

ZH_OBERGERICHT LC240024 vom 11. Dezember 2024

ZH Obergericht, 2024-12-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC240024

FR: ZH_OBERGERICHT LC240024 du 11 décembre 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LC240024 del 11 dicembre 2024

Erwägungen

E. 1

a) Der Kläger und die Beklagte sind die geschiedenen Eltern der gemeinsamen Töchter A._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2016. Sie stehen sich seit dem 13. September 2023 vor dem Einzelgericht am Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz) in einem Verfahren (Geschäfts-Nr. FP230007-A) betreffend Abänderung des sie betreffenden Scheidungsurteils (FE190065-A/U) gegenüber. Gegenstand des Abänderungsverfahrens sind namentlich die Kinderbelange. Über die Anordnung der Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO für A._____ bestand eine Uneinigkeit. Gegen die mit Verfügung vom 17. Januar 2024 von der Vorinstanz angeordnete Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X3._____ erhoben sowohl der Kläger als auch A._____ Beschwerde. A._____ war dabei erbeten vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1._____. Dem Rechtsmittel wurde aufschiebende Wirkung erteilt, und die Beschwerde wurde schliesslich, mit Beschluss der Kammer vom 22. April 2024 (PC240003-O/U [vereinigt mit PC240005-O]), wegen einer Gehörverletzung gutgeheissen (Urk. 9/3). b) Mit Eingabe vom 11. April 2024 reichte Rechtsanwalt Dr. X1._____ der Vorinstanz namens der damals 14-jährigen A._____ eine Schutzschrift (Art. 270 ZPO) ein (Urk. 1). Er legitimierte sich dafür mit einer von A._____ unterzeichneten Vollmacht, welche vom 12. Januar 2024 datiert (laut Vorinstanz FP230007-A Urk. 113; vgl. auch Urk. 7), und stellte folgende Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2): «1. Es sei die vorliegende Eingabe als Schutzschrift entgegenzunehmen und für die Dauer von sechs Monaten bei einem allfälligen Antrag der Beklagten oder einer Behörde, wie das kiz E._____, um superprovisorische Massnahme bezüglich Sistierung der Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen B._____, geb. tt. Februar 1964, und D._____, geb. tt.mm.2006, zu berücksichtigen.

E. 2

Es sei die Schutzschrift der Berufungsführerin vom 11. April 2024 im Verfahren FP230007-A beim Bezirksgericht Affoltern zu berücksichtigen.

- 5 -

E. 3

Eventualiter: Es sei festzustellen, dass die Schutzschrift vom 11. April 2024 vom Bezirksgericht Affoltern hätte berücksichtigt werden müssen.

E. 4

Es sei festzustellen, dass dem gewillkürten Rechtsvertreter die Stellung des Rechtsvertreters zusteht.

E. 5

Es sei festzustellen, dass die ergangene superprovisorische Dispo- Ziff. 10 Verfügung vom 26. April 2024 (FP230007-A) aus diesem formel- len Grund rechtswidrig ist.

E. 6

Das zu ergehende Berufungsurteil sei den übrigen Beteiligten nicht bekannt zu geben.

E. 7

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.» e) Der eingeforderte Vorschuss von Fr. 500.– für die Gerichtskosten des Be- rufungsverfahrens (Art. 98 ZPO) wurde innert der mit Verfügung vom 27. Mai 2024 gesetzten Nachfrist (vgl. Art. 101 Abs. 3 ZPO) am 3. Juni 2024 geleistet (Urk. 10– 12). f) Mit Eingabe vom 8. Juli 2024 informierte Rechtsanwalt Dr. X1._____ das hiesige Gericht, dass er A._____ in dieser Angelegenheit nicht mehr vertrete (Urk. 13). g) Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1–4) sowie die Verfügung der Vorinstanz vom 18. September 2024, mit welcher die Sistierung des Besuchsrechts als vor- sorgliche Massnahme verfügt wurde (in Bestätigung der superprovisorischen An- ordnung vom 26. April 2024; Urk. 15), wurden von Amtes wegen beigezogen. 2. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, bevor es das Verfahren in der Sache fortsetzt (Art. 69 ZPO): a) Eine dieser Prozessvoraussetzungen ist die Prozessfähigkeit der Par- teien (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Als Prozessfähigkeit wird die Fähigkeit bezeichnet, Prozesshandlungen in eigener Sache selbst oder durch einen selbst bestellten Ver- treter vorzunehmen (statt vieler KUKO ZPO-Domej, Art. 67 N 1 m.w.H.). Prozess- fähig ist grundsätzlich, wer handlungsfähig ist (Art. 67 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 13 f. ZGB). Soweit aber eine handlungsunfähige Person urteilsfähig (Art. 16 ZGB) ist, kann sie selbstständig Rechte ausüben, die ihr um ihrer Persönlichkeit zustehen (Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO).

- 6 - Die minderjährige und damit nicht handlungsfähige Berufungsklägerin will im Rah- men der vorliegenden Berufung durchsetzen, dass sie nach ihrem eigenen Gutdün- ken einen Anwalt beziehen kann, der sich in ihrem Namen mittels Schutzschrift vorsorglich in die gerichtliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen ihrer jüngeren Schwester und ihrem Vater einbringt. Hierbei geht es um höchstpersönli- che Verfahrensrechte (Art. 19c Abs. 1 ZGB), welche das Kind selbstständig wahr- nehmen und gegen deren Verweigerung auch selbstständig wehren kann, sofern es urteilsfähig ist (BGer 5A_796/2019 vom 18. März 2020 E. 2.3; vgl. auch BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 300 N 4; Diggelmann/Isler, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, SJZ 111/2015 S. 141 ff., 142). Anhaltspunkte, dass sich die 14- bzw. mittlerweile 15-jährige A._____ geistig nicht altersentspre- chend entwickeln würde, liegen nicht vor. Eine gewisse Gefahr, dass übermässig Einfluss auf die Jugendliche ausgeübt wird, besteht wohl, und es ist bei der Sach- verhaltenswürdigung ein besonderes Augenmerk darauf zu legen. Gleichwohl ist da- von auszugehen, dass die Berufungsklägerin im betreffenden Themenkomplex vernunftgemäss im Sinne von Art. 16 ZGB handeln kann. Entsprechend ist sie auch fähig, zur Durchsetzung dieser Rechte eine Schutzschrift einzureichen und zu die- sem Zweck einen Rechtsanwalt zu mandatieren. Inhaltlich geht es denn auch bloss darum, dass sich ein Kind vorzeitig einbringen will, bevor allenfalls das Gericht über eine Besuchsrechtsregelung betreffend sein jüngeres Geschwister entscheidet. Zu widersprechen ist der Vorinstanz, wenn sie aus BGE 142 III 153 E. 5.2.4 schliesst, dass im Anwendungsbereich von Art. 299 ZPO eine gewillkürte Vertre- tung nicht zulässig sei, solange die (im Zeitpunkt ihres Entscheids noch strittige) Kindesvertretung nach Art. 299

ZPO nicht geklärt ist (Urk. 6 E. 2.2 f. S. 4 f.). Zwar fragt sich, ob eine separate gewillkürte Vertretung in der konkreten Situation nicht bloss zur Verkomplizierung des Verfahrens geführt hätte. Das Prozessrecht erlaubt dies der urteilsfähigen Berufungsklägerin aber – jedenfalls solange, bis dass die Person der Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO im Amt war. Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob dies nach Einsetzung der Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO, ausgeschlossen wäre. Nebenbei bemerkt weist Rechtsanwalt Dr. X1._____ zutreffend darauf hin, dass er in mehreren Verfahren vor Obergericht als Vertreter von A._____ zugelassen

- 7 - wurde, so namentlich in den von ihm erwähnten Verfahren Nrn. PC240003-O und RX240001-O (vgl. Urk. 9/3 und 9/6; Urk. 5 Rz 18 f.). Dieser Umstand allein bindet das erstinstanzliche Gericht freilich aber nicht. b) Eine weitere Prozessvoraussetzung ist, dass die um Rechtsschutz er- suchende Partei ein schutzwürdiges Interesse daran haben muss (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Vorliegend fehlt es in Bezug auf das Hauptanliegen der Berufung, die Überprüfung der Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung, an einem konkre- ten Rechtsschutzinteresse. Die superprovisorische Massnahme nämlich, welche die Berufungsklägerin mit ihrer Schutzschrift verhindern wollte, war bereits getrof- fen, bevor die Berufung erhoben wurde (vgl. Urk. 9/7). Damit könnte eine allenfalls angeordnete Entgegennahme der Schutzschrift den angestrebten Zweck ohnehin nicht mehr erfüllen. c) An einem konkreten Rechtsschutzinteresse mangelt es auch insoweit, als eine Berücksichtigung der Schutzschrift im Verfahren FP230007-A gefordert wird (Ziffer 2 des Berufungsbegehren). Ob die Vorbringen für den Entscheid über eine Besuchsrechtssistierung zu berücksichtigen waren oder nicht, ist allenfalls Thema im Verfahren FP230007-A vor Vorinstanz und möglicherweise auch in dem nun vor der Kammer hängigen Berufungsverfahren LY240040-O. Diese Frage kann aber nicht – separat resp. zusätzlich – Thema im Schutzschrift-Verfahren sein. Dasselbe gilt für Ziffer 5 des Berufungsbegehrens: Auch die damit aufgeworfene Rechtsfrage hat nicht direkt etwas mit dem vorliegenden Verfahrensgegenstand, mithin der Frage der Annahme einer Schutzschrift, zu tun. d) In Bezug auf ein Interesse an einer Feststellung zum gewillkürten Rechts- vertreter (Ziffer 4 des Berufungsbegehrens) wird in der Berufung geltend gemacht, dass die beantragte Feststellung notwendig sei, um vorzubeugen, dass die Vor- instanz die prozessuale Stellung des gewillkürten Rechtsvertreters weiterhin ne- giere (Urk. 5 Rz 22). Die beantragte Feststellung, dass die superprovisorische Ver- fügung der Vorinstanz vom 26. April 2024 aus formellen Gründen rechtswidrig ge- wesen sei (Ziffer 5 des Berufungsbegehrens), liege sodann im berechtigten Inter- esse der Berufungsklägerin, weil gegen die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme an sich kein Rechtsmittel zur Verfügung stünde (Urk. 5 Rz 26).

- 8 - Das verlangte besondere Feststellungsinteresse, das sich letztlich ebenfalls aus Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ergibt, wird von der Rechtsprechung bejaht, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch eine richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewiss- heit. Erforderlich ist, dass ihre Fortdauer der rechtsuchenden Partei nicht mehr zu- gemutet werden darf, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert. Ein Fest- stellungsinteresse wird in der Regel verneint, wenn dem Inhaber eines Rechts eine Leistungs- oder Gestaltungs- klage zur Verfügung steht, die sofort eingereicht wer- den kann und die es ihm erlauben würde, direkt die Beachtung seines Rechtes oder die Erfüllung der Forderung zu erwirken. Die Feststellungsklage (vgl. Art. 88 ZPO) ist im Verhältnis zur Leistungs- oder Gestaltungs- klage subsidiär. Dabei

müssen die Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität restriktiv ausgelegt werden, ansonsten eine Ungewissheit über den einzuschlagenden Rechtsweg geschaffen würde (BGer 4A_464/2019 vom 30. April 2020 E. 1.2, 1.3 und 1.5; BGE 135 III 378 E. 2.2). Begehren, es seien einzelne Elemente beziehungsweise Vorfragen im Rahmen von Rechtsverhältnissen festzustellen, sind (abgesehen von hier nicht gegebenen Sonderfällen) nicht zulässig (KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 88 N 6). Inwiefern mit Blick auf die Ziffern 3 bis 5 des Berufungsbegehrens aussergewöhnliche Umstände vorliegen würden, die gemäss Rechtsprechung ein selbstständiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung begründen könnten (vgl. BGer 4A_464/2019 vom 30. April 2020, E. 1.4), tut die Berufungsklägerin nicht hinreichend substantiiert dar. Abgesehen davon wäre ein allfälliges Feststellungsinteresse in der Zwischenzeit auch weggefallen (KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 88 N 19; BK ZPO-Markus, Art. 88 N 53). Wie erwähnt vertritt Rechtsanwalt Dr. X1._____ die Berufungsklägerin aktuell nicht mehr, und über die Besuchsrechtssistierung erging ein berufungsfähiger Entscheid, sodass ein Rechtsweg darüber offensteht. e) Für die Anfechtungsbefugnis ist erforderlich, dass die anfechtende Person durch den angefochtenen Entscheid berührt («beschwert») ist. Auch dies stützt sich auf Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO. Jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt eine Beschwerde voraus (BGE 120 II 5 E. 2a m.H.; Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 366). Nicht beschwert ist die Berufungsklägerin in Bezug

- 9 - auf die Auflage der Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, denn die Gerichtskosten wurden Rechtsanwalt Dr. X1._____ auferlegt – nicht der Berufungsklägerin (Urk. 6 S. 5 f., E. 3 sowie Dispositivziffer 2). Rechtsanwalt Dr. X1._____ hat aber explizit im Namen von A._____, nicht (auch) in eigenem Namen Berufung (bzw. Beschwerde) erhoben (vgl. Urk. 5 S. 2). An der (formellen) Beschwerde mangelt es der Berufungsklägerin schliesslich auch in Bezug auf das Absehen der Vorinstanz von der Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 6 S. 6, Dispositivziffer 3). Eine solche hatte die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht verlangt (vgl. Urk. 1 S. 2), und ein Entscheid über die Parteientschädigung erfolgt nur auf Antrag hin (Art. 105 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-Hofmann/Baeckert, Art. 105 N 11 m.w.H.). f) Nach dem Gesagten ist auf die Berufung nicht einzutreten. 3. Damit sind noch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu regeln. Auch wenn mit dem vorliegenden Entscheid auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Schutzschrift der Berufungsklägerin vom 11. April 2024 (Urk. 1) hätte entgegennehmen müssen (vgl. E. 2 a vorn). Es rechtfertigt sich daher, von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin ist daher auch nicht als unterliegend zu betrachten. Art. 107 Abs. 2 ZPO bietet in solchen Fällen indes keine Grundlage, zu Lasten des Kantons Parteientschädigungen (Art. 95 Abs. 3 ZPO) zuzusprechen. 4. Die Berufungsklägerin lässt beantragen, der Entscheid über ihre Berufung sei den übrigen Beteiligten nicht bekannt zu geben (Ziffer 6 des Berufungsbegehrens). Diesem Antrag ist stattzugeben, zumal die im Rechtsschutzgesuch der Berufungsklägerin (Berufungsschrift) aufgeführten weiteren Beteiligten nicht betroffen sind. Es wird beschlossen:

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