

ZH_OBERGERICHT RZ200001 vom 8. Juni 2020

ZH Obergericht, 2020-06-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RZ200001

FR: ZH_OBERGERICHT RZ200001 du 8 juin 2020

IT: ZH_OBERGERICHT RZ200001 del 8 giugno 2020

Erwägungen

E. 4

Die Kindesschutzbehörde wird angewiesen, einen Beistand/eine Beiständin gemäss Dispositiv Ziff. 3 zu ernennen.

E. 4.1

Die Beklagte 1 bringt vor, dass seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Beistandsperson gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO direkt durch das Gericht und nicht mehr durch die frühere Vormundschaftsbehörde ernannt werde. Indem die Vorinstanz die KESB mit der angefochtenen Verfügung vom 4. Februar 2020 angewiesen habe, einen Beistand/eine Beiständin zu ernennen, habe sie Art. 299 Abs. 1 ZPO verletzt. Dadurch würden der Beklagten 1 zusätzliche Kosten entstehen (Urk. 1 S. 13)

E. 4.2

Die Beklagte 1 geht fehl. Art. 299 Abs. 1 ZPO bezieht sich einzig auf den Prozessbeistand im Sinne einer Kindsvertretung zur Stärkung der verfahrensrechtlichen Position des Kindes insbesondere bei Interessenkonflikten und nicht auf die Anordnung einer Erziehungs- und Besuchsbeistand im Sinne von Art. 308 ZGB. Gemäss Art. 298b ZGB in Verbindung mit Art. 304 Abs. 2 ZPO entscheidet das Gericht im Falle von Unterhaltsklagen auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange und ist in diesem Zusammenhang auch für die An-

- 10 - ordnung von Kindesschutzmassnahmen zuständig (BSK ZPO - Moret/Steck, Art. 304 N 6a). Möglich sind dabei Anordnungen nach Art. 307 ff. ZGB, wobei die jeweiligen Voraussetzungen und Anforderungen an die Ausgestaltung der Massnahme in gleicher Weise gelten wie bei der Anordnung durch die Kindesschutzbehörde (BSK ZGB I - Breitschmid, Art. 315-315b N 3 f.). Jedoch obliegen dort, wo ausnahmsweise eine gerichtliche Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen besteht, Vollzug sowie Überwachung der angeordneten Massnahme in jedem Fall der Kindesschutzbehörde, da das gerichtliche Verfahren mit dem Entscheid abgeschlossen wird, während der Schutz des Kindes in der Regel eine kontinuierliche weitere Begleitung erfordert (BSK ZGB I - Breitschmid, Art. 315-315b N 2). Das bedeutet, dass das Gericht eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB zwar anordnen, abändern oder aufheben kann. Die Ernennung der zuständigen Beistandsperson im Konkreten als Vollzugshandlung obliegt jedoch der Kindesschutzbehörde. Auf die in diesem Zusammenhang erhobene Berufung der Beklagten 1 ist nicht einzutreten. 5. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens zu befinden. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine

Entscheidgebühren von Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss nach Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit Blick auf den Antrag betreffend die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Februar 2020 zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs ist die Beklagte 1 obsiegend, hat doch der Kläger diesbezüglich die Abweisung der Beschwerde beantragt (vgl. Urk. 11 S. 2). Hingegen unterliegt die Beklagte 1 mit ihrem Berufungsantrag, es sei Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Februar 2020 aufzuheben und als Beistandsperson Frau H._____ durch das Gericht zu ernennen. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den Umstand, dass Rechtsanwalt Z1._____ als Kindsvertreter im Sinne eines gemeinsamen Parteiantrags eingesetzt wird, rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten des vorliegenden Verfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen und auf die Zusprechung von

- 11 - Parteientschädigungen zu verzichten. Da die Beklagte 2 nur mit Bezug auf die vor Vorinstanz strittigen Unterhaltszahlungen ins Verfahren involviert ist und sie sich daher im vorliegenden Verfahren einer Stellungnahme enthalten hat, sind ihr keine Kosten aufzuerlegen.

E. 5

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden mit dem Endentscheid geregelt.

E. 6

(Schriftliche Mitteilung.)

E. 6.1

Beide Parteien haben ein Armenrechtsgesuch gestellt (Urk. 2 S. 3 und Urk. 6 S. 3). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 4).

E. 6.2

Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte wirtschaftliche Situation, d.h. sowohl ihre Einkünfte als auch ihre Vermögensverhältnisse berücksichtigt werden. Prozessuale Bedürftigkeit setzt Einkommens- und Vermögensarmut voraus. Sie ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem notwendigen Lebensunterhalt auch den Prozess zu finanzieren. Bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (beschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip und die Offenlegungs- sowie Mitwirkungsobliegenheiten der gesuchstellenden Partei eingeschränkt. Es obliegt dieser, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und zu belegen (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO). Das mit dem Gesuch befasste Gericht ist weder verpflichtet, den Sachverhalt von sich aus nach jeder Richtung hin abzuklären, noch muss es unbesehen alles, was behauptet wird, von Amtes wegen

überprüfen. Kommt die antragsstellende Partei ihrer erwähnten Mitwirkungsobliegenheit nicht nach, so kann das Gericht die Bedürftigkeit ohne Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs ver-

- 12 - neinen und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abweisen (BGer 5A_142/2015 vom 5. Januar 2016, E. 3.7 mit Hinweis auf BGE 125 IV 161 E. 4a; BGer 5A_761/2014 vom 26. Februar 2015, E. 3.2). 6.3.1. Die Beklagte 1 macht geltend, ihr sei bereits im Verfahren vor der KESB sowie im Verfahren vor dem Friedensrichter die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden. Ihre finanziellen Verhältnisse hätten sich seither nicht verbessert, sondern eher verschlechtert, da der Kläger keine Unterhaltszahlungen leiste. Ihre finanziellen Verhältnisse seien aus den aktuell ins Recht gereichten Unterlagen sowie aus den sich bereits bei den Akten befindlichen Unterlagen ersichtlich. Demnach sei klar, dass die Beklagte 1 nicht in der Lage sei, die Gerichts- und Anwaltskosten des vorliegenden Verfahrens zu übernehmen (Urk. 1 S. 14). 6.3.2. Gemäss dem ins Recht gereichten Lohnausweis 2019 verfügt die Beklagte 1 über ein monatliches Einkommen inkl. Anteil 13. Monatslohn von rund Fr. 3'365.- (Urk. 5/7). Ausserdem beläuft sich die Krankenkassenprämie für die Beklagte 1 und die gemeinsame Tochter D._____ unter Berücksichtigung der individuellen Prämienverbilligung auf monatlich rund Fr. 375.- (Urk. 5/8-9). Die Fremdbetreuungskosten betragen Fr. 108.95 pro Monat (Urk. 5/10). Im Weiteren verweist die Beklagte 1 pauschal auf die bisherigen Akten, ohne sich im Detail zu ihrem Bedarf sowie zu ihrer Vermögenssituation zu äussern oder wenigstens die bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen oder Eingaben konkret zu bezeichnen. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen an ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, ob eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat. Entsprechend ist das Gesuch der Beklagten 1 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Verfahren abzuweisen.

E. 6.4

Der Kläger verweist zur Begründung seines Armenrechtsgesuchs für das vorliegende Verfahren auf die Ausführungen und die Akten im Verfahren LZ200005-O (Urk. 11 S. 9). In seiner "Beschwerde" vom 17. Februar 2020 (Urk. 1 im Verfahren LZ200005-O) verweist er im Wesentlichen wiederum auf das bei der Vorinstanz vor Einleitung des Verfahrens gestellte Gesuch um unentgeltliche

- 13 - Rechtspflege vom 5. Februar 2019, auf den prozessualen Antrag 2 in der Klage vom 5. November 2019 sowie ergänzend auf das für das Schlichtungsverfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 19. März 2019 sowie die entsprechende vorinstanzliche Verfügung vom 25. März 2019 (Urk. 1 im Verfahren LZ200005-O S. 12). Beide Gesuche datieren vor rund einem Jahr, so dass sich daraus nichts zu den aktuellen finanziellen Verhältnissen, insbesondere nichts zum aktuellen Vermögen des Klägers ableiten lässt. Im Übrigen ist es, wie dargelegt (vgl. vorstehend E. 6.3.2.), nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, ob eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, und zur Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege Akten verschiedener Verfahren beizuziehen. Soweit der Kläger Unterlagen zu seinen aktuellen finanziellen Verhältnissen ins Recht reicht (Urk. 4/11-14 im Verfahren LZ200005), geht daraus im Wesentlichen hervor, dass er 2019 im Rahmen einer 50%-Anstellung als Pflegefachmann

HF ein monatliches Einkommen von Fr. 3'780.– erzielte und der Kontostand bei der Postfinance Ende 2019 Fr. 6'397.18 betrug. Mit seinem Einkommen ist der Kläger in der Lage, den von ihm in der Klageschrift vom 5. November 2019 eigens bezifferten Bedarf von rund Fr. 3'200.– zu decken (vgl. Urk. 8/1 S. 35), wobei ihm ein Überschuss von Fr. 500.– bleibt, um die Gerichts- und Anwaltskosten für das vorliegende Verfahren innert angemessener Frist zu bezahlen. Nicht dargetan ist, dass der Kläger die von der Wohngemeinde C._____ bevorschussten Unterhaltsbeiträge (Urk. 8/1 S. 5) regelmässig bezahlt, weshalb sie aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 11) in seinem Bedarf nicht angerechnet werden können. Entsprechend ist das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Verfahren abzuweisen. Es wird beschlossen:

E. 7

Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren und die Vollstreckung des angefochtenen Urteils aufzuschieben, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt) zu Lasten des Klägers." Die Beklagte 1 hat gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 4. Februar 2020 zeitgleich mit der vorliegend zu beurteilenden Beschwerde auch Berufung

- 6 - gegen die von der Vorinstanz getroffenen vorsorglichen Massnahmen erhoben und insbesondere die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 (Besuchsrecht für die Dauer des Verfahrens) sowie die teilweise Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 (Umfang der Beistandschaft) verlangt. Damit bildet Gegenstand des vorliegenden Verfahrens lediglich die Aufhebung der Einsetzung von Dr. Z2._____ als neuen Kindsvertreter (Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1) sowie die Aufhebung der Anweisung an die Kindesschutzbehörde, eine(n) Beistand/Beiständin zu ernennen (Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 4), welche beiden Dispositiv-Ziffern nicht Gegenstand der von der Beklagten 1 parallel angehobenen Berufung sind (vgl. Urk. 1 im Berufungsverfahren LZ200002-O). Auch der Kläger erhob gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 4. Februar 2020 Beschwerde. Diese wurde als Berufung entgegengenommen und ist unter der Verfahrensnummer LZ200005-O pendent. 2. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung vom 4. Februar 2020 neben vorsorglichen Massnahmen – welche mit Berufung anfechtbar sind (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO) – auch einen prozessleitenden Entscheid erlassen. Die im vorliegenden Verfahren zu behandelnde Rechtsmitteleingabe der Beklagten 1 richtet sich in erster Linie gegen die Einsetzung des Kindsvertreter Dr. Z2._____ (Dispositiv-Ziffer 1) sowie ausserdem gegen die Zuständigkeit der KESB zur Ernennung der Person des Beistands im Sinne von Art. 308 ZGB (Dispositiv-Ziffer 4). Während ersterer Entscheid eine prozessleitende Verfügung darstellt, ist letzterer Entscheid Teil einer vorsorglichen Massnahme und damit mit Berufung anfechtbar (Art. 308 ZGB in Verbindung mit Art. 298b ZGB in Verbindung mit Art. 304 Abs. 2 ZPO; vgl. nachstehend E. 4.2.). Die als Beschwerde bezeichnete Rechtsmitteleingabe ist daher als Beschwerde und Berufung entgegenzunehmen und das Rubrum entsprechend anzupassen. 3.1. Nachdem die Beklagte 1 mit Beschwerde vom 17. Februar 2020 die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Februar 2020 verlangt und im Eventualantrag um Einsetzung des bisherigen Kindsvertreter Rechtsanwalt Z1._____ ersucht hatte (Urk. 1 S. 2 f.), wurde dem Kläger und der Beklagten 2 mit Verfügung vom 11. März 2020 Frist zur Beantwortung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung angesetzt. Zeitgleich wurde ihnen Frist zur

- 7 - Beantwortung der Beschwerde angesetzt, beschränkt auf die Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs (Urk. 9). Mit Eingabe vom 20. März 2020 verzichtete die Beklagte 2 auf eine Stellungnahme und führte aus, sie sei am obergerichtlichen Verfahren nicht interessiert, da dieses nicht den Kindesunterhalt betreffe, und beantrage deshalb, dass ihr für das Rechtsmittelverfahren keine Kosten auferlegt würden (Urk. 10). Mit Stellungnahme vom 26. März 2020 liess der Kläger verlauten, es seien das Gesuch der Beklagten 1 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie der Antrag auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz abzuweisen und es sei der Eventualantrag 3 der Beklagten 1 gutzuheissen und Rechtsanwalt Z1._____ als Kindsvertreter einzusetzen (Urk. 11). Mit Verfügung vom 14. April 2020 wurde der Beschwerde der Beklagten 1 mit Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Februar 2020 die aufschiebende Wirkung erteilt. Sodann wurde der Beklagten 1 Frist angesetzt, um sich zur Frage des Verzichts auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zu äussern (Urk. 13). Mit Eingabe vom 30. April 2020 verzichtete die Beklagte 1 auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz und beantragte der erkennenden Kammer, es sei dem Antrag beider Parteien auf Einsetzung von Rechtsanwalt Z1._____ als Kindsvertreter stattzugeben (Urk. 14 f.; am 8. Mai 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt). 3.2. Die erkennende Kammer hat mit Beschluss vom 28. November 2012 (Geschäfts-Nr. PC120043, auszugsweise publiziert in ZR 112 [2013] Nr. 14) festgehalten, dass in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre den Eltern vor Erlass des Entscheids über die Einsetzung eines Kindsvertreters das rechtliche Gehör zu gewähren sei, da die Eltern die durch die Prozessvertretung entstehenden Kosten zu tragen haben (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und entsprechend in deren Rechtsstellung eingegriffen werde. Weiter wurde in eingehender Auseinandersetzung mit der Lehre erwogen, dass der Gehörsanspruch auch das Anhörungsrecht der Parteien zur Person des ins Auge gefassten Kindsvertreters mitumfasse (vgl. E. 6. c des genannten Beschlusses vom 28. November 2012). Dies wurde damit begründet, dass der zu ernennende Kindsvertreter diverse Anforderungen zu erfüllen habe. So müsse es sich um eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person handeln. Damit sei einerseits psychologische und sachliche

- 8 - Kompetenz, andererseits Kenntnis im Ehe- und Kindschaftsrecht sowie Prozessrecht gefordert. Obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, komme der Unabhängigkeit des Kindsvertreters als weiteres Anforderungskriterium grosse Bedeutung zu. Dieser müsse vom ernennenden Gericht, von den Parteien sowie von der Kindesschutzbehörde unabhängig sein. Insofern bestehe eine analoge Situation wie bei der Bestellung eines Gutachters gemäss Art. 183 ZPO, wo ein Anhörungsrecht der Parteien zur Person des Gutachters ausdrücklich statuiert werde (E. 6. d des vorgenannten Beschlusses vom 28. November 2012). Schliesslich wurde festgehalten, dass der prozessleitende Antrag betreffend Bestellung eines Kindesvertreters bzw. der von der Vorinstanz in Aussicht genommene Kindsvertreter den Parteien mit formeller Fristansetzung zur Stellungnahme unterbreitet werden müsse (E. 7. c, 3. Absatz des vorgenannten Beschlusses vom 28. November 2012). 3.3. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2019 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, sich zur Anordnung einer Kindsvertretung für die gemeinsame Tochter D._____, allenfalls durch Rechtsanwalt lic. iur. Z1._____, zu äussern (Urk. 8/8). Nachdem beide Parteien mit der Einsetzung eines Kindsvertreters einverstanden waren (Urk. 8/10 S. 5; Urk. 8/11 S. 3), der Kläger aber mit der Person von Rechtsanwalt Z1._____ als bisherigem Kindsvertreter im Verfahren vor der Kindesschutzbehörde nicht länger einverstanden war (Urk. 8/10 S. 5), fragte die Vorinstanz Rechtsanwalt Dr. Z2._____ an,

ob er im vorliegenden Fall das Mandat des Kindsvertreters zu übernehmen bereit sei (Urk. 8/11). Als dieser zustimmte, ordnete die Vorinstanz ohne Weiteres mit der angefochtenen Verfügung vom 4. Februar 2020 für die Tochter D._____ eine Kindsvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO an und ernannte Rechtsanwalt Dr. Z2._____ zum Kindsvertreter (Urk. 2). Indem die Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung weder die jeweiligen Stellungnahmen der Parteien vom 18. Dezember 2019 und 6. Januar 2020 gegenseitig zur Kenntnisnahme zustellte noch den Parteien formell Frist ansetzte, sich zur Person von Rechtsanwalt Z2._____ als Kindsvertreter zu äussern, verletzte sie deren rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO).

- 9 - 3.4. Wie dargelegt waren sich die Parteien bereits vor Vorinstanz einig, dass der gemeinsamen Tochter D._____ für das gerichtliche Verfahren ein Kindsvertreter als Prozessbeistand zu bestellen ist (vgl. E. 3.2.). Mittlerweile sind sich die Parteien auch über die Person des einzusetzenden Kindsvertreters einig (Urk. 1 S. 2 und S. 11 und Urk. 11 S. 2 und S. 7). Rechtsanwalt Z1._____ wurde mit Entscheidung der Kindesschutzbehörde vom 21. August 2018 als Kindsverfahrensvertreter von D._____ im Sinne von Art. 314abis ZGB eingesetzt (Urk. 8/7/2/116). Er verfügt nicht nur über den notwendigen Erfahrungshintergrund sowohl im sozialwissenschaftlichen und rechtlichen Bereich, sondern ist bereits seit August 2018 D._____s Verfahrensvertreter und mit D._____ und dem vorliegend zu beurteilenden Fall vertraut (vgl. insbesondere Urk. 8/7/3/213). Ausserdem sind aus den Akten weder Abhängigkeiten zu den Verfahrensbeteiligten noch ein Interesse am Ausgang des Verfahrens ersichtlich, so dass der Einsetzung von Rechtsanwalt Z1._____ als Kindsvertreter für das gerichtliche Verfahren im Sinne der Gutheissung des gemeinsamen Parteiantrags nichts entgegensteht. Damit kann auf die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs verzichtet werden.

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