben ist, dass das Interesse an einem sofortigen Vollzug der Anordnung dasjenige an einer rechtsstaatlich einwandfreien Prüfung der Rechtslage überwiegt (Geiser, BSK-ZGB I Art. 450c N 7).

6. Nicht die Anordnung einer Verfahrensvertretung i.S. von Art. 314a^{bis} ZGB ist Gegenstand dieses Verfahrens. Es ist daher nicht zu überprüfen, ob die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, und die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers und des Kindesvertreters gehen an der Sache vorbei und müssen nicht behandelt werden

In diesem Verfahren geht es nur um den von der KESB angeordneten Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Anordnung einer Verfahrensvertretung bzw. den vom Beschwerdeführer gestellten Antrag auf Ertei-

lung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde. Ob eine Verfahrensvertretung sinnvoll und notwendig ist, steht daher nicht im Vordergrund, sondern ob diese Anordnung sofort oder erst nach ihrer Bestätigung im Rechtsmittelverfahren in Kraft treten soll.

7. Zum Entzug der aufschiebenden Wirkung schreibt die KESB, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass C._____ aufgrund des Verfahrensverlaufs unter sehr grossem Druck stehe, sei "unmittelbarer Handlungsbedarf durch den Verfahrensvertreter" gegeben (KESB act. 259 S. 2 E. 6). Der Bezirksrat zitiert aus den Akten der KESB und zieht den Schluss: "In Anbetracht [dieser] Ausführungen und der derzeit diversen laufenden Verfahren [...] ist das Interesse von C._____ bzw. das Kindeswohl, ihr umgehend eine neutrale Person, die ihr zur Wahrung ihrer Interessen bzw. ihres Wohls in den laufenden Verfahren verhilft, höher zu gewichten als das Interesse des Beschwerdeführers an einem einwandfreien rechtsstaatlichen Verfahren" (act. 6 S. 12).

Auch wenn die KESB dies als Ziel der Anordnung einer Verfahrensvertretung bezeichnet (KESB act. 259 S. 2 E. 6), besteht die Aufgabe des Kindesvertreters nicht darin, den Kontakt zwischen C._____ und ihrer Stiefmutter zu pflegen. Der Kindesvertreter weist denn auch grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass er dafür nicht zuständig ist, sondern den Willen des Kindes in das Verfahren einzubringen und allfällige Widersprüche zwischen Kindeswille und Kindeswohl aufzuzeigen und zu berücksichtigen hat (act. 28 S. 2 Ziff. 3).

Indem er im Verfahren betreffend die Regelung des Kontakts zwischen dem Kind und der Beschwerdegegnerin mitwirkt, mag der Kindesvertreter durchaus einen nützlichen Beitrag zur Pflege dieses Kontakts leisten. Das ist aber kein direkter, sondern nur ein indirekter Beitrag, welcher zu ungewiss und zu wenig konkret ist, um den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu rechtfertigen.

Dasselbe ist dem Kindesvertreter entgegen zu halten, welcher den Loyalitätskonflikt von C._____ und den Interessenkonflikt des Beschwerdeführers betont (vgl. act. 28 S. 3 Ziff. 5. f.). Wenn das Vorbringen zutrifft, begründet dieser Befund die Anordnung einer Verfahrensvertretung. Eine Gefahr im Verzug, welche nur durch

deren sofortige Umsetzung abgewendet werden könnte, ist darin aber nicht zu erblicken.

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sich der Kindesvertreter im Hinblick auf die Erstattung seiner Stellungnahme in diesem Verfahren mit C._____ offenbar nicht getroffen hat. Das ist angesichts der prozessualen Natur des Gegenstands dieses Verfahrens nachvollziehbar, relativiert aber die Dringlichkeit seiner Einsetzung.

Die KESB und der Bezirksrat erhofften sich vom Entzug der aufschiebenden Wirkung möglicherweise eine Beschleunigung des Verfahrens betreffend Kontaktregelung, für das der Kindesvertreter eingesetzt wurde. Das würde allerdings voraussetzen, dass die KESB ihr Verfahren während des Rechtsmittelverfahrens über die Einsetzung des Kindesvertreters fortsetzt. Ob das geschieht, ist fraglich. Der Bezirksrat wird mit der Fortsetzung seines Verfahrens bis zur Rückgabe der in diesem Verfahren beigezogenen Originalakten zuwarten. Der angestrebte Effekt einer Verfahrensbeschleunigung verkehrt sich unter diesen Umständen in sein Gegenteil, weil der Entzug der aufschiebenden Wirkung ein weiteres Rechtsmittelverfahren nach sich zieht, welches die Erledigung des Grundverfahrens verzögert, da solche Verfahren bei mehreren Instanzen in der Regel nicht parallel, sondern sequenziell abgewickelt werden.

Sind die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Kindesvertreters erfüllt – was bekanntlich nicht Gegenstand dieses Verfahrens, sondern des Beschwerdeverfahrens beim Bezirksrat ist –, ist wichtig, dass der Kindesvertreter den Kindeswillen im Sinne des Kindeswohls in das gegenwärtig bei der KESB hängige Verfahren betreffend Kontaktregelung einbringen kann. Das kann aber grundsätzlich zu einem beliebigen Zeitpunkt des Verfahrens geschehen. Eine Gefahr im Verzug und eine besondere Dringlichkeit, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würden, sind daher nicht ersichtlich.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Anordnung einer Verfahrensvertretung i.S. von Art. 314a^{bis} ZGB nicht gerechtfertigt ist. Die Beschwerde ist daher

gutzuheissen und die entsprechende Anordnung der KESB ist aufzuheben. Der bei der Vorinstanz hängigen Beschwerde gegen die Anordnung einer Kindesvertretung kommt demnach aufschiebende Wirkung zu.

IV.

1. Der Beschwerdeführer beantragte mit der Beschwerde die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung seines Vertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 15. S. 2 Ziff. 2). Er begründete und belegte diesen Antrag mit elektronischer Eingabe vom 4. Dezember 2019 (act. 10 und act. 12/7-25).

Aus den von ihm eingereichten Unterlagen geht hervor, dass der Beschwerdeführer von der Sozialhilfe unterstützt wird (act. 12/23) und in den Jahren 2016, 2017 und 2018 als selbständiger Taxichauffeur ein monatliches Einkommen zwischen rund CHF 1'000.00 und CHF 1'500.00 versteuerte (vgl. act. 12/22 und 12/25) und dass er über kein nennenswertes Vermögen verfügt (vgl. act. 12/21 und 12/22).

Damit ist von Mittellosigkeit i.S. von Art. 117 ZPO auszugehen. Da der Beschwerdeführer obsiegt, kann seine Sache ferner nicht als aussichtslos betrachtet werden. Es ist ihm daher die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person seines Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass er bis zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

2. Da sich die Beschwerdegegnerin nicht am Verfahren beteiligte und daher nicht als unterliegend i.S. von Art. 106 Abs. 1 ZPO gilt, fällt die Entscheidunggebür ausser Ansatz und werden die weiteren Kosten (die noch nicht bekannten Kosten der Vertretung des Kindes; vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) auf die Gerichtskasse genommen.

3. Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Beschwerdeführers und der Kindesvertreter werden für ihre Bemühungen entschädigt, nachdem sie eine Aufstellung

über den Zeitaufwand und die Auslagen vorlegen (§ 23 Abs. 2 AnwGebV), wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Entschädigung auf der Grundlage von § 5 i.V.m. § 13 AnwGebV festgesetzt wird und der Zeitaufwand nur ein Bemessungsfaktor neben anderen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und Dispositiv-Ziffer I des Beschlusses des Bezirksrats Horgen vom 15. November 2019 und Dispositiv-Ziffer 6 des Beschlusses der KESB Bezirk Horgen vom 6. Mai 2019 (Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid der KESB) werden aufgehoben.
2. Dem Beschwerdeführer wird für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt X._____, ...[Ort], ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Die Entscheidegebühr fällt ausser Ansatz und weitere Kosten (Kosten der Vertretung des Kindes) werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und den Kindesvertreter, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangs-schein.
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 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

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am: