

ZH_KASSATIONSGERICHT AA060042 vom 6. November 2006

Zh Kassationsgericht, 2006-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA060042

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA060042 du 6 novembre 2006

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA060042 del 6 novembre 2006

Erwägungen

E. 1

X., Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdeführer

E. 2

Gegen diesen den Parteien am 3. März 2006 zugestellten (OG act. 6/1-2), als Rekursentscheid im Sinne von § 281 ZPO ohne weiteres beschwerdefähigen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung,

E. 2.11

2005, Erw. 3). Im Übrigen wäre die Beschwerde in diesem Punkt auch materiell unbegründet, hat Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention gemäss seinem unmissverständlichem Wortlaut doch nur Geltung für urteilsfähige Kinder (Pra 2002 Nr. 122, Erw. 3/b), womit ihm in casu von vornherein keine Relevanz zukommt. Ausserdem ergibt sich aus der genannten Vorschrift kein direkter Anspruch des Kindes auf Bestellung einer Vertretung (Mutter-Freuler, a.a.O., S. 21 m.w.Hinw.), womit sich daraus auch keine diesbezüglichen Rechtsmittelvorschriften ableiten lassen. e) Schliesslich bleibt zu beurteilen, ob ein bezirksgerichtlicher (Zwischen-) Entscheid, mit dem die Anordnung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 146 ZGB abgelehnt wird, nach kantonal-zürcherischem (Prozess-)Recht selbständig mit Rekurs anfechtbar sei. aa) In diesem Zusammenhang ist vorweg auf die Rechtsnatur eines derartigen Entscheids hinzuweisen. Da er das Verfahren vor der betreffenden Instanz (hier: dem erstinstanzlichen Scheidungsrichter) weder hinsichtlich der Scheidung noch bezüglich der Kinderbelange beendet (und auch keine Teil- oder Vorfrage des Rechtsstreits endgültig regelt), sondern bloss den Gang des Verfahrens betrifft und dieses vorantreibt, handelt es sich – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (KG act. 2 S. 3, Erw. 6) – nicht um einen Erledigungs- oder Endentscheid im Sinne von § 188 ZPO (oder einen Vor- oder Teilentscheid im Sinne von § 189 ZPO), sondern um einen prozessleitenden Entscheid (ebenso Suter/Freiburghaus, a.a.O., N 17 f. [und 21, 22] zu Art. 146/147 ZGB; Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; ders., a.a.O. [Rechtsmittel], S. 68 [und 88/89, 90]; Schweighauser, a.a.O., N 23 zu Art. 146 ZGB; Breitschmid, a.a.O., N 5 zu Art. 146/147 ZGB; ders., Kind und Scheidung der Elternehe, in: Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich [Hrsg.], Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 131; Mutter-Freuler, a.a.O., S. 47; Kellerhals/Spycher, a.a.O., S. 62; s.a. Levante, a.a.O., S. 76; vgl. zur Unterscheidung dieser Entscheidarten auch Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 7 Rz 93 ff.). Insofern unterscheidet er sich in qualitativer Hinsicht nicht von einem im Verlaufe des Verfahrens ergehenden Entscheid betreffend

- 22 - unentgeltliche Rechtsvertretung nach § 87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV oder einem solchen nach § 29 Abs. 2 Satz 3 ZPO, an deren prozessleitender Natur keine Zweifel

bestehen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er in casu begründet wurde (und auch sonst regelmässig mit einer Begründung versehen wird). So bedürfen nach § 159 GVG prozessleitende Entscheide in Zivilsachen zwar nur dann einer Begründung, wenn sie dem Rekurs unterliegen. Es steht dem Gericht jedoch zweifelsohne frei, auch andere, nicht rekursfähige Zwischenentscheide zu begründen. Solches drängt sich bei prozessleitenden Entscheiden, die (wie der vorliegend in Frage stehende) selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden können (vgl. §§ 282/283a Abs. 2 ZPO und hinten, lit. bb), im Hinblick auf deren Überprüfbarkeit durch die Kassationsinstanz sogar auf (s.a. Steck, a.a.O. [Rechtsmittel], S. 66 f.). Auch wird mit dem Entscheid, keine Kindesvertretung anzuordnen, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer (KG act. 1 S. 3, Ziff. 2) nicht in endgültiger Weise über einen materiellrechtlichen Anspruch des Bundes(privat)rechts entschieden: Zum einen gewährt Art. 146 ZGB den Eltern und dem urteilsunfähigen Kind ohnehin keinen Anspruch auf Bestellung eines Kindesvertreters; ein unbedingtes Recht auf Anordnung einer Prozessbeistandschaft hat vielmehr lediglich das urteilsfähige Kind (Art. 146 Abs. 3 ZGB; s.a. vorne, Erw. II/5/c/bb und dd). Zum anderen wäre ein dahingehender Anspruch – würde er bestehen – nicht materiellrechtlicher Art, da er sich nicht – was Wesensmerkmal zivilrechtlicher Ansprüche ist – gegen ein anderes Privatrechtssubjekt, sondern gegen den (im Scheidungsverfahren) obrigkeitlich handelnden Staat richtet. Vielmehr wäre er – wie beispielsweise auch der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 29 Abs. 3 BV bzw. §§ 84/87 ZPO – rein prozessualer Natur. Das zeigt sich auch darin, dass eine einmal getroffene Verweigerung der Anordnung einer Kindesvertretung – anders als Entscheide über materiellrechtliche Ansprüche – nicht in (materielle) Rechtskraft erwächst; gegenteils kann das Gericht, solange das Verfahren bei ihm hängig ist, jederzeit darauf zurückkommen, die Frage der Kindesvertretung neu prüfen und – insbesondere bei veränderten Verhältnissen (oder einem erstmaligen Antrag eines urteilsfähigen Kindes) – gegebenenfalls anders entscheiden. Der Sache nach stellen die Art. 146 f. ZGB rein

- 23 - (zivil)prozessuale bzw. verfahrensrechtliche Bestimmungen dar (vgl. Schweighauser, a.a.O., N 25 zu Art. 146 ZGB; Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1590), welche der Bundesgesetzgeber zur einheitlichen Durchsetzung des neuen Scheidungsrechts erlassen hat. Im Einklang mit ihrer Rechtsnatur als (reine) Verfahrensvorschriften finden sich entsprechende Bestimmungen auch im bundesrätlichen Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006 (Art. 294 f. E/ZPO), welche das zivilprozessuale Verfahren in Zukunft vereinheitlichen soll (vgl. BBl 2006, S. 7483). In Anbetracht ihrer Rechtsnatur als (rein) prozessleitender Entscheid (ohne materiellrechtliches, endgültig beurteiltes Element) fällt eine rekursweise Anfechtung der erstinstanzlichen Verfügung gestützt auf § 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO (direkt oder analog) selbstredend ausser Betracht (vgl. KG act. 1 S. 5, Ziff. 6). bb) Die Rekursfähigkeit prozessleitender Entscheide der Bezirksgerichte bzw. ihrer Einzelrichter im ordentlichen Verfahren ist in § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO geregelt, wobei die dortige Aufzählung abschliessend ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 22 zu § 271 ZPO; P. Meyer, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, Zürich 1985, S. 38). Danach ist der Rekurs nur zulässig gegen Entscheide, mit denen eine Unzuständigkeitseinrede verworfen, die unentgeltliche Prozessführung verweigert, ein Verfahren eingestellt oder eine Anordnung nach § 199 Abs. 2 ZPO getroffen wird oder welche Prozess- und Arrestkautionen oder vorsorgliche Massnahmen betreffen. Da ein (formeller) Zwischenentscheid, mit dem die Anordnung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 146 ZGB abgelehnt wurde, unbestritte-

nermassen unter keinen dieser Fälle subsumierbar ist, ist ein solcher (allein schon aufgrund des Wortlauts von § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO) nicht mit Rekurs anfechtbar. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, mit der Einführung des neuen Scheidungsrechts sei der in § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO enthaltene Katalog rekursfähiger Zwischenentscheide lückenhaft geworden und deshalb auf dem Wege der Lückenfüllung um den Fall der Verweigerung der Anordnung einer Prozessbeistandschaft für das Kind zu erweitern. Diesbezüglich liegt nämlich keine Gesetzeslücke, sondern qualifiziertes Schweigen vor, beruht der Umstand, dass in § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO Entscheide betreffend Kindesvertretung nicht genannt

- 24 - werden, doch nicht etwa auf einem Versehen, sondern – wie die Materialien zum Gesetz betreffend Anpassung des Prozessrechts im Personen- und Familienrecht vom 27.3.2000 (OS 56, S. 187 ff.) zeigen – auf einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung. So hielt § 8 Abs. 1 der (regierungsrätlichen) Verordnung betreffend Anpassung des Prozessrechts im Personen- und Familienrecht vom 1.12.1999, die bis zur Inkraftsetzung des Anpassungsgesetzes am 1. Januar 2001 Geltung hatte, ausdrücklich fest, dass prozessleitende Entscheide, welche die Kindesvertretung betreffen, mit Rekurs angefochten werden können (wobei Abs. 2 dieser Vorschrift die Legitimation des urteilsfähigen Kindes und der Vormundschaftsbehörde regelte; vgl. Frank, a.a.O., N 287 vor §§ 195a ff. ZPO). Eine gleiche Regelung sah auch (der am Ende um den Zusatz "oder die Kindervertretung [Art. 146 ZGB]" erweiterte) § 271 Abs. 1 Ziff. 4 und der neue § 274b Abs. 2 des Entwurfs der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich (s.a. dazugehörige Erläuterungen, S. 13 f.) sowie des Antrags des Regierungsrates vom 22.9.1999 zu einem Gesetz betreffend Anpassung des Prozessrechts im Personen- und Familienrecht vor (vgl. Amtsblatt des Kantons Zürich 1999, S. 1223 f. und 1277 f.; s.a. Frank, a.a.O., N 1 zu § 271 ZPO; Breitschmid, a.a.O. [Kind und Scheidung], S. 131, Anm. 91). (Aus diesen Regelungen erhellt im Übrigen, dass auch der Regierungsrat und die genannte Direktion den Entscheid gemäss Art. 146 ZGB als prozessleitenden Entscheid betrachten.) Die vorberatende Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit folgte diesem Vorschlag in ihrem Antrag an den Kantonsrat vom 18.1.2000 jedoch nicht, sondern strich die vorgeschlagene Rekursmöglichkeit. Statt dessen schlug sie einen neuen § 283a Abs. 2 ZPO vor, wonach die Verweigerung der Bestellung eines Prozessbeistands nach Art. 146 ZGB vom urteilsfähigen Kind oder der Vormundschaftsbehörde mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann (vgl. Protokoll der 13. Sitzung der kantonsrätlichen Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit vom 6.12.1999, S. 139 f.; Amtsblatt des Kantons Zürich 2000, S. 122 f. und 125). Diese Lösung wurde vom Kantonsrat dann ohne weitere Debatte übernommen und (nach unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist) zum Gesetz erhoben (vgl. Protokolle der 36. und 48.

- 25 - Sitzung des Zürcher Kantonsrats vom 31.1.2000 bzw. 27.3.2000, S. 2889 ff., 3741 ff., insbes. 3760/3762; s.a. Frank, a.a.O., N 1 und 4 zu § 271 ZPO). Somit ist der Ausschluss des Rekurses gegen einen prozessleitenden Entscheid, mit dem die Anordnung einer Kindesvertretung abgelehnt wird, gewollt, § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO insoweit nicht lückenhaft und ein solcher Entscheid mangels Aufnahme in die abschliessende Aufzählung von § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO demnach nicht selbständig rekursfähig (insofern unzutreffend Mutter-Freuler, a.a.O., S. 47). Für dessen selbständige Anfechtung steht – wie auch die Beschwerdegegnerin zutreffend bemerkt (KG act. 10 S. 5 [Ziff. 4 a.E.] und 6 [Ziff. 7]) – einzig die Nichtigkeitsbeschwerde nach §§ 282/283a Abs. 2 ZPO offen (Steck, a.a.O. [Rechtsmittel], S. 68 [und 89]; Spühler, a.a.O. [Supplement], S. 63). Dabei kann die

(im einstweilen sistierten Kassationsverfahren vor Obergericht zu prüfende) Frage offenbleiben, ob sich die selbständige Beschwerdefähigkeit eines Verweigerungs-Entscheids im Falle der Abweisung des Antrags eines Elternteils nach § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO richte oder gestützt auf eine Analogie zu § 283a Abs. 2 ZPO zu begründen sei. Hiezu sei immerhin angemerkt, dass diesfalls die Bejahung einer selbständigen Anfechtbarkeit als solche in Anbetracht von § 283a Abs. 2 ZPO naheliegt, nachdem die Eltern bei eigener Antragstellung immerhin ein Recht auf Prüfung und Anordnung einer Kindesbeistandschaft nach pflichtgemäsem Ermessen (und somit immerhin eine Art "bedingten" Anspruch auf Bestellung eines Kindesvertreters) haben (vgl. vorstehende Erw. II/5/c/dd) und sich die Rechtslage daher nicht grundsätzlich, sondern nur graduell von derjenigen bei Antragstellung durch ein urteilsfähiges Kind unterscheidet. (Überdies ist die Verweigerung einer Kindesvertretung auch im Rahmen des gegen den Endentscheid erhobenen Rechtsmittels überprüfbar; vgl. Steck, a.a.O. [Rechtsmittel], S. 68; ders., a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; Schweighauser, a.a.O., N 25 zu Art. 146 ZGB; Levante, a.a.O., S. 78; ferner auch § 282 Abs. 2 ZPO. Unterläge dagegen bereits der Zwischenentscheid [selbständig] dem Rekurs, wäre eine derartige Überprüfung ausgeschlossen [§ 269 Abs. 2 ZPO bzw. § 279 Satz 2 ZPO].) Dementsprechend ist es auch nicht zu beanstanden, dass die erstinstanzliche Verfügung vom 10. Februar 2006 keine Rechtsmittelbelehrung enthält (vgl. KG act. 1 S. 3, Ziff. 1), ist eine solche gemäss § 188 GVG doch nur bei rekursfähigen

- 26 - higen Entscheiden oder der Nichtigkeitsbeschwerde unterliegenden Endentscheidungen obligatorisch (insoweit ebenfalls zutreffend KG act. 10 S. 3, Ziff. II/1). cc) Steht gegen die erstinstanzliche Verfügung vom 10. Februar 2006 aber (auch) nach den einschlägigen kantonalen Prozessvorschriften der Rekurs nicht offen, hat die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem sie auf den bei ihr erhobenen Rekurs mangels Rekursfähigkeit der angefochtenen Verfügung nicht eingetreten ist. Auch mit Bezug auf die Rüge der Verletzung von § 271 ZPO ist die Beschwerde somit unbegründet.

E. 3

Soweit mit dem beschwerdeführerischen Antrag, (auch) Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Beschlusses aufzuheben (KG act. 1 S. 2, Antrag 1 [und S. 5, Ziff. 9]), sinngemäss auch Mängel bezüglich der vorinstanzlichen Kostenfestsetzung geltend gemacht werden sollten, könnte darauf – unabhängig davon, dass die Beschwerde diesbezüglich auch nicht näher begründet wird (vgl. zu den formellen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde § 288 ZPO und von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO) – von vornherein nicht eingetreten werden. Im Unterschied zu Anordnungen, welche die Kostenaufgabe und -verteilung sowie die zu leistenden Prozessentschädigungen zum Gegenstand haben, handelt es sich bei der Festsetzung der Gerichtskosten nach § 201 GVG, zu denen insbesondere die Gerichts-, Zustell- und Schreibgebühren gehören (vgl. § 201 Ziff. 1, 3 und 4 GVG), nach ständiger Praxis nämlich nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung. Daher sind – wie aus § 284 Ziff. 2 ZPO abgeleitet wird – diesbezügliche Mängel nicht mittels kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde bei der Kassationsinstanz, sondern gegebenenfalls mittels Kostenbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen (§ 206 GVG i.V.m. § 108 Abs. 1 GVG; ZR 102 Nr. 3, Erw. II/4; 90 Nr. 34, Erw. II/2; 69 Nr. 19; 56 Nr. 50; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 f. zu § 64 ZPO, N 3 zu § 284 ZPO; von Rechenberg,

a.a.O., S. 28; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1, 4, 6 und 29 zu § 206 GVG; s.a. Spühler/Vock, a.a.O., S. 57/58). Daran ändert auch die Vorschrift von § 206 Satz 2 GVG nichts, wonach im Falle, in welchem gegen einen Entscheid Berufung oder Rekurs erhoben wird, die (Kosten-)Beschwerde mit diesem Rechtsmittel zu verbinden ist. Denn diese Bestimmung sieht die gleichzeitige Anfechtung der Gebühren- und Kostenansätze im Rahmen einer Nichtig-

- 7 - keitsbeschwerde nicht vor. Dementsprechend hält die Praxis eine solche – insbesondere bei an das Kassationsgericht zu richtenden Kassationsbeschwerden – für unzulässig (ZR 88 Nr. 29; Kass.-Nr. AA050120 vom 28.11.2005 i.S. S.c.F., Erw. 4.1; AA060061 vom 30.6.2006 i.S. T.c.T., Erw. 5/e; Hauser/Schweri, a.a.O., N 4 zu § 206 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 64 ZPO). In diesem Punkt müsste die Beschwerde demnach mangels Beschwerdefähigkeit der angefochtenen Anordnung von der Hand gewiesen werden. (Immerhin fiele gemäss § 9 Abs. 3 GGebV im Falle einer Gutheissung der Beschwerde in der Sache selbst mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids auch die angesetzte Gerichtsgebühr dahin.)

E. 4

Wie bereits erwähnt, wird die vorliegende Beschwerde (vom Beschwerdeführer 1 "als gesetzlicher Vertreter des Kindes" bzw. durch dessen Rechtsvertreterin) auch im Namen der Beschwerdeführerin 2 erhoben (s. KG act. 1 S. 1). In diesem Zusammenhang stellt sich die – eine Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung betreffende und daher an sich von Amtes wegen zu prüfende (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO [und N 15 f. zu § 108 ZPO]; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 13 Rz 49 und 55 f.) – Frage, ob die aufgrund ihres kindlichen Alters (unbestrittenermassen) nicht urteilsfähige Beschwerdeführerin 2, wie in der Beschwerde geltend gemacht wird (KG act. 1 S. 3, Ziff. 3), überhaupt legitimiert sei, den vorinstanzlichen Entscheid in ihrem eigenen Namen anzufechten (verneinend wohl Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 21 [ff.] zu Art. 146/147 ZGB; Schweighauser, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 24 zu Art. 146 ZGB; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Supplement, Zürich 2000, S. 63; Steck, Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern, AJP 1999, S. 1566; Reusser, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, in: Hausheer [Hrsg.], Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 202, Rz 4.94; Mutter-Freuler, Die Vertretung des Kindes im Zivilverfahren, Zürich 2005, S. 47 [welche allesamt nur dem urteilsfähigen Kind die Legitimation zur Ergreifung von Rechtsmitteln zusprechen]; ebenso wohl Schreiner/Schweighauser, Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 2002, S. 526; Schwander, in: Kren Kostkiewicz/Schwander/Wolf - 8 - [Hrsg.], ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, N 3 zu Art. 146 ZGB; Levante, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – die Vertretung des Kindes im Besonderen, Bern 2000, S. 76 [unter dem Aspekt der Vertretung durch die Eltern] und 78; unklar Rumojungo, Die Anhörung des Kindes, AJP 1999, S. 1590 und 1591). Immerhin liesse sich in diesem Zusammenhang argumentieren, dass schon der Rekurs ausdrücklich auch in ihrem Namen erhoben worden war (vgl. OG act. 2 S. 1 und 3, Ziff. 2 f.) und mit dem vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid demnach auch die von ihr, d.h. in ihrem Namen gestellten Rechtsmittelanträge (betreffend eines ihrer hauptteterweise zustehenden gesetzlichen Anspruchs) verworfen wurden; damit ist (auch) die Beschwerdeführerin 2 durch den angefochtenen Beschluss beschwert und

dadurch möglicherweise im Sinne von § 283 ZPO i.V.m. § 273 ZPO zur Beschwerdeführung legitimiert (s.a. ZR 95 Nr. 94), und zwar ungeachtet des Umstands, dass sie im Rubrum des Rekursentscheids (unrichtigerweise) nicht als Partei (des Rekursverfahrens) aufgenommen wurde. Auf der anderen Seite erklärt § 283a Abs. 2 ZPO bei Ablehnung einer Kindesvertretung ausdrücklich nur das urteilsfähige Kind als zur Beschwerdeführung gegen die Nichtanordnung einer Prozessbeistandschaft legitimiert. Sollte die (Legitimations-)Frage zu bejahen sein, wäre im Weiteren fraglich, ob der Beschwerdeführer 1, der nicht alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge über die Beschwerdeführerin 2 ist, sondern diese (zur Zeit noch) gemeinsam mit der Beschwerdegegnerin innehat (vgl. Art. 297 Abs. 1 ZGB und KG act. 1 S. 2, Ziff. 2), allein (d.h. ohne Mitwirkung der Beschwerdegegnerin) darüber entscheiden könne, ob (auch) im Namen der Beschwerdeführerin 2 ein Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ergriffen werden soll, bzw. ob er selbständig als gesetzlicher Vertreter im Namen der Beschwerdeführerin 2 die vorliegende Beschwerde führen könne (vgl. hierzu insbes. Art. 304 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Schwenzer, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 2 zu Art. 297 ZGB). Insbesondere wäre in diesem Kontext auch zu prüfen, ob nicht ein Interessenskonflikt zwischen den Interessen der beiden Beschwerdeführer bestehe, welcher erheischen würde, der Beschwerdeführerin 2 im Hinblick auf das vorlie-

- 9 - gende Kassationsverfahren einen Beistand im Sinne von Art. 392 Ziff. 2 ZGB zu bestellen. Da die Beschwerde aus den nachstehend (Erw. II/5) darzulegenden Gründen ohnehin nicht durchzudringen vermag, braucht all diesen Fragen indessen nicht weiter nachgegangen zu werden. 5.a) Die Beschwerdeführer halten den vorinstanzlichen Erwägungen (zusammengefasst) entgegen, dass es mit Blick auf die Wahrung der Interessen der Beschwerdeführerin 2 unabdingbar sei, gegen die Nichtanordnung einer Kindesvertretung ein ordentliches Rechtsmittel ergreifen zu können. Bei Lichte betrachtet betreffe die erstinstanzliche Ablehnung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 146 ZGB denn auch nicht lediglich den Fortgang des Prozesses, sondern auch einen materiellrechtlichen Anspruch des Bundeszivilrechts. Um einen rein prozessleitenden Zwischenentscheid könne es sich daher nicht handeln. Vielmehr werde damit in einer für das erstinstanzliche Scheidungsverfahren endgültigen Weise über das Nichtbestehen des Anspruchs der Scheidungsparteien und des Kindes auf Bestellung einer Kindesvertretung nach Art. 146 ZGB entschieden. Insofern beinhalte die angefochtene Verfügung eine materiellrechtliche Erledigung dieses bundesrechtlichen Anspruchs für das hängige erstinstanzliche Scheidungsverfahren. Dagegen müsse dem Ansprecher von Bundesrechts wegen ein ordentliches kantonales Rechtsmittel offen stehen (KG act. 1 S. 3, Ziff. 2). In der Lehre – so die Beschwerdeführer weiter – werde denn auch zutreffend festgehalten, dass die prozessleitende Verfügung, mit welcher die Anordnung einer Kindesvertretung abgelehnt wird, für die zur Anfechtung legitimierten Personen selbständig und nicht erst mit dem Endurteil anfechtbar sein müsse. Insofern, insbesondere aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Kindesvertretung, ergäben sich wichtige Einschränkungen der grundsätzlichen kantonalen Zuständigkeit zur Regelung des Zivilprozessrechts. Dieses Rechtsinstitut würde ad absurdum geführt, wenn die Nichtanordnung der Kindesvertretung erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden könnte mit dem Ergebnis, dass gegebenenfalls entweder das ganze Urteil oder zumindest die die elterliche Sorge und den persönlichen Verkehr betreffenden Teile aufgehoben werden

- 10 - müssten. Ebenso müsse die prozessleitende Verfügung betreffend Prozessbeistandschaft im Hinblick auf die Wahrung des Kindeswohls selbständig (gemeint: mit Rekurs) angefochten werden können, wenn ein Elternteil die Vertretung beantrage und dieser Antrag abgelehnt werde. Daher könne der anderswo (in der Literatur) vertretenen Auffassung nicht beigezogen werden, dass eine (selbständige) Anfechtung der (Nicht-)Einsetzung einer Kindesvertretung nur im Rahmen der vom kantonalen Prozessrecht gegen verfahrensrechtliche Zwischenscheidungen zur Verfügung gestellten Rechtsmittelmöglichkeiten zulässig sei. Die Vertretung des Kindes durch eine Prozessbeistandschaft im Scheidungsprozess der Eltern sei ein Institut des Bundeszivilrechts (Art. 146 f. ZGB) und auch des supranationalen Rechts (Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention), dessen Wirklichkeit daher nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Rechtsmittelmöglichkeit nach kantonalem Verfahrensrecht abhängig gemacht werden könne (KG act. 1 S. 4, Ziff. 3 f., m.Hinw. auf Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 21, 22 und 25 zu Art. 146/147 ZGB, sowie Schweighauser, a.a.O., N 24 zu Art. 146 ZGB). Sodann sei nach der Praxis davon auszugehen, dass bei Abweisung des Antrags eines urteilsfähigen Kindes auf Einsetzung einer Kindesvertretung dem Kind auch unter persönlichkeitsrechtlichen Aspekten von Bundesrechts wegen ein ordentliches kantonales Rechtsmittel für eine sofortige Anfechtung dieses Entscheids zur Verfügung stehen müsse. Daraus sei unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des Kindeswohls umso mehr zu schliessen, dass im Falle eines urteilsunfähigen Kindes zumindest ein Elternteil – auch gegen den Willen des andern – von Bundesrechts wegen ein ordentliches kantonales Rechtsmittel zur sofortigen und selbständigen Anfechtung der Nichteinsetzung einer Kindesvertretung ergreifen könne, wäre das urteilsunfähige und daher umso schutzbedürftigere Kind andernfalls doch schlechter gestellt als das urteilsfähige (KG act. 1 S. 4 f., Ziff. 5; s.a. KG act. 13 S. 3). Daraus und aus der Vorschrift von § 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO, wonach der Rekurs grundsätzlich zulässig sei gegen Erledigungsverfügungen der (bezirksgerichtlichen) Einzelrichter, folgern die Beschwerdeführer alsdann, dass gegen die Verfügung der Einzelrichterin vom 10. Februar 2006, mit welcher die bundes-

- 11 - rechtliche Frage der Kindesvertretung zumindest für das erstinstanzliche Verfahren abschliessend beurteilt und somit erledigt werde, in analoger Anwendung von § 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO der Rekurs als ordentliches kantonales Rechtsmittel zugelassen werden müsse. Indem die Vorinstanz nicht auf den Rekurs eingetreten sei, habe sie willkürlich gehandelt und klares materielles Recht verletzt (KG act. 1 S. 5, Ziff. 6). Den gleichen Vorwurf treffe die Vorinstanz auch insoweit, als sie aufgrund ihrer formaljuristischen Betrachtungsweise weiter zum Schluss gekommen sei, der – notabene rein kantonallyrechtlich geregelte – Katalog von § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO sei abschliessend, weshalb eine Rekursmöglichkeit für Entscheide im Sinne von Art. 146 ZGB nicht gegeben sei. Damit verkenne sie nämlich, dass es dem Beschwerdeführer dadurch verwehrt sei, seinen Anspruch im Interesse des Kindeswohls in einem frühen Verfahrensstadium umfassend überprüfen zu lassen. Nur durch eine Überprüfung des erstinstanzlichen Entscheids im Rahmen eines ordentlichen Rechtsmittelverfahrens vor Erlass des Endentscheids werde jedoch dem bundesrechtlichen Institut der Prozessvertretung nach Art. 146 ZGB hinreichend Rechnung getragen. Mit ihrer gegenteiligen Ansicht missachte die Vorinstanz den materiellrechtlichen Gehalt des Instituts der Kindesvertretung nach Art. 146 ZGB (KG act. 1 S. 5, Ziff. 7 f.). Aus all diesen Gründen – so die Schlussfolgerung der Beschwerdeführer – hätte die Vorinstanz den Rekurs annehmen und materiell beurteilen müssen. b) Mit Blick auf die rechtliche Subsumtion der von den

Beschwerdeführern geltend gemachten Nichtigkeitsgründe ist vorzuschicken, dass die vorliegend (allein) zur Prüfung gestellte Frage nach der Zulässigkeit eines erhobenen Rechtsmittels (konkret: des Rekurses gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 10. Februar 2006) bzw. der funktionalen Zuständigkeit der angerufenen Gerichtsin- stanz (hier: des Obergerichts als Rekursinstanz) eine Rechtsmittelvorausset- zung betrifft und daher nicht materiellrechtlicher, sondern prozessualer Natur ist. Demnach handelt es sich bei den für ihre Beurteilung einschlägigen (gegebenen- falls auch bundesrechtlichen) Vorschriften um wesentliche Verfahrensgrundsätze, womit ihre Verletzung unter den Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO (und nicht – wie von den Beschwerdeführern irrtümlicherweise geltend gemacht – unter § 281 Ziff. 3 [oder 2] ZPO) fällt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16, 20 und

- 12 - 26 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 66). Da die Subsumtion der gerügten Mängel unter die einzelnen Ziffern von § 281 ZPO gemäss dem Grundsatz "iura novit curia" von Amtes wegen zu erfolgen hat, vermag deren unrichtige Bezeichnung bzw. die rechtlich unzutreffende Subsumti- on unter die gesetzlich vorgesehenen Nichtigkeitsgründe den Beschwerdeführern jedoch nicht zu schaden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 18; Spühler/Vock, a.a.O., S. 73 und 75). Praktische Bedeutung hat die Subsumtion der behaupteten Mängel unter § 281 Ziff. 1 ZPO insofern, als das Kassationsgericht – im Unterschied zur bloss beschränkten Prüfungsbefugnis hinsichtlich der Verletzung materiellen Rechts – mit sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht freier Kognition prüft, ob eine Missachtung der angerufenen (verfahrensrechtlichen) Bestimmungen bzw. Verfahrensgrundsätze vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75 f.). c) Vor diesem Hintergrund ist zunächst der Einwand zu prüfen, wonach ge- gen einen (selbständigen) Zwischenentscheid, mit dem die Einsetzung eines Kin- desvertreters nach Art. 146 ZGB abgelehnt wird, von Bundesrechts wegen ein or- dentliches kantonales Rechtsmittel mit voller Kognition zur Verfügung stehen müsse. aa) Da damit eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht wird, stellt sich mit Blick auf § 285 ZPO vorweg die Frage nach der Zulässigkeit dieser Rüge. Nachdem ein selbständiger (Zwischen-)Entscheid betreffend Kindesvertretung keinen Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG darstellt (vgl. BGE 131 III 669; 127 III 435; 126 III 446 f.; s.a. nachstehende Erw. II/5/e/aa) und die für die selbständi- ge Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden statuierten Voraussetzun- gen von Art. 49 und 50 OG nicht erfüllt sein dürften, ist davon auszugehen, dass er nicht selbständig der eidgenössischen Berufung unterliegt. Auch steht keiner der in Art. 68 Abs. 1 OG abschliessend genannten Beschwerdegründe zur De- batte, weshalb auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ausser Betracht fällt. Immerhin kann die Nichteinsetzung als solche (nur, aber doch) im Rahmen der gegen den späteren Endentscheid zulässigen eidgenössischen Berufung bzw.

- 13 - – dazumal – Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) gerügt und materiell überprüft werden (vgl. Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; Schweig- hauser, a.a.O., N 25 zu Art. 146 ZGB; s.a. Urteil des Bundesgerichts 5P.6/2002 vom 1.3.2002, Erw. 2/a; Mutter-Freuler, a.a.O., S. 47; Levante, a.a.O., S. 78; Art. 95 lit. a BGG). Es erscheint zweifelhaft, ob angesichts der materiellen Überprüfbarkeit der Nichtanordnung einer Kindesvertretung (als solche) in diesem (späteren) Zeit- punkt noch ein rechtlich geschütztes Interesse an der Überprüfung des vorliegend angefochtenen Nichteintretensentscheids bzw. an der Beurteilung der (hier allein aufgeworfenen) Frage

bestehe, ob das Bundesrecht die selbständige Weiterziehbarkeit des Zwischenentscheids (betreffend Verweigerung eines Prozessbeistands) mit einem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel vorschreibe. Mit anderen Worten steht nicht fest, ob das Bundesgericht im Rahmen der gegen den Entscheid zulässigen eidgenössischen Berufung bzw. Beschwerde in Zivilsachen auf die Rüge, die Annahme des Fehlens eines ordentlichen (kantonalen) Rechtsmittels gegen die Verweigerung und der darauf gestützte obergerichtliche Beschluss vom 2. März 2006 verletzten Bundesrecht, (noch) eintreten und den vorliegend angefochtenen Nichteintretensentscheid materiell überprüfen würde. Bestehen aber ernsthafte Zweifel, ob diese Frage je der freien bundesgerichtlichen Prüfung unterbreitet werden könne, dürfte die Rüge unter dem Aspekt von § 285 ZPO als zulässig zu betrachten sein (vgl. RB 1995 Nr. 33; aber auch ZR 61 Nr. 102 und Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 20 zu § 285 ZPO, wonach der Nichtigkeitskläger den Nachweis zu erbringen habe, dass ein Weiterzug ans Bundesgericht ausgeschlossen und im Zweifel von der Berufungsfähigkeit und demnach von der Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde auszugehen sei). Die Frage der Zulässigkeit der Rüge braucht indessen nicht abschliessend beurteilt zu werden, da sich der Einwand der Verletzung von Bundesrecht – wie nachstehend zu zeigen ist – bei materieller Prüfung ohnehin als unbegründet erweist. bb) Gemäss Art. 146 Abs. 1 ZGB ordnet das Gericht aus wichtigen Gründen die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand an, wobei es die Anordnung einer Beistandschaft insbesondere dann prüft, wenn einer der in Art. 146

- 14 - Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB (exemplifikativ) genannten Fälle vorliegt. Stellt ein urteilsfähiges Kind einen entsprechenden Antrag, ist die Beistandschaft (zwingend) anzuordnen (Art. 146 Abs. 3 ZGB); diesfalls besteht – anders als in den übrigen Fällen (insbesondere bei einem Antrag eines Elternteils) – kein Ermessen bezüglich der Anordnung (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 11 zu Art. 146/147 ZGB; Schweighauser, a.a.O., N 21 zu Art. 146 ZGB; Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], a.a.O., N 4 zu Art. 146/147 ZGB; Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1564; Schreiner/Schweighauser, a.a.O., S. 526; Mutter-Freuler, a.a.O., S. 37; Levante, a.a.O., S. 75; Reusser, a.a.O., S. 200, Rz 4.90; Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1590; Schwander, a.a.O., N 3 zu Art. 146 ZGB; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000, Rz 12.55; Urteil des Bundesgerichts 5P.139/2002 vom 3.6.2002, Erw. 2). Eine ganz ähnliche Regelung der Kindesvertretung sieht Art. 294 des bundesrätlichen Entwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006 vor, wobei das Gericht die Vertretung dort – ausgenommen vom Fall, in dem das urteilsfähige Kind einen entsprechenden, zwingend gutzuheissenden Antrag stellt – nicht aus "wichtigen Gründen", sondern "wenn nötig" anzuordnen hat (vgl. BBl 2006, S. 7483). Liegt ein formelles Gesuch (des urteilsfähigen Kindes, eines Elternteils oder der Vormundschaftsbehörde) um Bestellung einer Kindesvertretung vor, entscheidet das Gericht darüber mit einem (die Kindesvertretung anordnenden oder ablehnenden) prozessleitenden Entscheid (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 17 f. [und 21, 22] zu Art. 146/147 ZGB; Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; Schweighauser, a.a.O., N 23 zu Art. 146 ZGB; Mutter-Freuler, a.a.O., S. 47; Levante, a.a.O., S. 76; Kellerhals/Spycher, Die bernische Einführungsverordnung zum neuen Scheidungsrecht, ZBJV 2000, S. 62). Stammt der Antrag von einem Elternteil, besteht indessen kein bundesrechtlicher Anspruch der Parteien darauf, dass das Gericht in jedem Fall vorab mit einem (selbständigen) prozessleitenden Entscheid über die Frage der Prozessbeistandschaft befindet (Urteil des Bundesgerichts 5C.210/2000 vom 27.10.2000, Erw. 2/b; Breitschmid, a.a.O., N 5 zu Art. 146/147 ZGB). Ordnet das Gericht eine

Kindesvertretung an, richten sich die Bestellung des Beistands und dessen Aufgaben nach Art. 147 ZGB.

- 15 - cc) Die (bundesrechtlichen) Bestimmungen betreffend Vertretung des Kindes (Art. 146/147 ZGB) enthalten keine expliziten Vorschriften zur Frage, ob und – wenn ja – welche Rechtsmittel gegen die Verweigerung einer Prozessbeistandschaft für das Kind ergriffen werden können. (Einigkeit dürfte immerhin insoweit herrschen, als im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids gerügt werden kann, es sei dem Kind in Verletzung von Art. 146 ZGB zu Unrecht kein Vertreter bestellt worden; vgl. Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; ders., a.a.O. [Rechtsmittel], S. 68; Levante, a.a.O., S. 78; Schweighauser, a.a.O., N 25 zu Art. 146 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5P.6/2002 vom 1.3.2002, Erw. 2/a; s.a. Spühler, a.a.O., S. 63.) Insbesondere schreiben sie nirgends ausdrücklich vor, dass gegen einen selbständigen Zwischenentscheid betreffend Kindesvertretung ein ordentliches kantonales Rechtsmittel zur Verfügung stehen müsse. Solches lässt sich auch nicht aus den Art. 148/149 ZGB ableiten, welche sich im Lichte ihres Regelungsgehalts (nur) mit den (kantonalen) Rechtsmitteln gegen das Scheidungs- oder Trennungsurteil befassen (vgl. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 148 ZGB). Aufgrund des Fehlens einer expliziten bundesrechtlichen Regelung (insbesondere im Scheidungsrecht des ZGB) geht ein namhafter Teil der Lehre davon aus, dass sich die Frage nach der selbständigen Anfechtbarkeit der (mittels eines prozessleitenden Entscheids erfolgten) Verweigerung der Bestellung eines Kindesvertreters – gemäss der einstweilen noch bei den Kantonen liegenden Kompetenz zur Regelung des Prozessrechts – grundsätzlich nach kantonalem Recht richtet, d.h. (allein) das kantonale Recht über die selbständige Anfechtbarkeit eines derartigen Entscheids bestimmt (Schweighauser, a.a.O., N 24 zu Art. 146 ZGB; Mutter-Freuler, a.a.O., S. 47; Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1566; Reusser, a.a.O., S. 202, Rz 4.94; s.a. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 22 zu Art. 146/147 ZGB; Steck, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], a.a.O., N 6 zu Art. 148 ZGB; Levante, a.a.O., S. 77). Davon scheint auch der Bundesrat auszugehen, wenn er in seiner Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006, die das Institut der Prozessbeistandschaft für Kinder in Art. 294 f. normiert, ausführt, dass dort im Zusammenhang mit der Nichtanordnung der Kindesvertretung "neu" auch die Weiterzugsmöglichkeit geregelt werde (BBl 2006, S.

- 16 - 7367). Immerhin vertritt der Grossteil der Doktrin die Ansicht, dass die Kantone (nur) dem urteilsfähigen Kind gegen die Ablehnung der von ihm angebotenen Rechtsverbeiständung von Bundesrechts wegen ein ordentliches Rechtsmittel (mit freier Kognition) zur Verfügung stellen müssten (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 22 [aber auch N 25] zu Art. 146/147 ZGB; Schweighauser, a.a.O., N 24 zu Art. 146 ZGB; Reusser, a.a.O., S. 202, Rz 4.94; Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1590; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999, S. 67; Schwander, a.a.O., N 3 zu Art. 146 ZGB; Schreiner/Schweighauser, a.a.O., S. 526; s.a. Hegnauer/Breitschmid, a.a.O., Rz 12.56; in diesem Sinne auch Art. 294 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006, wonach das [urteilsfähige] Kind die Nichtanordnung einer Kindesvertretung mit Beschwerde anfechten kann [BBl 2006, S. 7483]). (Ob damit – was eher anzunehmen ist – ein ordentliches Rechtsmittel zur selbständigen Anfechtung des prozessleitenden Verweigerungs-Entscheids gemeint ist oder ob es nach Ansicht dieser Autoren genüge, [auch] dem urteilsfähigen Kind ein ordentliches Rechtsmittel gegen den Endentscheid einzuräumen, in dessen Rahmen es die Abweisung seines Antrags beanstanden kann, wird dabei indessen nicht immer klar.)

Begründet wird diese Ansicht – durchaus einleuchtend – damit, dass andernfalls der dem urteilsfähigen Kind in Art. 146 Abs. 3 ZGB gewährte Anspruch auf Bestellung eines Rechtsvertreters illusorisch werden könnte. Das Bundesgericht hat sich – soweit ersichtlich – noch nicht zur Frage geäußert, ob das Bundesrecht eine selbständige Anfechtbarkeit des Zwischenentscheids betreffend Nichtanordnung einer Kindesvertretung mit einem ordentlichen kantonalen Rechtsmittel zwingend verlange oder ob die Ausgestaltung des Rechtsmittelwegs allein dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten sei. dd) Gemäss Art. 122 Abs. 2 BV liegt die Kompetenz zur Regelung des gerichtlichen Verfahrens in Zivilsachen (d.h. des Zivilprozessrechts), wozu insbesondere auch die Ordnung der Rechtsmittel gegen Entscheide in Zivilsachen gehört, (einstweilen noch) bei den Kantonen. (Nach Inkrafttreten des anlässlich der Justizreform revidierten Art. 122 BV am 1. Januar 2007 steht die Gesetzgebungskompetenz [auch] auf dem Gebiete des Zivilprozessrechts dem Bund zu, wobei

- 17 - die Kantone solange und soweit zuständig bleiben, als der Bund von dieser Kompetenz noch keinen Gebrauch gemacht hat. Letzteres wird mit dem geplanten Erlass der Schweizerischen Zivilprozessordnung der Fall sein.) Immerhin gilt der Bund als zu Eingriffen in diese Kompetenz befugt, soweit solche zur einheitlichen Durchsetzung des materiellen Bundesrechts erforderlich sind (Übersicht dazu bei Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 2 Rz 11 ff., insbes. 19 ff.; s.a. Leuenberger, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002, N 8 zu Art. 122 BV). Im Rahmen des Scheidungsrechts finden sich derartige prozessuale Anordnungen – worauf bereits die Überschrift des Vierten Abschnitts des Ehescheidungs- und -trennungsrechts ("Das Scheidungsverfahren") hinweist – in den Art. 135 ff. ZGB. Nachdem diese Bestimmungen und unter ihnen insbesondere die Art. 146/147 ZGB betreffend die Vertretung des Kindes keine ausdrücklichen Vorschriften über die selbständige Anfechtbarkeit von diesbezüglichen Zwischenentscheiden (und auch keine dahingehenden Anhaltspunkte) enthalten, ist in Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung und dem in der Doktrin vorherrschenden Meinungsstand davon auszugehen, dass sich diese Frage – zumindest wenn es um die Vertretung eines urteilsunfähigen Kindes geht – ausschliesslich nach kantonalem Recht beurteilt (insoweit zutreffend KG act. 10 S. 5 f., Ziff. 7). Daran würde auch dann nichts ändern, wenn man mit der vorstehend (in lit. cc) dargestellten Lehrmeinung annehmen wollte, dass im (hier nicht vorliegenden) Falle der Abweisung des Antrags eines urteilsfähigen Kindes diesem von Bundesrechts wegen ein selbständiges Anfechtungsrecht zuzugestehen sei. Denn diese Ansicht fusst auf der Überlegung, dass dem urteilsfähigen Kind in Art. 146 Abs. 3 ZGB ein unbedingter Anspruch auf Bestellung eines Rechtsvertreters eingeräumt wird, wenn es einen entsprechenden Antrag stellt, und dieser Anspruch unter Umständen nur dann wirksam durchgesetzt werden kann, wenn ihm gegen die Ablehnung seines Antrags ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt bzw. eine eigene Rechtsmittellegitimation gewährt wird. Demgegenüber besteht ausserhalb der Vorschrift von Art. 146 Abs. 3 ZGB keine unbedingte Verpflichtung des Gerichts zur Anordnung einer Prozessbei-

- 18 - standschaft für das Kind. Mithin haben weder die Eltern noch die Vormundschaftsbehörde oder das urteilsunfähige Kind einen unbedingten Anspruch auf Bestellung eines Kindesvertreters; vielmehr hat das Gericht im Falle, in welchem ein entsprechender Antrag von Seiten der Eltern (oder der Vormundschaftsbehörde) stammt, lediglich die

Pflicht, die (in seinem Ermessen liegende) Anordnung einer Prozessbeistandschaft zu prüfen (Urteile des Bundesgerichts 5C.210/2000 vom 27.10.2000, Erw. 2/b, und 5P.173/2001 vom 28.8.2001, Erw. 2/a und 5 [Letzteres abgedruckt in FamPra.ch 2001, S. 164 f.]; ZR 100 Nr. 54, Erw. 2/b; Sutter/ Freiburghaus, a.a.O., N 10 und 14 f. zu Art. 146/147 ZGB; Schweighauser, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 146 ZGB; Breitschmid, a.a.O., N 4 f. zu Art. 146/147 ZGB; Steck, a.a.O. [Vertretung des Kindes], S. 1564; Reusser, a.a.O., S. 200 f., Rz 4.91; s.a. Urteil des Bundesgerichts 5P.139/2002 vom 3.6.2002, Erw. 2; differenzierend Mutter-Freuler, a.a.O., S. 35 ff. [insbes. 38 f.], sowie Levante, a.a.O., S. 66 ff. [insbes. 75], wonach bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche in den in Art. 146 Abs. 2 ZGB exemplifikativ aufgezählten Konstellationen vermutet würden, die Bestellung eines Kindesvertreters obligatorisch sei). Folglich wird bei Abweisung eines derartigen Gesuchs (eines Elternteils oder der Vormundschaftsbehörde) auch kein unbedingter (und möglicherweise nur durch selbständige Anfechtbarkeit des betreffenden Zwischenentscheids wirksam durchsetzbarer) Anspruch eines Prozessbeteiligten auf Bestellung eines Kindesvertreters missachtet. Insbesondere – und darin läge vorliegend ein entscheidender Unterschied zum Fall des Antrags eines urteilsfähigen Kindes (Art. 146 Abs. 3 ZGB) – besteht in diesen Fällen auch keine Gefahr, dass die richtige Anwendung von Art. 146 ZGB (und die darin vorgesehene Bestellung eines Kindesvertreters) bei Fehlen einer selbständigen Anfechtungsmöglichkeit des Zwischenentscheids unter Umständen nicht durchgesetzt bzw. die Verweigerung eines Kindesbeistands nicht auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden könnte, haben die Prozessparteien doch jedenfalls die Möglichkeit, einen derartigen Entscheid im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids zur Prüfung zu stellen und der richtigen Anwendung von Art. 146 ZGB so zum Durchbruch zu verhelfen. Damit entfällt aber die für die Notwendigkeit einer selbständigen Anfechtbarkeit kraft Bundesrechts angeführte Begründung in Fäl-

- 19 - len, in denen kein Antrag eines urteilsfähigen Kindes zur Beurteilung steht. Dementsprechend lassen sich die für die Vertretung eines urteilsfähigen Kindes (von der Lehre) postulierten, aus dem Bundesrecht abgeleiteten Grundsätze entgegen beschwerdeführerischer Ansicht auch nicht auf den Fall übertragen, in dem – wie hier – kein Antrag eines urteilsfähigen Kindes vorliegt, sondern es um die Vertretung eines urteilsunfähigen Kindes geht (a.M. offenbar Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 25 a.E. zu Art. 146/147 ZGB). Mithin bleibt es auch aus diesem Blickwinkel dabei, dass sich der Rechtsweg in Fällen der vorliegenden Art (mangels bundesrechtlicher Vorschriften) nach kantonalem Recht richtet. Hierbei hat der (kantonale) Gesetzgeber insbesondere auch über die – rechtspolitische – Frage zu entscheiden, ob eine Überprüfung der richtigen Anwendung von Art. 146 ZGB erst im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids und damit erst in einem sehr späten Verfahrensstadium unter prozessökonomischen Gesichtspunkten sinnvoller und in sachlicher Hinsicht zur richtigen Durchsetzung von Art. 146 ZGB tauglicher sei als die Einräumung der Möglichkeit, bereits den Verweigerungs-Entscheid selbständig anzufechten (vgl. dazu hinten, Erw. II/5/e). Mit Blick darauf ist anzumerken, dass eine (sofortige) selbständige Anfechtbarkeit des Zwischenentscheids nicht nur der Prozessökonomie dienen würde (da sie verhindert, dass unter Umständen ein wesentlicher Teil des Verfahrens wiederholt werden muss), sondern auch die (für das Kind) nachteiligen Folgen einer unrichtigen Anwendung von Art. 146 ZGB von vornherein vermeiden könnte. Demgegenüber ist eine (zur Beschleunigung des Prozesses vor der befassen Instanz beitragende) Anfechtbarkeit bloss des Endentscheids (nach vollständig durchgeführtem Verfahren) in der Praxis häufig nur beschränkt oder

mitunter sogar kaum mehr geeignet, die Konsequenzen eines falschen (Nichtanordnungs-)Entscheids (im Nachhinein) vollständig zu beheben, weshalb es fraglich erscheint, ob Letztere tatsächlich eine gleichwertige Alternative zur selbständigen Anfechtbarkeit des Zwischenentscheids darstellt. Insoweit sprächen (für den Gesetzgeber) gute Gründe dafür (und erschiene es durchaus wünschenswert), gleich wie etwa im Falle der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. hierzu § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO) die Möglichkeit einer selbständigen Anfechtbarkeit des Zwischenentscheids vorzusehen und darin eine sachge-

- 20 -
rechtere Lösung zu erblicken als in der blossen Überprüfbarkeit der richtigen Anwendung von Art. 146 ZGB im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids. ee) Als Zwischenergebnis ist somit der vorinstanzlichen Auffassung (KG act. 2 S. 3, Erw. 7) beizupflichten, dass das Bundes(zivil)recht keine selbständige Anfechtungsmöglichkeit des erstinstanzlichen Zwischenentscheids vom 10. Februar 2006 mit einem ordentlichen (kantonalen) Rechtsmittel vorschreibt. Folglich verletzt der angefochtene Nichteintretensentscheid auch kein (ungeschriebenes) Bundesrecht. Diesbezüglich erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit unter dem Gesichtspunkt von § 285 ZPO auf sie einzutreten ist. d) Sollten die Beschwerdeführer mit ihrem Hinweis auf Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KG act. 1 S. 4, Ziff. 4) sinngemäss rügen, aus dieser (staatsvertraglichen) Vorschrift ergebe sich eine Verpflichtung der Vertragsstaaten, gegen den die Bestellung eines Kindesvertreters ablehnenden (Zwischen-) Entscheid ein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen, wäre darauf nicht einzutreten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (UNO-Kinderrechtskonvention, SR 0.107) nämlich um eine direkt anwendbare Staatsvertragsbestimmung, deren richtige Anwendung das Bundesgericht im Rahmen der Staatsvertragsbeschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. c OG bzw. – inskünftig – der Beschwerde in Zivilsachen (vgl. Art. 95 lit. b BGG) mit freier Kognition überprüfen kann (BGE 124 III 91 f., Erw. 3/a; Pra 2002 Nr. 99, Erw. 3.2; 2002 Nr. 122, Erw. 3/b; Mutter-Freuler, a.a.O., S. 21). Damit ist die Rüge der Verletzung dieser Bestimmung der kassationsgerichtlichen Prüfung entzogen (§ 285 ZPO; ZR 98 Nr. 66; RB 1995 Nr. 25). Daran vermöchte auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführer der Vorinstanz willkürliches Handeln vorwerfen (KG act. 1 S. 5, Ziff. 6 und 8) und damit sinngemäss einen Verstoss gegen Art. 9 BV geltend machen, ginge die Rüge willkürlicher, d.h. qualifiziert unrichtiger Anwendung der genannten Konventionsbestimmung doch im Einwand der (blosser) Falschanwendung bzw. der "gewöhnlichen" Verletzung derselben auf (vgl. ZR 105 Nr. 10, Erw. III/2/b; Urteil des Bundesgerichts 4P.183/2005 vom

- 21 -

E. 6

Nachdem der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid als solcher einer kassationsgerichtlichen Überprüfung standhält, ist nicht ersichtlich (und in der Beschwerde auch nicht näher dargetan), inwiefern die darin beschlossene Kostenaufgabe für das Rekursverfahren, die der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) entspricht, zu bemängeln sein sollte. Deshalb kann auch dem Antrag auf Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses (vgl. KG act. 1 S. 2 [Antrag 1] und 5 [Ziff. 9]) nicht entsprochen werden.

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführer nicht nachzuweisen vermögen, dass der vorinstanzliche Beschluss vom 2. März 2006 an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leide. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. II I. Bei diesem Ausgang und in Anbetracht von Art. 147 Abs. 3 ZGB und § 64 Abs. 4 ZPO sowie § 68a Abs. 1 ZPO, wonach dem Kind im Scheidungsprozess der Eltern (einschliesslich allfälliger Rechtsmittelverfahren) keine Kosten auferlegt werden dürfen und das Kind nicht zur Bezahlung einer Prozessentschädigung verpflichtet werden darf, sind die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung der allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) vollumfänglich dem mit seinem Antrag

- 27 - (auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses) unterliegenden Beschwerdeführer 1 aufzuerlegen (vgl. dazu auch W. Meyer, a.a.O., S. 51 f.). Da die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin eine Beschwerdeantwort einreichen liess und ihr im Kassationsverfahren damit Kosten und Umtriebe erwachsen sind, ist der Beschwerdeführer 1 überdies zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), deren Höhe im Rahmen der §§ 2 ff. AnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 1 AnwGebV) nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO und N 13 zu § 68 ZPO). Das Gericht beschliesst:

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