

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ200007-O/U

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

Urteil vom 12. Oktober 2020

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

3. **E.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2, 3 vertreten durch F. _____,

betreffend **Kinderbelange (Ausstand)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 15. September 2020 (FK200051-L)

Erwägungen:

1.1. Der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) und die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) sind die unverheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2014, D._____ und E._____, beide geboren am tt.mm.2017 (Verfahrensbeteiligte 1-3). Mit Eingabe vom 20. Mai 2020 machte die Klägerin bei der Vorinstanz ein Verfahren betreffend Kinderbelange anhängig (Urk. 5/2). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 3 f.). Am 15. September 2020 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung (Urk. 2 = Urk. 5/15):

1. Für die Kinder der Parteien, C._____, geboren am tt.mm.2014, D._____, geboren am tt.mm.2017, sowie E._____, geboren am tt.mm.2017, wird eine Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO angeordnet.
2. Als Kindesvertreterin wird F._____, ... [Adresse], bestellt.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Beschwerde)

1.2. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 1. Oktober 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 5/16/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 15. September 2020 seien aufzuheben und von der Einsetzung eines Kindesvertreters sei abzusehen.
2. Eventualiter sei Dispositivziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 15. September 2020 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei Dispositivziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 15. September 2020 aufzuheben und ein Kindervertreter männlichen Geschlechts einzusetzen.
4. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdegegnerin."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-18). Da sich die Beschwerde – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Beschwerdeantwort (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

1.4. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

2.1. Die angefochtene Verfügung ist prozessleitender Natur. Gegen prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde – von den hier nicht einschlägigen, im Gesetz explizit vorgesehenen Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie der Beschwerde führenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Indes ist bei der Annahme eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils grundsätzlich Zurückhaltung angebracht. Der Gesetzgeber hat die selbstständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (Botschaft ZPO, BBl 2006, 7221 ff., 7377).

2.2. Die betroffene Partei muss einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie hat den Nachteil zu behaupten und nachzuweisen, soweit er nicht offensichtlich ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15 und Art. 321 N 17). Der Beklagte macht geltend, vorliegend führe die Einsetzung einer Kindsvertretung dazu, dass die Klägerin ihre Manipulationsbemühungen weiter verstärken werde und der Loyalitätskonflikt für die Kinder verschärft werde. Diese vermeidbare Verletzung des Kindeswohls während der Dauer des Verfahrens lasse sich auch durch einen Endentscheid, bei dem er vollständig obsiege, nicht wiedergutmachen, denn die Kinder hätten dann bereits unnötig gelitten und Schaden genommen (Urk. 1 S. 9 Rz. 23). Wenn das Wohl der Kinder der Parteien – wie vom Beklagten behauptet – durch die von der Vorinstanz angeordnete Einsetzung einer Kindsvertreterin beeinträchtigt wird, begründet dies einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

3.1. Die Vorinstanz erwog, vorliegend sei die Notwendigkeit der Anordnung einer Kindsvertretung aufgrund der anhaltenden Streitigkeit um das Aufenthaltsbestimmungsrecht bzw. den künftigen Aufenthaltsort der Kinder und die Obhut zu vermuten. Davon abhängig seien zahlreiche und einschneidende Konsequenzen für

alle Beteiligten im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der persönlichen Beziehung der Kinder mit dem jeweiligen Elternteil. Der diesbezügliche Entscheid sei von grosser Tragweite und es gelte diesem Umstand gebührend Rechnung zu tragen. Dazu gehöre auch die Stärkung der prozessualen Stellung der Kinder im vorliegenden Prozess. Die Kindesvertretung habe in erster Linie für das objektivierte bzw. wohlverstandene Kindeswohl zu streiten. Zwar gehöre es auch zur Aufgabe einer Kindesvertretung, dem Gericht den sorgfältig und umfassend abgeklärten subjektiven Willen des Kindes zu übermitteln, doch werde die subjektive Meinung des Kindes nur dann zu einem Teil der Entscheidungsgrundlage, wenn das Kind hinsichtlich einer in Frage stehenden Regelung oder Massnahme urteilsfähig sei und seine Interessen, Befindlichkeit und Bedürfnisse zu artikulieren wisse, was jedoch vorliegend noch nicht der Fall sei. Ein ausgebildeter und erfahrener Kindsvertreter sei jedoch auch in einem solchen Fall durchaus in der Lage, die Aussagen der Kinder zu werten, in Kontext zu setzen und den effektiven Willen des Kindes zu eruieren. Gerade weil Kinder im Alter von drei Jahren (D. _____ und E. _____) noch zu klein seien, um ihre eigenen Wünsche herauszubilden und mitzuteilen und insofern auch eine Kinderanhörung im Sinne von Art. 298 ZPO nicht infrage komme, stelle eine Kindesvertretung ein wichtiges und unabhängiges Sprachrohr für die Kinder dar. Weiter diene die Darstellung der Kindesvertretung dem Gericht, wenn es trotz geltender Official- und Untersuchungsmaxime nicht die nötige Nähe zu den Kindern und den familiären Verhältnissen erreiche. Nicht zuletzt führe die Einsetzung von Kindsvertretern gerade in konfliktbeladenen Elternverhältnissen tendenziell zu einer Vereinfachung der Verfahren. Daher sei für die drei Kinder der Parteien eine Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO anzuordnen (Urk. 2 S. 5 f.).

3.2. Der Beklagte rügt, vorliegend seien die Voraussetzungen für die Anordnung einer Kindesvertretung nicht gegeben. Die Kinder seien mit sechs und drei Jahren noch recht klein. Sie verstünden daher die Auswirkungen eines Umzugs in den Tessin, insbesondere bezüglich seines bisherigen, hälftigen Betreuungsanteils, noch nicht und seien diesbezüglich leicht beeinflussbar. Die Klägerin habe bereits im Frühjahr 2020, mit stetig zunehmender Intensität, damit begonnen, die Kinder negativ gegen ihn zu beeinflussen (u.a. durch Weinen und Schuldzuweisungen

vor den Kindern, Beschimpfen, Entwerten von Gegenständen und Erlebnissen, Vorwürfen, nur er verhindere einen Umzug in den Tessin, wo es den Kindern gefallen würde). Dies ergänze sie mit einem Dauerverwöhnungsprogramm der Kinder, indem sie ihnen – entgegen den früheren gemeinsamen Ansichten bezüglich Erziehung – neue Spielsachen kaufe und sie mit Süßigkeiten verwöhne. Die Kinder befänden sich dadurch bereits in einem erheblichen Loyalitätskonflikt, unter welchem sie sehr leiden würden. Er gehe davon aus, dass die Klägerin die Kinder noch weiter negativ gegen ihn aufhetze, beeinflusse und manipulierte, wenn eine Kindsvertretung bestellt würde. Das widerspreche diametral dem Kindeswohl, weshalb davon abzusehen sei, zumal auch nicht ersichtlich sei, inwiefern die Einsetzung einer Kindsvertretung vorliegend geeignet oder gar erforderlich sei. Die Kinder wüssten bislang nichts vom Verfahren und ihr Wille sei, wie die Vorinstanz selbst ausführe, nicht entscheidend relevant. Allein der Umstand, dass ein Kindsvertreter dem Gericht allenfalls dessen Aufgabe erleichtere, vermöge jedenfalls eine Beeinträchtigung des Kindeswohls nicht zu rechtfertigen. Abgesehen davon sei realitätsfern, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, die Kindsvertreterin sei in der Lage, den effektiven Willen der Kinder zu eruieren. Dazu genüge ein CAS Kindesvertretung jedenfalls nicht. Vielmehr seien nur psychologisch / psychiatrisch bestens ausgebildete Fachleute in der Lage, einen Loyalitätskonflikt der Kinder tatsächlich zu erkennen und den intellektuellen und psychischen Zustand der Kinder tatsächlich zu beurteilen (Urk. 1 S. 3 ff.).

3.3. Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Die Anordnung einer Kindsvertretung ist insbesondere dann zu prüfen, wenn – wie vorliegend (vgl. Urk. 5/2 S. 2 und Prot. I S. 5) – die Regelung der Obhut oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs strittig ist (vgl. Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Im Lichte der für Kinderbelange geltenden strengen Untersuchungsmaxime und der Oficialmaxime (Art. 296 ZPO) ist eine Kindsvertretung grundsätzlich aber nur notwendig, wenn sie dem Gericht effektiv zusätzliche Unterstützung und Entscheidungshilfen bieten kann bei der Frage, ob im jeweiligen Einzelfall das Kindeswohl eine bestimmte

Regelung oder Massnahme (Sorgerecht, Obhut oder persönlicher Verkehr) erfordert oder einer solchen entgegensteht (BGE 142 III 153 E. 5.1.2).

3.4. Vorliegend erscheinen die Parteien derart zerstritten (vgl. die Vorwürfe in Urk. 1 S. 4 f.), dass nicht zu erwarten ist, dass sie bei der Feststellung der Lebensverhältnisse der Kinder ohne Einschränkungen mitwirken. Des Weiteren sind die dreijährigen Verfahrensbeteiligten 2 und 3 noch zu jung, als dass die Vorinstanz sie anhören könnte. Überdies ist nicht aktenkundig, dass für die Verfahrensbeteiligten eine Beistandschaft nach Art. 308 ZGB bestehen würde. Berichte einer Beistandsperson stehen demnach nicht zur Verfügung. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass in dieser Situation eine Drittperson die Verhältnisse (örtlich, häuslich, schulisch, Interaktion zwischen Eltern und Kindern) abklären und dem Gericht ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild über die konkrete Situation der Kinder vermitteln muss (vgl. auch BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1). Insofern erscheint die Anordnung einer Kindsvertretung im vorliegenden Fall notwendig und angemessen.

3.5. Soweit der Beklagte geltend macht, die Kindsvertreterin sei gar nicht in der Lage, den effektiven Willen der Kinder zu eruieren, ist festzuhalten, dass dieser Aspekt der Kindsvertretung nur bei urteilsfähigen Kindern überhaupt von Belang sein kann (BGE 142 III 153 E. 5.2.4; BGer 5A_984/2019 vom 20. April 2020, E. 5.2; BGer 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016, E. 2.3) und vorliegend elternunabhängige Abklärungen über die konkrete Situation der Kinder im Vordergrund stehen. Inwiefern die Klägerin bei Anordnung einer Kindsvertretung dennoch ein Interesse haben sollte, ihre behaupteten Manipulationsbemühungen zu intensivieren, ist schlicht nicht erkennbar. Ebenso wenig ist konkret dargetan oder ersichtlich, weshalb die Kindsvertreterin – im Gegensatz zum Beklagten (vgl. Urk. 1 S. 5 Rz. 10) – das Schüren eines Loyalitätskonflikts und/oder allfällige Beeinflussungsversuche seitens einer Partei nicht erkennen können sollte. Dem Beklagten kann daher nicht gefolgt werden, wenn er vorbringt, die Anordnung einer Kindsvertretung wirke sich vorliegend negativ auf das Wohl der Kinder aus. Vielmehr ist davon auszugehen, dass jene sich mässigend auf die Parteien auswirkt, zumal die Kindsvertreterin ansonsten bzw. bei einer Eskalation des Konflikts umgehend

intervenieren und nötigenfalls Anträge zur Durchsetzung des objektivierten Kindeswohls in das Verfahren einbringen könnte (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.3.3.1).

3.6. Zusammenfassend erweist sich die Rüge, die von der Vorinstanz angeordnete Kindsvertretung sei mit dem Wohl der Kinder nicht vereinbar, als offensichtlich unbegründet.

4.1. Die Vorinstanz gab sodann die Anforderungen, welchen eine Kindsvertretung zu genügen hat, zutreffend wieder, weshalb an dieser Stelle darauf zu verweisen ist (Urk. 2 S. 6 f. E. 6). Sie erwog, F._____ werde diesen Anforderungen vollumfänglich gerecht. Als CAS Kindsvertreterin mit beruflicher Erfahrung u.a. als Beiständin und Sozialarbeiterin Soziale Dienste Zürich im Bereich Jugend- und Familienhilfe verfüge sie nebst grosser Erfahrung im Umgang mit Kindern und Jugendlichen auch über fundierte Kenntnisse im Familien- und Prozessrecht. Schliesslich sei auch die Unabhängigkeit von F._____ gewährleistet. Angesichts der ausgewiesenen und an und für sich nicht in Frage gestellten Eignung von F._____ gebe es keinen Anlass, dem Antrag des Beklagte um Bestellung eines männlichen Kindsvertreters nachzukommen. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern das Geschlecht der Kindsvertretung negative Auswirkungen auf das Mandat haben sollte, zumal bei der Auswahl der Kindsvertretung einzig auf deren soziale und fachliche Kompetenz sowie Unabhängigkeit abzustellen sei. Die Sichtweise bzw. das Verständnis eines Mannes und Vaters ins Verfahren einzubringen, obliege in erster Linie der Rechtsvertretung des Beklagten. Dass es sich hierbei ebenfalls um eine Person weiblichen Geschlechts handle, liege ausserhalb des Einflussbereichs des Gerichts (Urk. 2 S. 6 f.).

4.2. Der Beklagte rügt, eine Kindsvertretung bringe – wenn überhaupt – nur dann einen Mehrwert, wenn nicht sowohl die entscheidende RichterIn als auch die Kindsvertretung weiblichen Geschlechts seien. Ein männlicher Kindsvertreter, der allenfalls selbst Kinder habe, könne die Bedeutung und Qualität der Beziehung der Kinder zu ihrem Vater aus eigener Erfahrung nachvollziehen und vor Gericht vertreten, während die Wichtigkeit der Beziehung der Kinder zur Mutter aufgrund der durchgehend weiblichen Besetzung dem Gericht bereits bestens bekannt sei. Hinzu komme, dass anlässlich der beiden Verhandlungen vor Vorinstanz der Ein-

druck entstanden sei, dass die vorsitzende Richterin dem traditionellen Bild nachhänge, wonach gerade kleine Kinder grundsätzlich zur Mutter gehörten. Für den Fall, dass eine Kindsvertretung eingesetzt werde, erscheine es daher sinnvoll und mit Blick auf die Geschlechterparität dringend angezeigt, auch die Sichtweise und das Verständnis eines Mannes ins Verfahren einzubringen. Da es auch viele gut ausgebildete Kindsvertreter männlichen Geschlechts gebe, sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Vorinstanz sperre, durch Einsetzung eines Kindsvertreters männlichen Geschlechts zumindest potentiell zusätzliche Informationen zu erhalten und besser ermitteln zu können, welcher Entscheid dem Kindeswohl am besten entspreche (Urk. 1 S. 7 ff.).

4.3. Der Beklagte scheint zu übersehen, dass in Lehre und Rechtsprechung seit langem die psychologische Erkenntnis einhellig anerkannt ist, dass in der Entwicklung des Kindes die Beziehung zu *beiden* Eltern sehr wichtig ist und dass gerade bei Knaben die Orientierungsmöglichkeit an einer väterlichen Identifikationsfigur für die Entwicklung der Männlichkeit von grosser Bedeutung ist (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.8; BGE 142 III 1 E. 3.4; BGE 130 III 585 E. 2.2.2; BGE 127 III 295 E. 4a; BGE 122 III 404 E. 3a m.w.H.; BGE 115 II 317 E. 3 m.w.H.; FamKomm Scheidung-Büchler, Art. 273 ZGB N 16 f.; BK-Hegnauer, Art. 273 ZGB N 18 m.w.H.). Inwiefern dieser Aspekt dennoch nur von einem männlichen Kindsvertreter hinreichend berücksichtigt bzw. eingebracht werden könnte, erschliesst sich nicht. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, dass und inwiefern vorliegend bei Einsetzung einer männlichen (statt weiblichen) Kindsvertretung zusätzliche Informationen in Bezug auf die konkrete Situation der Kinder zu erwarten wären.

Sofern der Beklagte die Ansicht vertreten sollte, es gelte die rein weibliche Gerichtsbesetzung vor Vorinstanz durch Bestellung eines männlichen Kindsvertreters gleichsam "auszugleichen" (vgl. Urk. 1 S. 8 f.), kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden: So bleibt unerfindlich, inwiefern die Geschlechtszugehörigkeit einer Gerichtsperson deren Fähigkeit zu unparteiischer und unvoreingenommener Entscheidung beeinflussen könnte. Dementsprechend macht der Gesetzgeber diesbezüglich denn auch grundsätzlich keine Vorgaben (einzig bei Sexualdelikten muss dem Gericht – auf Antrag hin – wenigstens eine Person des gleichen Ge-

schlechts wie das Opfer angehören [Art. 335 Abs. 4 StPO]). In der Folge kann diesbezüglich nichts im Hinblick auf die Wahl der Kindsvertretung abgeleitet werden. Demnach ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Wahl der Kindsvertretung einzig auf deren fachliche Kompetenzen und Unabhängigkeit abstellte. Die diesbezüglichen Rügen des Beklagten erweisen sich als offensichtlich unbegründet.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in allen Punkten als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

6.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gebühr ist gestützt auf § 9 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG (LS 211.11) auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

6.2. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der Klägerin mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1 und 4, sowie an die Vorinstanz, 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Oktober 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: