

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV200018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 7. August 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 13. Juli 2020 (EZ200003-I)**

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung vom 13. September 2019 regelte das Bezirksgericht Uster als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren der Parteien das Besuchsrecht des Gesuchstellers für die gemeinsame Tochter C._____, geboren tt.mm. 2013 (Vi-Urk. 3/3/1). Am 10. Oktober 2019 reichte der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) ein Gesuch um Vollstreckung dieses Besuchsrechts ein (Vi-Urk. 1). Mit Urteil vom 8. Januar 2020 hiess die Vorinstanz das Vollstreckungsgesuch im Wesentlichen, an die aktuellen Verhältnisse angepasst, gut (Vi-Urk. 26). Dieses Urteil wurde von der Kammer auf Beschwerde der Gesuchsgegnerin hin mit Beschluss vom 26. März 2020 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben und die Sache wurde zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen (Vi-Urk. 1). Mit Verfügung vom 9. April 2020 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen die Kindesvertreterin an (Vi-Urk. 7). Die Gesuchsgegnerin liess sich vernehmen (Vi-Urk. 12). Am 14. Mai 2020 führte die Vorinstanz eine Kindesanhörung durch (Vi-Prot. S. 5-10). Mit Verfügung vom 13. Juli 2020 entschied die Vorinstanz Folgendes (Urk. 2):

1. Für das Kind C._____, geb. tt.mm. 2013, wird für das vorliegende Verfahren eine Kindesvertretung angeordnet.
2. Als Kindesvertreterin von C._____ wird Frau Rechtsanwältin lic. iur. Z._____, D._____-Strasse 1, Postfach, E._____ [Ortschaft], bestellt.
Der Kindesvertreterin kommen die Kompetenzen gemäss Art. 300 ZPO zu.
3. Die Parteien und die Kindesvertreterin werden mit separatem Formular zur Verhandlung betreffend Noven vorgeladen.
4. [Schriftliche Mitteilungen]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

b) Gegen diese ihr am 15. Juli 2020 zugestellte (Vi-Urk. 27) Verfügung erhob die Gesuchsgegnerin am 27. Juli 2020 fristgerecht Beschwerde und stellte die Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung vom 13. Juli 2020 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde;

3. Die Angelegenheit sei zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Eventualiter sei keine Kindesvertretung anzuordnen;
5. Subeventualiter sei lic.iur. Z._____ mangels Eignung nicht als Kindesvertretung zu bestellen und es sei eine andere, geeignete Kindesvertretung zu betellen;
6. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen;
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST)."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Gesuchsgegnerin hat ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt (Urk. 1 S. 3, S. 5 f.). Mit dem vorliegenden Endentscheid im Beschwerdeverfahren wird dasselbe obsolet.

b) Soweit die Gesuchsgegnerin (auch) die Einsetzung einer Kindesvertretung als solche (Urk. 2 Disp.-Ziff. 1) anfecht (Urk. 1 S. 8-12), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da die Anfechtung dieser prozessleitenden Verfügung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Gesuchsgegnerin voraussetzt (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; *OGer ZH PQ180039 vom 24. Juli 2018, E. 7.2*), ein solcher in der Beschwerde jedoch nicht dargetan wird (vgl. Urk. 1 S. 4, S. 8-12) und auch nicht offensichtlich ist.

Gleiches gilt auch mit Bezug auf die (mit) angefochtene Vorladung zu einer Verhandlung betreffend Noven (Urk. 2 Disp.-Ziff. 3). Auch diesbezüglich ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil weder dargetan noch ersichtlich und ist demgemäss auf die Beschwerde nicht einzutreten.

c) Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die von ihr am 27. April 2020 eingereichte Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 9. April 2020 (am Obergericht pendent unter der Geschäfts-Nr. RV200014-O) sei mit der vorliegenden Beschwerde zu vereinigen, da beide gegen die Kindesvertretung gerichtet seien (Urk. 1 S. 5 Rz. 7). Da aber die Beschwerde vom 27. April 2020

schon nach Ansicht der Gesuchsgegnerin infolge der vorinstanzlichen Verfügung vom 24. April 2020 gegenstandslos geworden ist, der Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens RV200014-O unabhängig ist und aus einer Vereinigung keine Vereinfachung resultieren würde, sind die beiden Beschwerdeverfahren nicht zu vereinigen.

3. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerdeschrift konkret und im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Der gerügten Erwägung sind die aus Sicht der beschwerdeführenden Partei zutreffenden Überlegungen gegenüberzustellen und es ist darzutun, zu welchem, von jenem der Vorinstanz abweichenden, Ergebnis diese führen. Das Beschwerdeverfahren dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen; was nicht konkret beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden. Soweit eine Beanstandung vorgetragen wird, wendet die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5D_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2, m.w.Hinw.; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 321 N 15).

Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Behauptungen und neue Beweise nicht (mehr) zulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden. Dies ergibt sich aus der Natur der Beschwerde, welche als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt ist und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Dieses Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für unechte wie auch für echte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 326 N 3 f.).

b) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, für die Anordnung einer Kindesvertretung sei allein das Kindeswohl massgebend; den Bedürfnissen des Kindes solle eine Stimme gegeben werden. Kindesvertretungen würden namentlich in hochstrittigen Verfahren eingesetzt. Gerade in der vorliegenden Konstellation, in der eine Besuchsrechtsregelung durch ein Gerichtsurteil von einer Partei nicht akzeptiert werde und sich Fragen betreffend Anpassung des Besuchsrechts stellen würden, dränge sich eine Kindesvertretung auf. Demzufolge würden die gesetzlichen Voraussetzungen zur Anordnung einer Kindesvertretung vorliegen und sei diese auch notwendig. Aus der Kindesanhörung gehe in keiner Weise hervor, dass die Tochter, wie dies von der Gesuchsgegnerin behauptet werde, eine Abneigung gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ hege. Diese eigne sich auch in fachlicher Hinsicht. Sie bringe langjährige Erfahrung mit und sei ausgebildete Mediatorin; sie sei sodann auch im hängigen Scheidungsverfahren der Parteien als Kindesvertreterin bestellt, womit sie mit den Verhältnissen bereits vertraut sei. Wenn die Gesuchsgegnerin vorbringe, Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ habe sich abschätzig über sie geäußert, sei sie darauf hinzuweisen, dass die Kindesvertretung die Interessen der Tochter unabhängig und unbeeinflusst von den Eltern zu vertreten habe. Aus den Vorbringen der Gesuchsgegnerin sei nicht ersichtlich, dass durch die künftige Amtsführung der Kindesvertreterin das Kindeswohl gefährdet wäre (Urk. 2 S. 6-10).

c) Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Beschwerde vorab im Wesentlichen geltend, ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden. Die Vorinstanz habe ihr zwar hinsichtlich der Person der Kindesvertretung das rechtliche Gehör gewährt, habe jedoch die angefochtene Verfügung, welche in einem wesentlichen Punkt auf die Kindesanhörung vom 14. Mai 2020 abgestützt sei, vor Ablauf der ihr bis zum 20. Juli 2020 erstreckten Frist für ihre Stellungnahme zur Kindesanhörung erlassen. Damit sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden. Diese Verletzung könne im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden (Urk. 1 S. 6-8).

Die Beschwerde in diesem Punkt ist unbegründet. Die Gesuchsgegnerin räumt selber ein, dass ihr das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Bestellung einer Kindesvertretung und zur Person derselben gewährt worden sei (Urk. 1 S. 6

Rz. 11). Die Kindesanhörung vom 14. Mai 2020 erfolgte sodann nicht im Hinblick auf die Anordnung der vorliegenden Kindesvertretung; die Gesuchsgegnerin räumt ein, dass in der Anhörung die im Hauptverfahren ernannte Kindesvertreterin nur am Rande angesprochen worden sei (Urk. 1 S. 6 Rz. 13). Das entsprechende Protokoll musste daher nicht für die vorliegend umstrittene Einsetzung der Kindesvertretung herangezogen werden, womit es im Hinblick auf die angefochtene Verfügung keiner Stellungnahme der Parteien zur Kindesanhörung bedurfte. Die Gesuchsgegnerin selber hat denn auch in ihrer Eingabe vom 15. Juni 2020, mit welcher sie um Ansetzung einer Frist für ihre Stellungnahme zur Kindesanhörung ersuchte, mit keinem Wort dargetan, dass eine solche (auch) für die beabsichtigte Einsetzung einer Kindesvertretung erfolgen sollte (vgl. Vi-Urk. 21).

Eine Partei hat sodann Einwendungen gegen die Person einer Kindesvertretung nicht bloss (substantiiert) zu behaupten, sondern glaubhaft zu machen. Die Gesuchsgegnerin wandte im vorinstanzlichen Verfahren gegen Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ ein, diese sei befangen, weil sie Aussagen einer Besprechung mit der Tochter – gemäss Angaben von dieser ihr (der Gesuchsgegnerin) gegenüber – nicht korrekt wiedergegeben bzw. den Sachverhalt unvollständig abgeklärt habe. Ausserdem zeige die Tochter zwischenzeitlich eine tiefe Abneigung gegenüber Rechtsanwältin lic. iur. Z._____; die Tochter habe ihr (der Gesuchsgegnerin) erzählt, sie habe die Kindesvertreterin nicht gern. Und schliesslich habe sich Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ gegenüber ihr (der Gesuchsgegnerin) abschätzig geäussert (Urk. 2 S. 4 f.). Alle diese Einwendungen stellten bloss Behauptungen dar und waren als solche nicht glaubhaft gemacht. Die Vorinstanz hat daher – in Anwendung der strengen Untersuchungsmaxime (Erforschungsmaxime) bei Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 1 ZPO) – das Protokoll der Kindesanhörung herangezogen zur Prüfung, ob sich aus diesem objektive Anhaltspunkte für die von der Gesuchsgegnerin aufgestellten Behauptungen ergeben würden (und hat dies verneint). Die Heranziehung des Protokolls der Kindesanhörung erfolgte damit eigentlich zugunsten der Gesuchsgegnerin (um deren bloss Behauptungen allenfalls doch noch verifizieren zu können); ohne diese Heranziehung wären deren Einwendungen von vornherein zu verwerfen gewesen. Die angefochtene Verfügung wird in diesem Sinne nicht auf das Protokoll der Kindesanhörung abgestützt;

ohne Berücksichtigung desselben hätte sie gleich gelautet. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher zu verneinen.

Im Übrigen gölte selbst bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, was folgt: Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid festgehalten, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führe, wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht falle. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfe indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck darstelle. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs bestehe dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten sei, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führe. Für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs werde deshalb grundsätzlich vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angebe, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs in das kantonale Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. BGer 5A_561/2018 vom 14.12.2018, E. 2.3 m.H.). Zureichende dahingehende Behauptungen der Gesuchsgegnerin in der Beschwerdeschrift fehlen (vgl. Urk. 1 S. 8). Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre daher auch aus diesem Grund abzuweisen.

d) Soweit die Gesuchsgegnerin sodann die Einsetzung einer Kindesvertretung als solche bzw. die Notwendigkeit für eine solche anführt (Urk. 1 S. 8-12), ist, wie erwähnt (oben Erw. 2.b) auf die Beschwerde nicht einzutreten, da die Anfechtung dieser prozessleitenden Verfügung einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Gesuchsgegnerin voraussetzt (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; *OGer ZH PQ180039 vom 24. Juli 2018, E. 7.2*), ein solcher jedoch weder in der Beschwerde dargetan wird noch offensichtlich ist.

Ohnehin erscheint die Einsetzung einer Kindesvertretung gerade im vorliegenden Vollstreckungsverfahren sehr wohl notwendig angesichts der offensichtlichen Zerstrittenheit der Parteien und des Umstands, dass aus den Akten nichts darauf hindeutet, dass die Gesuchsgegnerin auch nur ansatzweise daran interessiert wäre, den Kontakt der Tochter zum Gesuchsteller zu fördern.

e) Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Beschwerde schliesslich zusammengefasst geltend, die Tochter habe ihr gegenüber "bestätigt" (Urk. 1 S. 13 Rz. 38), dass die Aussagen im Protokoll der Anhörung ungenau wiedergegeben worden seien; die Tochter habe Angst, mit Frau Z._____ zu sprechen, werde auch nicht mit ihr sprechen und habe sie nicht gern. Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ sei damit infolge der Abneigung nicht als Kindesvertreterin geeignet. Sie habe sich ferner ihr (der Gesuchsgegnerin) gegenüber abschätzig geäussert, was den Anschein der Befangenheit erwecke (Urk. 1 S. 12-15).

Die Gesuchsgegnerin reicht zu den behaupteten Aussagen der Tochter eine Tonaufnahme ein (CD, Urk. 5/4). Wie erwähnt, sind im Beschwerdeverfahren neue Beweis- bzw. Glaubhaftmachungsmittel unzulässig (Art. 326 ZPO; oben Erw. 3.a), weshalb die Tonaufnahme schon aus diesem Grund unbeachtlich ist. Ohnehin würde eine von einer Partei allein angefertigte Tonaufnahme kaum ein taugliches Glaubhaftmachungsmittel darstellen, solange die Umstände, wie es zur Tonaufnahme kam, nicht genau bekannt sind, denn Kinder im Alter der Tochter sind leicht beeinflussbar (ganz besonders von der Hauptbezugsperson). Im Übrigen stellen die Vorbringen der Gesuchsgegnerin blosser Parteibehauptungen dar und sind damit nicht glaubhaft gemacht.

f) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist (oben Erw. 2.b).

4. a) Das Beschwerdeverfahren beschlägt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Gesuchsgegnerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2, S. 15). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt allerdings neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchsgegnerin zufolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsteller mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an Rechtsanwältin lic. iur. Z._____, an letztere und an den Gesuchsteller je unter Beilage von Doppeln der Urk. 1, 4 und 5/3-4, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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, 7. August 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
mc