

ZH_OBERGERICHT PN060069 vom 4. Dezember 2006

ZH Obergericht, 2006-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PN060069

FR: ZH_OBERGERICHT PN060069 du 4 décembre 2006

IT: ZH_OBERGERICHT PN060069 del 4 dicembre 2006

Erwägungen

E. 10

Februar 2006 wurde angeführt, die I. Zivilkammer des Obergerichts sei mit Beschluss vom 2. März 2006 auf den dagegen erhobenen Rekurs nicht eingetreten, weil es an einem rekursfähigen Anfechtungsobjekt i.S. von § 271 Ziff. 4 ZPO fehle (vgl. act. 3), so dass der Beschwerdeführer sich gezwungen sehe, sich mittels der Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 281 f. ZPO zur Wehr zu setzen (act. 1 S. 3 f. Ziff. II.1-4; act. 3). Gegen den Rekursentscheid der I. Zivilkammer erhob der Beschwerdeführer zudem Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich, wor- auf die III. Zivilkammer des Obergerichts das vorliegende Verfahren mit Präsidialverfügung vom 21. März 2006 bis zum Entscheid des Kassations- gerichts sistierte (Prot. S. 2). Am 13. November 2006 reichte der Beschwer- deführer der III. Zivilkammer den Abweisungsbeschluss des Kassations- gerichts vom 6. November 2006 ein (act. 6 und 7). Mit Präsidialverfügung vom 15. November 2006 wurden die Verfahrenssistierung aufgehoben und die Akten des Ehescheidungsverfahrens FE050162 beigezogen (Prot. S. 3). Die Vorinstanz hat am 22. November 2006 auf Vernehmlassung verzichtet (act. 10).

- 4 - II. 1. Bei der angefochtenen Verfügung vom 10. Februar 2006 (act. 2) handelt sich um einen vorsorglichen Massnahme-Entscheid im Rahmen eines Ehe- scheidungsverfahrens. Nachdem das Kassationsgericht die Zulässigkeit des Rekurses (vgl. § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO) verneint hat, wird mit der Nichtig- keitsbeschwerde zur Frage der Beschwerdelegitimation vorgetragen, in der Lehre werde die Auffassung vertreten, die prozessleitende Verfügung, mit welcher die Vertretung des Kindes im Prozess nicht angeordnet werde, müsse von demjenigen Elternteil, der die Kindesvertretung beantragt habe, selbständig und nicht erst mit dem Endurteil angefochten werden können. Denn das Rechtsinstitut der Kindesvertretung würde ad absurdum geführt, wenn deren Verweigerung erst zusammen mit dem Endurteil angefochten werden könnte, mit dem Ergebnis, dass gegebenenfalls das ganze Urteil, jedenfalls aber die Teile bezüglich der elterlichen Sorge und des persönli- chen Verkehrs aufgehoben werden müssten (SUTTER/FREIBURGHAUS, Kom- mentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 21 f., N 25 zu Art. 146/147 ZGB). § 283a Abs. 2 ZPO regle lediglich die Beschwerdelegiti- mation des urteilsfähigen Kindes und der Vormundschaftsbehörde im Scheidungs- und Trennungsprozess, welche in den bundesrechtlichen Bestimmungen zum Scheidungsverfahren in Art. 147 (recte: 146) Abs. 3 ZGB bzw. in Art. 147 (recte: 146) Abs. 2 Ziff. 2 ZGB als Drittantragsteller genannt seien. Aus der Nichterwähnung der Eltern bzw. der Scheidungs- parteien im kantonalen Prozessrecht (§ 283a Abs. 2 ZPO) sei daher nicht zu schliessen, diese seien zur Nichtigkeitsbeschwerde gegen die verweigerte Bestellung einer Kindesvertretung nicht legitimiert (act. 1 S. 5 Ziff. 6). 2. Das Kassationsgericht kam in seinem Entscheid vom 6. November 2006 zum Schluss, der Ausschluss des Rekurses gegen

einen prozessleitenden Entscheid in § 271 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO, mit dem die Anordnung einer Kindesvertretung abgelehnt werde, sei vom Gesetzgeber gewollt und ein solcher Entscheid demnach nicht selbständig rekursfähig; für dessen selbständige Anfechtung stehe einzig die Nichtigkeitsbeschwerde nach den §§ 282/283a

- 5 - Abs. 2 ZPO offen. Dabei könne die von der III. Zivilkammer des Obergerichts zu entscheidende Frage offen gelassen werden, ob der abgewiesene Vertretungsantrag eines Elternteils von diesem gestützt auf § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO oder in Analogie zu § 283a Abs. 2 ZPO selbständig angefochten werden könne (act. 7 [AA060042], E. II.5e bb [S. 25] m. Hinw. auf STECK, Rechtsmittel, Novenrecht, prozessuales Übergangsrecht, in: BRÄM, Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, 2001, S. 68, S. 89 und SPÜHLER, Neues Scheidungsverfahren, Supplement Zürich 2000, S. 63). Das Kassationsgericht erachtet die selbständige Anfechtbarkeit durch einen Elternteil eines urteilsunfähigen Kindes aber als "nahe liegend", nachdem die Eltern bei eigener Antragstellung immerhin ein Recht auf richterliche Prüfung und Anordnung einer Prozessbeistandschaft nach pflichtgemäßem Ermessen hätten (act. 7, a.a.O., m. Hinw. auf E. II.5c dd [S. 16 f.], vgl. auch E. II.4 [S. 7 ff.]). Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Beschwerdelegitimation eines Elternteils als gesetzlicher Vertreter des urteilsunfähigen Kindes analog § 283a Abs. 2 ZPO ist aber zu verneinen, solange beiden Eltern das Sorgerecht gemeinsam zusteht (vgl. act. 7, E. II.4, S. 8 f. m. Hinw. auf BSK ZGB I-SCHWENZER, Art. 297 N 2). Der Nichtigkeitskläger muss sich in diesen Fällen vielmehr darauf berufen können, durch den angefochtenen prozessleitenden Entscheid in seinen eigenen Rechten beeinträchtigt zu sein. Dabei gilt es wiederum zu berücksichtigen, dass die Ausgestaltung des elterlichen Besuchsrechts untrennbar mit den Interessen des Kindeswohls verknüpft ist. Der Begriff des Besuchsrechts enthält denn auch sowohl das Recht wie auch die Pflicht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, den Kontakt mit dem Kind zu pflegen (HEGNAUER, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, 1997, N 57 f. zu Art. 273 ZGB m. Hinw. auf die Lehre). Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es mithin nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGE 122 III 406 E. 3a; ZR 103 Nr. 35, E. IV.1a). Der Beschwerdeführer begründet die streitige Bestellung eines Prozessbeistands für seine Tochter M. denn auch mit dem Kindeswohl, welches wegen

- 6 - des Parental Alienation Syndrom (PAS) der Beschwerdegegnerin gefährdet sein soll (act. 1, S. 3 oben, S. 6 m. Hinw. auf act. 10, Prot. S. 26 ff. [Replik im Scheidungsverfahren]). Die Beschwerdelegitimation ist hinsichtlich der Verweigerung eines Prozessbeistands für das urteilsunfähige Kind M. daher gestützt auf § 282 Abs. 1 i.V.m. § 281 ZPO (Nachteil des Nichtigkeitsklägers) zu bejahen. III. 1. Auf eine selbständige Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen prozessleitenden Entscheid ist gemäss § 282 Abs. 1 ZPO nur unter der einschränkenden Voraussetzung einzutreten, dass entweder ein schwer wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher Natur droht, der durch einen dem Nichtigkeitskläger günstigen Endentscheid nicht mehr oder nicht mehr vollständig behoben werden kann (Ziff. 1), oder dass mit der Anfechtung ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (Ziff. 2). Ein solcher Nachteil kann insbesondere durch eine vorsorgliche Massnahme entstehen, die für die Dauer des Prozesses bestimmt ist und mit dem Endentscheid dahinfällt, so dass sie weder nachgeholt noch zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden kann. Dieser Nach-

teil ist glaubhaft zu machen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A. 1997, N 5 und N 5a zu § 282 ZPO). Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich vor, die Ablehnung einer angemessenen Vertretung schaffe für das nicht urteilsfähige Kind einen schwer wiedergutzumachenden Nachteil i.S. von § 282 Ziff. 1 ZPO. Zudem könne durch die selbständige Anfechtung ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Verfahren i.S. von § 282 Ziff. 2 ZPO erspart werden. Denn würde mit der Nichtbestellung des Prozessbeistands ein bundesrechtlicher Anspruch des Kindes verletzt, müsste das Scheidungsverfahren zwecks Wahrung der Rechte des Kindes zumindest hinsichtlich der Kinderbelange wiederholt werden (m. Hinw. auf SUTTER/FREIBURGHaus, a.a.O., N 22 zu Art. 146/147 ZGB; act. 1 S. 4 Ziff. II.5).

- 7 - 2. Nach dem Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber anderen Rechtsmitteln (§ 285 Abs. 1 ZPO) sind prozessleitende Entscheide mit ihr grundsätzlich nicht anfechtbar, wenn sie auch gegen den Endentscheid nicht gegeben ist; denn mit der Berufung gegen das Endurteil können auch noch alle Mängel des Verfahrens gerügt werden, wenn dagegen der Rekurs nicht zulässig war (§ 269 Abs. 1 und 2 ZPO; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 zu § 282, N 2b zu § 285 und N 7 zu § 269 ZPO). Die hier streitige Frage der Bestellung eines Prozessbeistands i.S. von Art. 146 f. ZGB wird noch im Rahmen der Berufung an das Obergericht (vgl. § 269 Abs. 2 ZPO) und der eidg. Berufung gemäss Art. 43 ff. OG (bzw. ab 1. Januar 2007 der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG) an das Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) mit freier Kognition überprüft werden können (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 2b in fine zu § 285 ZPO; SPÜHLER/VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 58; STECK, a.a.O., S. 68 f.; vgl. BGE 5P.6/2002, E. 2a). Mit dem Kassationsgericht ist sodann davon auszugehen, dass Art. 146 f. ZGB keine ausdrücklichen Vorschriften über die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden enthalten, so dass sich diese Frage - zumindest wenn es um die Vertretung des urteilsunfähigen Kindes geht (Art. 146 Abs. 2 ZGB e contrario) - ausschliesslich nach kantonalem Recht beurteilt (Art. 122 Abs. 2 BV; vgl. act. 7 E. II.5c dd, S. 16 f.). Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen einen prozessleitenden Entscheid nur dann zuzulassen, wenn ein Mangel vorliegt, der zu einem sofortigen definitiven Rechtsverlust führen würde, welcher in der Berufungsinstanz nicht mehr behoben werden könnte (GULDENER, Nichtigkeitsbeschwerde, § 15 Ziff. B.I S. 156 f.; PN060144, E. II.2). Nach der Praxis der III. Zivilkammer kann ein Nachteil i.S. von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO daher insbesondere dann bejaht werden, wenn die Obhutszuteilung von Kindern oder das Besuchsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils streitig ist (PN020242; PN030031; PN040182) oder eine Kindesentführung droht (PN040240, E. III.2). Der Beschwerdeführer begründete sein Gesuch vom

- 8 - 21. Dezember 2005 um Bestellung eines Prozessbeistands damit, dass seine Tochter ihm am 20. Dezember 2005, also unmittelbar vor dem mehrtägigen Weihnachtsbesuch, am Telefon gesagt habe, sie wolle nicht zu ihm "wohnen kommen". Als er die Beschwerdegegnerin darauf angesprochen habe, habe sie ihm geantwortet, er müsse zuerst einmal beweisen, dass er ein Recht auf die Tochter habe, er sei ja nur ihr Erzeuger. Dieses Verhalten sei Ausdruck eines Parental Alienation Syndrom (m. Hinw. auf ZR 104 [recte: 103] Nr. 35). 3. Der Beschwerdeführer hatte bereits anlässlich der Verhandlung vom 19. Dezember 2005 vorgetragen, das Parental Alienation Syndrom sei als emotionaler

Kindesmissbrauch zu werten und rechtfertige wie der Verdacht des sexuellen Missbrauchs eine unverzügliche Intervention. Es bestehe die Gefahr einer vollständigen Entfremdung der Tochter M. von ihrem Vater und damit auch eine Gefährdung ihrer gesunden Entwicklung; allenfalls seien Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 146 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB angezeigt (act. 10/13). Die Beschwerdegegnerin bestritt in ihrer Stellungnahme vom 17. Januar 2006 die Darstellung des Telefongesprächs seitens des Beschwerdeführers und das ihr vorgeworfene Verhalten im Sinne eines Parental Alienation Syndrom (act. 20/25, S. 2 Abs. 3 und 4). Das Besuchsrecht sei vom 26. bis 30. Dezember 2005 wie vereinbart und zufriedenstellend verlaufen. Sollte sich die Bestellung eines Prozessbeistands schliesslich als richtig erweisen und auf Anfechtung des Endurteils hin erfolgen, besteht die Gefahr, dass sich die durchaus glaubhaft dargestellte Entfremdung M.s von ihrem Vater während des Scheidungsprozesses weiter verfestigt. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher gestützt auf § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO wegen Gefährdung des Kindeswohls zuzulassen (vgl. vorne E. III.2 und hinten E. IV.3 am Anfang). IV. 1. Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat lediglich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen i.S. von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO zum Gegenstand. Es kann daher nur geltend gemacht werden, der angefochtene

- 9 - Entscheidung beruhe auf der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder er verstosse gegen klares materielles Recht (Ziff. 3). Nach § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ist vom Nichtigkeitskläger nachzuweisen, inwiefern und weshalb der angefochtene Entscheidung an einem Nichtigkeitsgrund leiden soll; nur insoweit dies geschieht, überprüft die Kassationsinstanz den sachrichterlichen Entscheidung (§ 290 ZPO). 2. Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde wird gerügt, die Vorinstanz treffe willkürliche Annahmen i.S. von § 281 Ziff. 2 ZPO und verletze klares materielles Recht i.S. von § 281 Ziff. 3 ZPO, indem sie die Notwendigkeit einer Prozessvertretung mit der Begründung verneine, die Parteien hätten sich am 19. Dezember 2005 für das Besuchsrecht an Weihnachten 2005 einigen können und dieses sei zufriedenstellend verlaufen. Denn es gehe um weit mehr als um Differenzen bezüglich der Ausübung des Besuchsrechts, habe der Beschwerdeführer doch mit der Replik die alleinige Zuteilung der elterlichen Sorge für sich beantragt (m. Hinw. auf act. 10, Prot. S. 26 ff.). Eine Prozessvertretung für das Kind M. sei notwendig, damit diesem Gehör verschafft werde und der in Kindesbelangen geltenden Offizialmaxime (Art. 145 Abs. 1 ZGB) auch rechtsgenügend nachgekommen werde. Dies werde von der Einzelrichterin verkannt. Dieselben Nichtigkeitsgründe erfülle die Vorinstanz mit ihrer Erwägung, die Anordnung eines Prozessbeistands gemäss Art. 146 ZGB sei nur dann "obligatorisch", wenn sie vom urteilsfähigen Kind selbst beantragt werde. Wenn dem so wäre, könnte der Richter, wie vorliegend geschehen, beim Antrag eines gesetzlichen Vertreters des urteilsunfähigen Kindes das Vorliegen wichtiger Gründe verneinen, mit dem stossenden Ergebnis, dass das urteilsunfähige und schutzbedürftigere Kind zu seinem Nachteil ungleich behandelt würde. 3. Die Einzelrichterin hat die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Notwendigkeit eines Prozessbeistands mit seinem Antrag um Zuteilung der elterlichen Sorge und dem Kontaktrecht des Kindes zu beiden Eltern begründete, sehr wohl in ihre Erwägungen einbezogen (vgl. act. 2, S. 2

- 10 - Abs. 2). Der Tatbestand einer willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO) ist somit offensichtlich nicht erfüllt. Die Regelung der obligatorischen Bestellung eines Prozessbeistands auf Antrag des urteilsfähigen Kindes ist dem Wortlaut von Art. 146 Abs. 3 ZGB zu entnehmen. Nach Art. 146 Abs. 1 und 2 ZGB ist für das urteilsunfähige

Kind dagegen von Amtes wegen ein Prozessbeistand anzuordnen, wenn "wichtige Gründe" einen solchen erforderlich erscheinen lassen, "insbesondere" wenn einer der in Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 aufgezählten Tatbestände erfüllt ist. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts liegt offensichtlich nicht vor, sind doch die unterschiedlichen Voraussetzungen der Bestellung des Prozessbeistands für das urteilsfähige bzw. urteilsunfähige Kind vom Bundesgesetzgeber klar gewollt (vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, N 4 zu Art. 146/147 ZGB; FAMKOMM SCHEIDUNG/SCHWEIGHAUSER, Art. 146 ZGB N 15, N 21 mit weiteren Hinweisen auf die Lehre). Die zwingende Bestellung des Prozessbeistands für das urteilsfähige Kind durch das Gericht, ohne dass diesem dabei ein Ermessen zustünde, ersetzt dessen Handlungsunfähigkeit und steht ihm um seiner Persönlichkeit willen zu (vgl. Art. 13 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 ZGB). Die Vorinstanz verneinte die Glaubhaftmachung eines wichtigen Grundes i.S. von Art. 146 Abs. 1 ZGB, mit der Begründung, das Besuchsrecht vom 26. bis 30. Dezember 2005 sei gemäss Parteivereinbarung und zufriedenstellend verlaufen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genüge der alleinige Umstand, dass die Frage der Kindeszuteilung streitig sei, nicht, um eine Prozessbeistandschaft anzuordnen (m. Hinw. auf BGE 5P.139/2002, E. 2). Der Beschwerdeführer trägt keinerlei Nichtigkeitsgründe hinsichtlich der von der Vorinstanz dargestellten Besuchsrechtsausübung vom 26. bis 30. Dezember 2005 vor. Die Einzelrichterin hat ihr Ermessen im Rahmen von Art. 146 Abs. 1 ZGB ausgeübt, mit dessen Ergebnis der Beschwerdeführer nicht einverstanden ist. Auf seine diesbezügliche appellatorische Kritik, die überdies völlig unsubstanziert vorgetragen wird, ist nicht einzutreten (§ 290 ZPO). 4. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind dem Gesuchsteller

- 11 - und Beschwerdeführer aufzuerlegen. Da keine Beschwerdeantwort eingeholt wurde, sind der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin keine Umtriebe entstanden, welche die Zusprechung einer Prozessentschädigung rechtfertigten. Eine Prozessentschädigung ist ihr für das Beschwerdeverfahren daher nicht zuzusprechen.

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