

# GR\_GERICHTE ZK1 2023 167 vom 29. Mai 2024

GR Gerichte, 2024-05-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2023\\_167](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2023_167)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2023 167 du 29 mai 2024

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2023 167 del 29 maggio 2024

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 1

Die Beschwerde richtet sich gegen die prozessleitende Verfügung vom 24. November 2023, mit welcher Rechtsanwältin F.\_\_\_\_\_ als Kindesvertreterin eingesetzt wurde. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2023 wurde die zehntägige Beschwerdefrist gewahrt (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Zuständigkeit der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts als Rechtsmittelinstanz ergibt sich aus Art. 7 EGzZPO (BR 320.100) und Art. 6 Abs. 1 lit. a KGV (BR 173.100).

2.1. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Einsetzung von Rechtsanwältin F.\_\_\_\_\_, nicht jedoch die Anordnung einer Kindesvertretung an sich. Ob den Eltern bezüglich der einzusetzenden Vertretungsperson überhaupt ein Gehörsanspruch (und damit einhergehend ein Beschwerderecht) zukommt, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten (vgl. Margot Michel/Daniel Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 15 zu Art. 299 ZPO m.w.H.). Auch ist fraglich, ob die Beschwerdeführerin legitimiert ist, unter Berufung auf Interessen ihres Sohnes in eigenem Namen zu verlangen, es sei eine andere Person als Kindesvertreterin einzusetzen (vgl. BGer 5A\_278/2016 v. 6.6.2016 E. 1). Als prozessleitende Verfügung ist die Einsetzung der Kindesvertretung durch die Eltern jedenfalls nur unter der Voraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, d.h. bei Drohen eines nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils, mit Beschwerde anfechtbar. Dasselbe gilt auch, wenn sich ein Elternteil ausschliesslich gegen die mit der Kindesvertretung betraute Person wendet (KGer GR ZK1 21 99 v. 29.12.2022 E. 4.3 m.w.H.).

2.2. Ist eine prozessleitende Verfügung nur unter der Voraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO anfechtbar, muss in der Beschwerdeschrift substantiiert dargelegt werden, inwiefern der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Dies bedingt einerseits die konkrete Umschreibung des mit der Verfügung verbundenen erheblichen Nachteils und andererseits Ausführungen zur Frage, warum sich dieser Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lassen soll. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, darüber von Amtes wegen Nachforschungen anzustellen (KGer GR ZK1 22 64 v. 19.5.2022 E. 2.3 m.w.H.). Dass ein Verfahren der unbeschränkten Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO) untersteht, ändert nichts daran, dass auf ein Rechtsmittel nur einzutreten ist, wenn es dem gesetzlich statuierten Begründungserfordernis (Art. 321 Abs. 1 ZPO) genügt (vgl. BGer 5A\_512/2020 v. 7.12.2020 E. 3.3.2).

2.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Missachtung des Kindeswillens bei der Wahl der Person der Kindesvertreterin widerspreche Sinn und Zweck des

### E. 5

/ 8 Mandats. Die Voraussetzungen für die Vertrauensbildung seien so von vornherein nicht gegeben. Es drohe ganz offenkundig ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, wenn die grundlegenden Voraussetzungen der Mandatsführung nicht vorliegen. Sie führt jedoch nicht aus, inwiefern der geltend gemachte Nachteil nicht leicht wiedergutzumachend sein soll. Soweit die Beschwerdeführerin impliziert, die Kindesvertretung sei aufgrund des fehlenden Vertrauensverhältnisses zum Scheitern verurteilt, begründet dies keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Zunächst ist es nicht ungewöhnlich, dass bei Mandatsbeginn noch kein Vertrauensverhältnis besteht. So gehört es gerade zu den Aufgaben der Kindesvertretung, den Kontakt zum Kind zu pflegen und Vertrauen aufzubauen (Michel/Steck, a.a.O., N 20 zu Art. 299 ZPO). Eine anfängliche Ablehnung kann möglicherweise überwunden und ein Vertrauensverhältnis aufgebaut, der geltend gemachte Nachteil mithin faktisch wiedergutmacht werden. Sollte der Widerstand des Kindes gegen die Person der Kindesvertreterin jedoch dazu führen, dass die Kindesinteressen im Verfahren nicht wirksam vertreten werden, kann dies mit der Anfechtung des Endentscheids gerügt werden. Wird der Endentscheid aufgehoben und eine andere Kindesvertretung eingesetzt, so sind diejenigen Teile des Prozesses, welche Kinderbelange im Kompetenzbereich der Kindesvertretung betreffen, zu wiederholen. Ist aber eine Wiederholung möglich, so erleiden die Eltern jedenfalls keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil während des Verfahrens. Die blosser Verlängerung des Verfahrens oder die Erhöhung der Prozesskosten stellen keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar, was vorliegend ohnehin nicht geltend gemacht wurde (KGer GR ZK 1 22 64 v. 19.5.2022 E. 2.5; OGer BE ZK 18 375 v. 21.8.2018 E. 10.3.3). Darüber hinaus könnte die Kindesvertreterin, soweit mit ihrer Amtsführung das Kindeswohl gefährdet wird, notfalls auch vor Erlass eines Endentscheids abberufen werden (BGer 5A\_894/2015 v. 16.03.2016 E. 4.1 in fine; Jonas Schweighauser, in: Fankhauser Roland [Hrsg.], Scheidung, Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern 2022, N 55 ff. zu Art. 300 ZPO). Auf die Beschwerde wird demnach mangels nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht eingetreten. 3. Selbst wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil vorläge, wäre der Beschwerde aus nachfolgenden Gründen kein Erfolg beschieden. 3.1. Die Beschwerdeführerin beantragt, B.\_\_\_\_\_ sei zur Frage, welche Kindesvertretung er sich wünscht, im Sinne von Art. 298 ZPO anzuhören. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel grundsätzlich jedoch ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, die wie das vorliegende der Untersuchungsmaxime unterste-

## **E. 6**

/ 8 hen (BGer 5A\_405/2011 v. 27.9.2011 E. 4.5.3). Der Antrag auf Anhörung von B.\_\_\_\_\_ wäre demnach abzuweisen. 3.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da B.\_\_\_\_\_ nicht im Sinne von Art. 298 ZPO angehört wurde. Dem urteilsfähigen Kind ist zwar das rechtliche Gehör zu gewähren, bevor eine Kindesvertretung angeordnet wird (Christian Stalder/Beatrice van de Graaf, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 13 zu Art. 299 ZPO). Es besteht jedoch kein Anspruch darauf, dass das Kind zu jeder prozessleitenden Verfügung im Sinne von Art. 298 ZPO angehört wird (Schweighauser, a.a.O., N 26a zu Art. 298 ZPO; vgl. BGer 5A\_579/2016 v. 6.2.2017 E. 3.1.2). Eine solche Kindesanhörung hat in der Regel nur einmal im Verfahren, einschliesslich Instanzenzug, zu erfolgen (Stalder/van de Graaf, a.a.O., N 10a zu Art. 298 ZPO). Das rechtliche Gehör des Kindes kann entsprechend auch durch Einräumung einer Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme

ge- wahrt werden (Schweighauser, a.a.O., N 48 zu Art. 299 ZPO). Indem die Vor- instanz Rechtsanwältin F.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 24. Oktober 2023 als Kindes- vertreterin vorschlug und den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme gab, wurde diesen Anforderungen entsprochen. Diese Rüge verfängt nicht. 3.3. Weiter rügt die Beschwerdeführerin zusammengefasst, entgegen den vor- instanzlichen Erwägungen sei es B.\_\_\_\_\_, und nicht die Beschwerdeführerin, der Rechtsanwältin F.\_\_\_\_\_ als Kindesvertreterin ablehne. Das Äussere von Rechts- anwältin F.\_\_\_\_\_ erinnere ihn an Rechtsanwältin D.\_\_\_\_\_ und löse eine Kette ne- gativer Gefühle aus. Die Vorinstanz habe diesen Kindeswillen missachtet, obwohl mit Rechtsanwältin G.\_\_\_\_\_ eine fachlich mindestens ebenbürtige Vertreterin, welche den Wünschen des Kindes entspreche, vorgeschlagen worden sei. 3.3.1. Mit ihrer Beschwerde reichte die Beschwerdeführerin zum Beweis dieser Darstellung ein Schreiben von B.\_\_\_\_\_ sowie die auf der Website der Kinderan- waltschaft Schweiz einsehbaren Profilfotos der drei soeben erwähnten Rechtsan- wältinnen ein (act. B.1 f.). Aufgrund des im Beschwerdeverfahren geltenden No- venverbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO) sind diese neuen Beweismittel unbeachtlich. Zudem macht die Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechts- pflege vom 13. Dezember 2023 (ZK1 23 169, act. A.1) weitere Ablehnungsgründe gegen Rechtsanwältin F.\_\_\_\_\_ geltend. Diese Ausführungen sind nicht nur aus novenrechtlicher Sicht verspätet, sondern erfolgten auch nach Ablauf der zehntä- gigen Beschwerdefrist (Art. 321 Abs. 2 ZPO), so dass sie ebenfalls unbeachtlich sind.

## E. 7

/ 8 3.3.2. Sofern die fachlichen Qualifikationen erfüllt sind, ist der Wunsch insbeson- dere des urteilsfähigen Kindes betreffend die Person der Kindesvertretung wo möglich zu berücksichtigen (Michel/Steck, a.a.O., N 14 zu Art. 299 ZPO; Peter Diggelmann/Martina Isler, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zi- vilprozess, in: SJZ 111/2015, S. 144). Dennoch besteht kein Wahlrecht und in be- gründeten Fällen kann vom Wunsch des Kindes abgewichen werden (Stalder/Van de Graaf, a.a.O., N 13 zu Art. 299 ZPO). Hier beruht die Präferenz des Kindes einzig auf dem äusseren Erscheinungsbild der jeweiligen Vertreterinnen, von wel- chem sich das Kind aufgrund von Fotografien ein Bild gemacht hat. Selbst wenn vorliegend das Kind (dessen Urteilsfähigkeit vorliegend offen gelassen werden kann) und nicht die Kindsmutter die eingesetzte Vertreterin ablehnt, ist eine einzig auf dieser Grundlage basierende Abwehrhaltung nicht hinreichend, um die Einset- zung einer fachlich qualifizierten Vertreterin zu verhindern. Dieses Argument über- zeugt demnach nicht. 3.4. Die Beschwerdeführerin merkt schliesslich an, das Festhalten des Vorder- richters an Frau F.\_\_\_\_\_ – ohne dass objektive Gründe ersichtlich wären – erwe- cke den Anschein der Befangenheit. Sie stellt jedoch kein eigentliches Ausstands- gesuch. Darauf wäre mangels Zuständigkeit des Kantonsgerichts ohnehin nicht einzutreten (vgl. Art. 13 EGzZPO). 4. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird gestützt auf Art. 15 Abs. 2 EGzZPO in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 VGZ (BR 320.210) auf CHF 1'500.00 festgesetzt. Die Gerichtskosten werden der unterliegenden Be- schwerdeführerin auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und gehen zufolge der mit Ver- fügung heutigen Datums (ZK1 23 169) gewährten unentgeltlichen Rechtspflege unter Vorbehalt der Rückforderung gemäss Art. 123 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzu- sprechen, da C.\_\_\_\_\_ sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt hat. Die Bewil- ligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Beschwerdeführerin erstreckt sich sodann nicht auf die Bestellung eines Rechtsbeistandes, weshalb auch die Fest- setzung einer Entschädigung für die Rechtsvertretung (Art. 122 Abs.

1 lit. a ZPO) entfällt.

**E. 8**

/ 8

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