

GR_GERICHTE ZK1 2021 99 vom 29. Dezember 2022

GR Gerichte, 2022-12-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2021_99

FR: GR_GERICHTE ZK1 2021 99 du 29 décembre 2022

IT: GR_GERICHTE ZK1 2021 99 del 29 dicembre 2022

Regeste

Kindesvertretung | Beschwerde Prozessrecht (ZPO 319, ohne die Endentscheide)

Erwägungen

E. 5

/ 16 keit definitiv wegfällt (vgl. Markus Kriech, in: Brunner/Gasser/ Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 242 ZPO; Laurent Killias, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bd. II, Bern 2012, N 2 zu Art. 242 ZPO). Die Parteien können dem Gericht die entsprechenden Tatsachen von sich aus mitteilen und die Abschreibung des Verfahrens beantragen. Sind dem Gericht die Tatsachen bekannt, welche die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens begründen, hat es die Gegenstandslosigkeit von Amtes wegen festzustellen (vgl. Killias, a.a.O., N 20 zu Art. 242 ZPO). Zuständig für den Erlass einer Abschreibungsverfügung ist gemäss Art. 11 Abs. 2 KGV i.V.m. Art. 9 Abs. 2 GOG [BR 173.000) die Kammervorsitzende. 2.2. Die Vorinstanz hob ihre angefochtene Verfügung vom 24. Juni 2021 mit (un- begründeter) Verfügung vom 2. Juli 2021, mitgeteilt am 5. Juli 2021, auf (act. B.5). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (act. A.2, S. 2) kann ein Gericht seine prozessleitenden Verfügungen grundsätzlich bis zum Erlass des Endurteils ändern oder aufheben bzw. widerrufen. Etwas anderes gilt nur in Fällen, in welchen aus Gründen der Rechtssicherheit eine Änderung unterbleiben muss oder wenn mit der prozessleitenden Verfügung Rechte zuerkannt wurden (vgl. Adrian Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 124 ZPO; Nina J. Frei, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Bd. I, Bern 2012, N 16 zu Art. 124 ZPO). Da vorliegend nicht von einem solchen Ausnahmefall auszugehen ist, kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz ihre angefochtene Verfügung rechtsgültig aufgehoben hat. Durch diese Aufhebung entfiel das Anfechtungsobjekt bzw. der Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, weshalb dieses gemäss Art. 242 ZPO als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass die Verfügung vom 24. Juni 2021 erst mit ihrer Aufhebung dahingefallen ist und nicht, wie von der Beschwerdeführerin sinngemäss vorgebracht (act. A.1, Rz. 2), aufgrund von Formfehlern von Beginn an nichtig war (vgl. Daniel Steck/Norbert Brunner, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2016, N 5 u. N 7 zu Art. 238 ZPO). 3.1. In ihrer Eingabe vom 7. Juli 2021 erklärte die Beschwerdeführerin, trotz mittlerweile erfolgter Aufhebung der angefochtenen Verfügung an ihrer Beschwerde und den darin gemachten Einwendungen in formeller und materieller Hinsicht vollumfänglich festzuhalten. Sie verlangt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung aus materiellen

Gründen und führt aus, die erfolgte Aufhebung der Verfügung habe

E. 6

/ 16 zwingend die Anerkennung der von ihr vorgebrachten Beschwerdegründe zur Folge (act. A.2, S. 2). 3.2. Die Vorinstanz führte in ihrer Stellungnahme vom 25. August 2021 aus, dass sie ihre Verfügung betreffend Einsetzung der Kindsvertretung aufgehoben habe, weil die Eingabe von C._____, in welcher dieser erklärte, keine Einwände gegen die Kindsvertretung zu haben (RG act. IV/8), der Gegenpartei nicht vorgängig zugestellt worden sei. Mit der Aufhebungsverfügung sei jedoch weder die Frage der Einsetzung einer Kindsvertretung noch jene der Person der Kindsvertretung geklärt worden (act. A.3). Die Beschwerdeführerin wiederum äusserte sich in ihrer Eingabe vom 20. September 2021 zu dieser Stellungnahme, wobei sie erklärte, nicht nachvollziehen zu können, weshalb der Grund für die Aufhebung der Verfügung betreffend Einsetzung der Kindsvertretung nicht bereits in der Aufhebungsverfügung mitgeteilt worden sei. Im Übrigen machte sie verschiedene Ausführungen materieller Natur (act. A.4). 3.3. Bei der Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit handelt es sich um einen Prozessentscheid sui generis. Diesem kommt materielle Rechtskraft nur bezüglich der nunmehr fehlenden Prozessvoraussetzung respektive der Gegenstandslosigkeit zu. Ein Sachentscheid hingegen ist nach Eintritt der Gegenstandslosigkeit nicht mehr möglich (Pascal Leumann Liebster, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 7 zu Art. 242 ZPO m.w.H.). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann somit nach Eintritt der Gegenstandslosigkeit nicht mehr materiell über die angefochtene Verfügung bzw. über ihre Beschwerde entschieden werden. Insbesondere kann die Beschwerdeinstanz weder eine bereits aufgehobene Verfügung nochmals aufheben noch steht es ihr zu, in Vorwegnahme der noch ausstehenden neuen Verfügung der Vorinstanz eine andere Kindesvertreterin einsetzen. Selbst wenn die Einwände der Beschwerdeführerin gegen Rechtsanwältin E._____ begründet wären, obläge die Bezeichnung einer anderen Person wieder dem erstinstanzlichen Gericht. Auch ein virtuelles Interesse der Beschwerdeführerin an der Behandlung ihrer Beschwerde ist bei der vorliegend gegebenen Sachlage nicht ersichtlich, kann sie doch gegen die erneute Einsetzung von Rechtsanwältin E._____, sollte die Vorinstanz an derselben festhalten, wiederum Beschwerde führen. Sodann kann der Beschwerdeführerin auch in ihrem Verständnis nicht gefolgt werden, wonach die Aufhebungsverfügung vom 2. Juli 2021 (act. B.5) zwingend die Anerkennung ihrer Beschwerdegründe zur Folge habe. Vielmehr wurde die angefochtene Verfügung durch die Aufhebungsverfügung lediglich (ersatzlos) aufgehoben, ohne dass damit die materielle Begründetheit der Beschwerde

E. 7

/ 16 – welche der Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt ja gar noch nicht bekannt war – anerkannt worden wäre. Letzteres hat die Vorinstanz mit ihrer Stellungnahme vom 25. August 2021 (act. A.3) denn auch ausdrücklich in Abrede gestellt. Schliesslich kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch aus dem von ihr eingereichten Schreiben der Vorinstanz vom 6. Oktober 2021 im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (Proz. Nr. 135-2021-426), mit welchem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zufolge Rechtsanwalt Weltert als "Kinderanwalt" anerkenne (act. A.5), nichts für das vorliegende Verfahren abgeleitet werden. Zwar trifft es zu, dass die Vorinstanz den von der Beschwerdeführerin mandatierten Rechtsanwalt im betreffenden Nebenerfahren auch als Rechtsvertreter von B._____ akzeptiert hat, was sich im Übrigen

auch aus dem Rubrum des am

E. 11

/ 16 keit des mit einem hängigen Zivilverfahren befassten Gerichts zum Entscheid über die Vertretungsbefugnis eines Anwalts Bezug zu nehmen scheint (BGE 147 III 351), wäre damit der Boden entzogen gewesen. 4.4.3. Eine anderweitige Rechtsverletzung wird seitens der Beschwerdeführerin – zu Recht – nicht gerügt. Wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen, kann das Vertrauen der Kindsmutter in die einzusetzende Kindesvertreterin nicht ausschlaggebend sein. Von ihrer Stellung her soll die Kindesvertretung unabhängig und unbeeinflusst von den Eltern, dem Gericht oder der Kindesschutzbehörde ihr Amt wahrnehmen können. Diese Unabhängigkeit der Kindesvertretung sollen die Eltern nicht dadurch unterlaufen, dass sie fortlaufend deren Handlungen in Frage stellen können. Ein formelles Beschwerderecht in Bezug auf die Amtsführung bzw. die konkreten Handlungen eines Kindesvertreters kann ihnen deshalb ebenso wenig zukommen wie ein Recht, aufgrund der Amtsführung dessen Auswechslung zu verlangen. Zuzugestehen ist ihnen einzig die Möglichkeit, der einsetzenden Behörde einen Missstand zur Kenntnis zu bringen, so dass diese von Amtes wegen Massnahmen ergreifen kann, wenn dies als angezeigt erscheint. Freilich hat in diesem Zusammenhang auch die einsetzende Behörde die Unabhängigkeit des Kindesvertreters zu achten. Erst wenn dieser mit seiner Amtsführung das Kindeswohl gefährdet, muss die ernennende Behörde eingreifen und die notwendigen Massnahmen treffen können, wozu notfalls auch die Abberufung des Kindesvertreters gehört (vgl. BGer 5A_894/2015 v. 16.3.2016 E. 4.1 m.w.H.). Vorliegend hat die bis anhin zuständige KESB Nordbünden weder von sich aus noch auf Anzeige der Beschwerdeführerin hin einen Anlass gesehen, gegen die Amtsführung von Rechtsanwältin E._____ als Kindesvertreterin von B._____ irgendwelche Massnahmen zu ergreifen oder diese gar abzusetzen. Einen entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin hat die KESB Nordbünden mit Entscheid vom 28. August 2019 abgewiesen, dies bei gleichzeitiger Genehmigung des Schlussberichtes von Rechtsanwältin E._____ für die Tätigkeit als Vertretungsbeiständin im Strafverfahren und ihrer ausdrücklichen Entlastung (vgl. RG act. II/2, Dispositivziffern 1 u. 13 f. samt dazugehörigen Erwägungen). Unter diesen Umständen drängte es sich schon unter prozessökonomischen Gesichtspunkten auf, die mit der Sache vertraute Kindesvertreterin nach dem gesetzlich vorgesehenen Übergang der Zuständigkeit zur Regelung der Kinderbelange (Art. 298d Abs. 3 ZGB) auch im gerichtlichen Verfahren einzusetzen. 4.4.4. Weshalb die Vorinstanz von der – nota bene unangefochten gebliebenen – Beurteilung der KESB hätte abweichen und in der bisherigen Amtsführung von Rechtsanwältin E._____ einen Ablehnungsgrund hätte erkennen müssen, vermochte die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen.

E. 12

/ 16 4.4.4.1. Was die Arbeit der Kindesvertreterin im gegen den Vater geführten Strafverfahren wegen sexueller Handlungen zum Nachteil von B._____ anbelangt, beließ es die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren beim pauschalen Vorbringen, die Strafuntersuchung sei äusserst dürftig durchgeführt worden und wesentliche Untersuchungshandlungen seien unterblieben, weshalb Rechtsanwältin E._____ mit der Zustimmung zur Verfahrenseinstellung die Kindesschutzinteressen überhaupt nicht vertreten, wenn nicht sogar verraten habe (RG act. I/3, Rz. 3d). Eine substantiierte Auseinandersetzung mit der in der Strafuntersuchung gegebenen Beweislage, anhand derer die Vorinstanz wenigstens summarisch hätte beurteilen können, ob die von der

Beschwerdeführerin geforderten weitergehenden Abklärungen geeignet gewesen wären, um eine Anklageerhebung oder gar eine Verurteilung des Kindsvaters herbeizuführen, ist sie schuldig geblieben, obwohl es auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime in erster Linie den Parteien obliegt, das Gericht über den rechtserheblichen Sachverhalt zu orientieren und ihm die verfügbaren Beweismittel zu nennen (vgl. statt vieler BGer 5A_242/2019 v. 27.9.2019 E. 3.2.1 m.w.H.). Damit hätte sich nicht beanstanden lassen, dass die Vorinstanz auf die angeblich versäumten Beweisanträge nicht weiter eingegangen ist und die Tatsache, dass sich die Staatsanwaltschaft als spezialisierte Behörde zur Einstellung des Verfahrens entschlossen hat, als gewichtiges Indiz dafür gewertet hat, dass das Vorgehen der Kindesvertreterin im Strafverfahren nicht in Frage zu stellen war. Dies gilt umso mehr, als die Strafbehörden bei einem Tatvorwurf, wie er vorliegend zu untersuchen war, regelmässig auf beweisverwertbare Aussagen des Opfers angewiesen sind (vgl. BGer 6B_1254/2020 v. 20.1.2021 E. 5). Solche waren laut eigener Einschätzung der Beschwerdeführerin, auf welche die Kindesvertreterin in ihrer Stellungnahme an deren Rechtsvertreter denn auch Bezug genommen hat (RG act. II/2/6, S. 3), im konkreten Fall nicht erhältlich. 4.4.4.2. Was weiter den Umgang von Rechtsanwältin E._____ mit einem von D._____ im Mai 2018 zuhanden der KESB Nordbünden erstellten Gutachten betrifft, so moniert die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde einzig die vorinstanzliche Erwägung, dass sich die Berufsethikkommission nur "kritisch" zur Arbeit von D._____ geäussert habe; Tatsache sei, dass die besagte Kommission geprüft habe, ob das Gutachten bezüglich des Vorgehens und der Formulierung lege artis und nach der Berufsordnung der FSP verfasst worden sei, und es in dieser Hinsicht inhaltlich und materiell als "unsorgfältig" abqualifiziert habe (act. A.1, Rz. 10c). In der Folge legt die Beschwerdeführerin über mehrere Seiten dar, in welchen Punkten das Gutachten D._____ mangelhaft gewesen sein soll, inwiefern deswegen eine nochmalige Begutachtung durch eine unabhängige Fachperson nötig gewesen und nun auch nach Vorliegen des neuen Gutachtens von F._____ noch nachzuholen

E. 13

/ 16 sei sowie welche Handlungen und Unterlassungen Rechtsanwältin E._____ in Zusammenhang mit dem Gutachten D._____ konkret anzulasten seien. Dabei verkennt sie, dass neue tatsächliche Vorbringen im Beschwerdeverfahren nicht mehr zulässig sind (Art. 326 ZPO) und die angefochtene Verfügung folglich einzig auf der Grundlage des der Vorinstanz vorliegenden Prozessstoffes zu prüfen gewesen wäre. In ihrer Eingabe vom 15. April 2021 belies es die Beschwerdeführerin aber auch in Bezug auf das Gutachten D._____ beim pauschalen Vorwurf, Rechtsanwältin E._____ habe zu Unrecht auf notwendige Ergänzungs- und Erläuterungsfragen sowie auf das Einholen eines Ober- oder Ergänzungsgutachtens verzichtet (vgl. RG act. I/3, Rz. 3d). Inwiefern diese angeblichen Versäumnisse das Kindeswohl hätten gefährden können (vgl. dazu vorstehend E. 4.4.3), thematisierte sie mit keinem Wort, dies obwohl der festgestellte Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht gemäss den Schlussfolgerungen der Berufsethikkommission das Ergebnis und die Empfehlungen des Gutachters nicht massgeblich beeinflusst hat (RG act. II/2, S. 7 unten). Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen nur von einer kritischen Beurteilung seitens der Berufsethikkommission sprach, stellt jedenfalls noch keine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung dar. Ungerügt blieb im Übrigen die weitere, für die Vorinstanz ausschlaggebende Erwägung, dass auf den Entscheid der Ethikkommission ohnehin nicht abgestellt werden könne, solange nicht klar sei, ob er in Rechtskraft erwachsen sei. Wenn die Beschwerdeführerin die Beurteilung durch die Rekurskommission

als ungeeignet bezeichnet, um die Ergebnisse des Gutachtens D._____ und die Arbeit von Rechtsanwältin E._____ beurteilen zu können (act. A.1, Rz. 3c viertes Lemma), räumt sie implizit vielmehr selber ein, dass der Entscheid der Ethikkommission Gegenstand eines Rekursverfahrens bildete und möglicherweise keinen Bestand hatte. Hat es die Beschwerdeführerin aber unterlassen, die Rechtskraft des Entscheides der Ethikkommission zu belegen, wäre die vorinstanzliche Beurteilung auch in diesem Punkt zu bestätigen gewesen. 4.4.5. Soweit die Beschwerdeführerin unter dem Titel "Falsche bzw. unrichtige Sachverhaltsfeststellung" schliesslich die Erwägungen der Vorinstanz betreffend die angeblichen Verfehlungen von Rechtsanwältin E._____ im vorangegangenen Unterhaltsprozess rügt (act. A.1, Rz. 10b), erweisen sich auch diese Einwände nicht als stichhaltig. Mit Blick auf das dem Sachgericht beim Entscheid über Fragen des Unterhalts zukommende Ermessen (vgl. dazu BGer 5A_816/2019 v. 25.6.2021 E. 3.2 m.w.H.) lässt sich nämlich nicht beanstanden, wenn die Vorinstanz davon abgesehen hat, die einzelnen von der Beschwerdeführerin monierten Fehler (RG act. I/3, Rz. 3e) näher zu prüfen, sondern sich mit der Feststellung begnügt hat, dass im Falle einer Anfechtung nicht zwingend ein besseres Ergebnis hätte erzielt werden können. Selbst wenn es zutreffen würde, dass das damalige Urteil des Re-

E. 14

/ 16 gionalgerichts Plessur (RG act. II/1/3) im einen oder anderen Punkt, namentlich etwa was die Überschussverteilung anbelangt, den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen widersprechen sollte (was die Vorinstanz denn auch nicht ausgeschlossen hat), ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass der Verzicht der Kindesvertreterin auf eine Anfechtung des Urteils das Kindeswohl beeinträchtigt hätte, zumal die als Nebenintervenientin am Verfahren beteiligte Beschwerdeführerin den Unterhaltsbeiträgen für eine erste Phase zugestimmt hatte und die ab August 2018 zugesprochenen Beiträge jeweils nicht bloss den um einen Betrag für Freizeit/Hobbies erweiterten Grundbedarf abdeckten, sondern auch einen den Bedürfnissen des Kindes angemessenen und mit dem Alter ansteigenden Überschussanteil beinhalteten. Im Ergebnis wäre daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzustellen gewesen, dass auch in dieser Hinsicht keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass Rechtsanwältin E._____ ihre Aufgabe als Kindesvertreterin nicht gehörig erfüllt hätte. Im Übrigen scheint die Beschwerdeführerin zu verkennen, dass eine Abänderungsklage nicht die Korrektur eines fehlerhaften rechtskräftigen Urteils bezweckt, sondern nur die Anpassung eines rechtskräftigen Urteils – ob fehlerhaft oder nicht – an veränderte Verhältnisse (vgl. BGer 5A_35/2018 v. 31.5.2018 E. 3.1 m.w.H.). Auch unter diesem Aspekt ist daher nicht ersichtlich, inwiefern Rechtsanwältin E._____ im aktuellen Verfahren mit eigenen Fehlern konfrontiert sein sollte und sich daraus eine ihrer (erneuten) Einsetzung entgegenstehende Befangenheit ergeben könnte. 4.4.6. Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht hätte gutgeheissen werden können. Aufgrund des mutmasslichen Prozessausgangs und weil das Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeführerin veranlasst und damit letztlich verursacht wurde, hat sie gemäss den Erwägungen unter E. 4.1 die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen. 4.5. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass vorliegend die Gegenstandslosigkeit durch die Vorinstanz herbeigeführt wurde, indem diese ihre Verfügung aufgehoben hat, womit das Anfechtungsobjekt bzw. der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens entfiel. Sodann könnte grundsätzlich argumentiert werden, dass die Vorinstanz durch die erst einige Tage nach Entscheidfassung erfolgte Mitteilung ihrer Aufhebungsverfügung unnötige Kosten

generiert hat, da sich bei sofortiger Mitteilung die Einreichung einer Beschwerde erübrigt hätte. Jedoch reichte die Beschwerdeführerin ihr Rechtsmittel trotz von ihr sinngemäss behaupteter Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung ein (vgl. act. A.1, Rz. 2) und erklärte sie selbst nach Kenntnis des Abschreibungsgrundes bzw. der eingetretenen Gegenstandslosigkeit, an ihrer Beschwerde festzuhalten (act. A.2, S. 2). Daraus kann geschlossen

E. 15

/ 16 werden, dass die Beschwerdeführerin auch bei früher erfolgter Mitteilung der Aufhebungsverfügung ein Rechtsmittel gegen die Verfügung betreffend Kindesvertretung eingereicht hätte, womit es dennoch zu einem Verfahren mit entsprechenden Verfahrenskosten gekommen wäre. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Ausführungen ist somit an der Kostentragung durch die Beschwerdeführerin festzuhalten. 4.6. In Verfahren der zivilrechtlichen Beschwerde beträgt die Entscheidgebühr CHF 500.00 bis CHF 8'000.00 (Art. 10 Abs. 1 VGZ [BR 320.210]). Wird ein Verfahren gegenstandslos, wird eine reduzierte Entscheidgebühr erhoben (Art. 12 VGZ). In Anbetracht des angefallenen Aufwandes wird die Entscheidgebühr auf CHF 1'000.00 festgesetzt. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Da sich C._____ am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt hat und auch keine Parteientschädigung geltend macht, ist keine solche zu sprechen.

E. 16

/ 16

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