

ZH_OBERGERICHT LY230001 vom 29. August 2023

ZH Obergericht, 2023-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY230001

FR: ZH_OBERGERICHT LY230001 du 29 août 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LY230001 del 29 agosto 2023

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind miteinander verheiratet und die Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2015, und D._____, geboren am tt.mm.2018. Mit Scheidungsklage vom 9. Juli 2022 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) das vorliegende Verfahren bei der Vorinstanz hängig (Urk. 5/1). Hinsichtlich der Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf die vorinstanzliche Verfügung vom 16. Februar 2023 verwiesen werden (Urk. 2 S. 6 ff. = Urk. 5/95 S. 6 ff.). Mit dieser Verfügung ordnete die Vorinstanz vorsorglich Kindesschutzmassnahmen an (Urk. 2 S. 58 f.).

E. 2

Den Parteien wird im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, die in Dispositiv-Ziffer 1 angeordnete sozialpädagogische Familienbegleitung in Anspruch zu nehmen und mit dieser konstruktiv zusammenzuarbeiten.

E. 3

Die Parteien und die Kindervertreterin vereinbaren, gemeinsam beim Bezirksgericht Meilen ein Wiedererwägungsgesuch betreffend Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 16. Februar 2023 einzureichen, mit dem Antrag es sei beiden Parteien die Weisung zu erteilen, am familienpsychologischen interventionsorientierten Gutachten mitzuwirken.

E. 3.1

Die Parteien ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der unentgeltlichen Rechtsvertretung (Urk. 1 S. 2 und Urk. 30 S. 3).

E. 3.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Ist es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Wegen der Waffengleichheit gilt dies insbesondere, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie be-

- 19 - darf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zum Zeitpunkt der Gesuchstellung (vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1) zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen

(vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38).

E. 3.3

Die Parteien vermochten ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Urk. 1 Rz. 63, Urk. 5/32, Urk. 5/34/6-11, Urk. 5/35, Urk. 5/36/1-32, Urk. 5/40/1-24, Urk. 5/62/33-43, Urk. 5/73/35-37, Urk. 5/88/50-51 und Urk. 30 S. 4). Das Verfahren erscheint für beide nicht aussichtslos, was sich nunmehr in der vermittelnden Lösung der intensiven sozialpädagogischen Familienbegleitung widerspiegelt. Aufgrund der Komplexität des Verfahrens und der mit der drohenden Fremdplatzierung betroffenen gewichtigen Interessen ist die gerichtliche Bestellung einer Rechtsvertretung und zur Wahrung der Waffengleichheit für beide Parteien erforderlich.

E. 3.4

Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung sind gutzuheissen. Zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

E. 3.5

Mit Eingabe vom 26. Juli 2023 ersucht Fürsprecherin Y._____ um Genehmigung ihrer Kostennote in der Höhe von gerundet Fr. 3'592.– (inkl. Mehrwertsteuer und Fr. 57.30 für Barauslagen; Urk. 59). Diese Entschädigung erscheint angemessen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV) und lässt sich anhand des Leistungsjournals (Urk. 59) plausibilisieren, weshalb Fürsprecherin Y._____ für ihre Bemühungen und Barauslagen im Berufungsverfahren mit Fr. 3'592.– (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist. Vorbehalten bleibt auch hier die Nachzahlungspflicht des Beklagten gemäss Art. 123 ZPO.

- 20 -

E. 3.6

Rechtsanwältin MLaw X._____ wird nach Vorlage ihrer Honorarnote mit separatem Beschluss für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsvertreterin der Klägerin im Berufungsverfahren entschädigt werden. Es wird beschlossen: 1. Die Vereinbarung der Parteien und der Kindervertreterin vom 14. Juli 2023 wird hinsichtlich der Ziffern 2 bis 5 vorgemerkt. Sie lautet wie folgt: " 2. Die Parteien und die Kindervertreterin vereinbaren, gemeinsam beim Bezirksgericht Meilen ein Wiedererwägungsgesuch betreffend Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 16. Februar 2023 einzureichen, mit dem Antrag es sei anstatt eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über die Klägerin ein familienpsychologisches interventionsorientiertes Gutachten anzuordnen. 3. Die Parteien und die Kindervertreterin vereinbaren, gemeinsam beim Bezirksgericht Meilen ein Wiedererwägungsgesuch betreffend Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 16. Februar 2023 einzureichen, mit dem Antrag es sei beiden Parteien die Weisung zu erteilen, am familienpsychologischen interventionsorientierten Gutachten mitzuwirken. 4. Die Klägerin zieht ihre Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 7 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 16. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. FE220086-G) zurück.

E. 4

Die Klägerin zieht ihre Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 7 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 16. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. FE220086-G) zurück.

E. 4.1

Die Klägerin erachtet eine Kinderanhörung für notwendig, weil die Kinder zu ihrem sozialen und familiären Umfeld nach wie vor nicht hinreichend befragt

- 13 - worden seien, sodass das Gericht die Konsequenz der Fremdplatzierung nicht abschliessend einschätzen könne (Urk. 17 Rz. 17). Dies verunmögliche – neben anderen Gründen –, die Verhältnismässigkeit der angeordneten Kinderschutz- massnahme zu beurteilen (Urk. 36 Rz. 4). Die Bedeutung des aktuellen Umfelds für die Kinder müsse deshalb im Rahmen einer Kinderanhörung festgestellt werden (Urk. 17 Rz. 23). Da die Kinder bereits wegen des bestehenden Elternkon- flikts und des hängigen Verfahrens verunsichert seien, gelte es mit besonderer Sorgfalt abzuklären, was eine Fremdplatzierung und ein (erneutes) Entreissen aus dem vertrauten Umfeld für Folgen habe (Urk. 36 Rz. 5). Zudem vermöge eine Befragung der Kinder durch die Kinderprozessbeiständin die persönliche Anhö- rung durch das Gericht keinesfalls zu ersetzen (Urk. 36 Rz. 6). Nachdem sich die Kinder bereits vielen Befragungen hätten stellen müssen und auch in Zukunft stel- len müssten, könne ein Verzicht auf eine erstmalige Kinderanhörung durch das Gericht nicht mit dem Argument der zusätzlichen Belastung gerechtfertigt werden. Angesichts der Schwere der in Frage stehenden Massnahme sei die Belastung einer Befragung durch das Gericht als geringeres Übel einzustufen, als die Kinder mit einem bereits gefällten Entscheid, in den sie nur indirekt einbezogen würden, zu konfrontieren (Urk. 1 Rz. 24).

E. 4.2

Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei jüngeren Kindern im Sinne eines Be- weismittels zu verstehen. Kommt das Gericht zum Schluss, dass eine Anhörung des Kindes bei der gegebenen Ausgangslage überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein objektiv untauglich bzw. irrelevant sind (sog. unechte antizipierte Beweiswürdigung), entfällt die Pflicht zur Anhörung des Kindes. Auch der persönlichkeitsrechtliche Aspekt zwingt das Gericht nicht zur Durchführung einer Anhörung, die angesichts eines fehlenden Erkenntniswertes einer reinen Formsache gleichkäme. Demgegenüber darf das Gericht nicht mit der Begründung auf die Anhörung des Kindes verzich- ten, dass es seine Überzeugung schon gewonnen habe und sich davon auch

- 14 - durch die Anhörung des Kindes nicht werde abbringen lassen (sog. echte antizi- pierte Beweiswürdigung; BGer 5A_1066/2020 vom 23. Juli 2021, E. 3.2.).

E. 4.3

Mit ihren fünf und acht Jahren befinden sich D._____ und C._____ nahe der Altersgrenze von sechs Jahren, ab der im Sinne einer Richtlinie Kinder anzu- hören sind (vgl. BGE 131 III 553 E. 12.3). Als jüngere Kinder dient ihre Anhörung vor allem der Sachverhaltsabklärung. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend fest- hielt, erwiesen sich die

Akten in Bezug auf die Kinder bereits vor der angefochtenen Verfügung als umfangreich. Mit den vor Obergericht vorgenommenen Sachverhaltsabklärungen wurden die Akten noch ergänzt und insbesondere aktualisiert. Die Verwurzelung der Kinder in H._____, welche die Klägerin mittels Kinderanhörung beweisen möchte, ist bereits erstellt. Sie wurde vom Beklagten anerkannt (Urk. 26 S. 9), was mit der Aktenlage übereinstimmt. Einerseits bedarf es deshalb keiner weiteren Beweisabnahme zu diesem Thema. Andererseits sollten gemäss KOFA-Bericht sowohl C._____ als auch D._____ Aussagen gemacht haben, die auf eine Instrumentalisierung hinweisen (Urk. 5/54 S. 18 f.). Unter den Verbesserungspunkten/Risikofaktoren der Klägerin hält der KOFA-Bericht fest, dass die Klägerin die Kinder beeinflusse und mit nicht kindsgerechten Themen konfrontiere, welche die Kinder vollkommen überfordern und unter Druck setzen würden (Urk. 5/54 S. 15). Es besteht deshalb eine erhebliche Gefahr, dass eine Kinderanhörung die Drucksituation der Kinder verschlimmern und neue Instrumentalisierungsanreize schaffen könnte. Da durch eine Kinderanhörung wegen der bereits erstellten Verwurzelung der Kinder in H._____ kein Erkenntnisgewinn, sondern einzig eine höhere Belastung der Kinder zu erwarten ist, hat eine solche derzeit zu unterbleiben.

E. 4.4

Nach dem Erwogenen ist auch der durch die Vorinstanz ausführlich und zutreffend begründete Entscheid, die Kinder nicht anzuhören (Urk. 2 S. 9 ff.), nicht zu beanstanden und verfangen die diesbezüglich erhobenen Rügen der Klägerin (Urk. 1 Rz. 19 ff.) nicht.

- 15 -

E. 5

Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Fürsprecherin Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

E. 6

Fürsprecherin Y._____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Beklagten im Berufungsverfahren mit Fr. 3'592.- (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Nachzahlungspflicht des Beklagten gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

E. 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).

- 24 - Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 29. August 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw I. Aeberhard versandt am: jo

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.