

ZSU.2023.182 ft
(SF.2023.15)
Art. 71

Entscheid vom 18. Oktober 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
Oberrichter Lindner
Oberrichter Holliger
Gerichtsschreiber Hess

Klägerin **A.**_____,
[...]
vertreten durch lic. iur. Daniela Fischer, Rechtsanwältin,
Löwenstrasse 17, Postfach, 8021 Zürich 1

Beklagter **B.**_____,
[...]
vertreten durch lic. iur. Markus Sigg, Rechtsanwalt,
Industriestrasse 5a, Postfach, 6210 Sursee

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (Kindes-
schutz) während des Scheidungsverfahrens (OF.2021.108)

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin und der Beklagte (beide geboren 1972) sind die verheirateten Eltern des Sohnes C._____ (geboren am tt.mm. 2017). Eine vom Beklagten am 31. August 2020 erhobene Klage betreffend Anfechtung seiner Vaterschaft wurde mit Entscheid des Bezirksgerichts Q._____ vom 4. Juni 2021 abgewiesen.

2.

2.1.

Am 2. Februar 2023 beantragte die Klägerin als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren:

" 1.

Die elterliche Sorge bezüglich sämtliche medizinische und schulische Belange des Sohnes C._____, geb. tt.mm. 2017, vorsorglich der Beklagten alleine zuzuteilen.

2.

Eventualiter sei die Beklagte vom Gericht zu ermächtigen, ohne Unterschrift bzw. das Einverständnis des Klägers sämtliche für die Prüfung des Bedarfs von verstärkten Massnahmen / Sonderbeschulung des gemeinsamen Sohn C._____, geb. tt.mm. 2017, notwendigen Anmeldungen oder Abklärungen zu unterzeichnen oder andere in diesem Zusammenhang stehenden Rechtshandlungen vorzunehmen und diese umzusetzen.

3.

Die Anträge 1 bis 3 vorstehend seien superprovisorisch d.h. ohne Anhörung des Klägers anzuordnen.

4.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers."

2.2.

Mit Eingabe vom 5. Mai 2023 beantragte der Beklagte bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Q._____, "zum Wohl von C._____ und für ihn zu handeln und die Vermutung der Vaterschaft [des Beklagten] beim Gericht nach Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anzufechten". Das entsprechende Verfahren (KEMN.2023.548) wurde mit Entscheid des Familiengerichts Q._____ vom 23. Mai 2023 "zufolge sachlicher Zuständigkeit gemäss Art. 315a ZGB an das zuständige Gerichtspräsidium im Verfahren betreffend Scheidung (OF.2021.108) bzw. vorsorgliche Massnahmen (Kindeschutz) während des Scheidungsverfahrens (SF.2023.15) überwiesen".

2.3.

An der Verhandlung vom 5. Juni 2023 wurden die Parteien befragt. Sie äusserten sich zu Rechtserörterungen und zur Beweiswürdigung.

2.4.

Mit Entscheid vom 5. Juni 2023 erkannte das Bezirksgericht Q.____, Präsidium des Familiengerichts:

" 1.

In Abänderung des Eheschutzurteils (Entscheid der Gerichtspräsidentin des Bezirksgerichts Q.____ vom 15. Februar 2021; SF.2020.52) werden die Ziffern 3.2 und 5 wie folgt neu geregelt:

3.2.

3.2.1.

Die elterliche Sorge des Gesuchgegners wird gemäss Art. 308 Abs. 3 ZGB bezüglich sämtlicher medizinischer und schulischer Belange sowie die Erteilung von Reisedokumenten betreffend C.____, geb. tt.mm. 2017, beschränkt.

3.2.2.

Die Beistandschaft umfasst neu folgende, vollständig aufgeführte Aufgabenbereiche:

- die Gesuchstellerin und den Gesuchgegner in ihrer Sorge um den Sohn mit Rat und Tat zu unterstützen (bisher);
- die erteilten Weisungen zu überwachen und gegebenenfalls Antrag zur Anpassung der Massnahmen an die zuständige Kindesschutzbehörde zu stellen (neu);
- Abklärungen betreffend die mögliche Vaterschaft von D.____ in R.____ (Inhaber von E.____) zu treffen (neu);
- Abklärungen betreffend eine mögliche Vaterschaftsanerkennung durch den behaupteten, leiblichen Vater, D.____ zu treffen (neu);
- Zahlungsfähigkeit des behaupteten, leiblichen Vaters, D.____ zu überprüfen (neu);
- die Ergebnisse der Abklärungen sind dem Familiengericht im Scheidungsverfahren (OF.2021.108) mitzuteilen (neu).

5.

Gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB wird im Interesse des gemeinsamen Kindes den Parteien folgende Weisungen erteilt:

- Gemäss Art. 274 Abs. 1 ZGB haben die Eltern alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes, C.____, zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert (bisher);
- zur Sicherstellung des Kindeswohls haben die Eltern sämtliche Termine bei dem Beistand des Kindes wahrzunehmen (bisher).

2.

Über das weitere Verfahren betreffend die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung wird separat entschieden.

Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Entscheidgebühr von CHF 3'850.00 (inkl. CHF 500.00 für die superprov. Verfügung) werden den Parteien je zur Hälfte mit CHF 1'925.00 auferlegt.

4.

Jede Partei trägt ihre Parteikosten selber."

3.

3.1.

Am 17. August 2023 (Postaufgabe) reichte der Beklagte fristgerecht Berufung gegen den ihm am 8. August 2023 in begründeter Fassung zugestellten Entscheid ein. Er beantragte:

" 1. a)

In Aufhebung Erkenntnis Ziff. 2 des Entscheids der Vorinstanz vom 5. Juni 2023 sei der Beiständin für das Kind der Parteien, C._____, geb. tt.mm. 2017, den Auftrag zu erteilen, im Namen von C._____ nach Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB die Vermutung der Vaterschaft des Berufungsklägers anzufechten.

b)

Eventualiter sei, in Aufhebung Erkenntnis Ziff. 2 des Entscheids der Vorinstanz vom 5. Juni 2023, die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung und mit der Anweisung zurückzuweisen, der Beiständin für das Kind der Parteien, C._____, geb. tt.mm. 2017, den Auftrag zu erteilen, im Namen von C._____ nach Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB die Vermutung der Vaterschaft des Berufungsklägers anzufechten.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen der Berufungsbeklagten (zzgl. Mehrwertsteuer) in allen Instanzen."

3.2.

Mit Schreiben vom 28. August 2023 wandte sich die Klägerin an das Bezirksgericht Q._____ und bat dieses, Fr. 950.00 dem Beklagten in Rechnung zu stellen, da dieser die Begründung verlangt habe. Diese Eingabe wurde dem Obergericht übermittelt.

3.3.

In der von der Klägerin am 4. September 2023 erstatteten "Berufungsantwort/Beschwerdeantwort" wurde beantragt:

" 1.

Die Berufung/Beschwerde des Klägers vom 20. Juni 2022 sei vollumfänglich abzuweisen sofern darauf einzutreten ist.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers."

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Ist ein Kind während der Ehe geboren, gilt gemäss Art. 255 Abs. 1 ZGB der Ehemann als Vater. Diese Vaterschaftsvermutung kann einerseits (ohne weitere Voraussetzungen) vom Ehemann und andererseits vom Kind angefochten werden, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat (Art. 256 Abs. 1 ZGB). Für das Kind handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, das vom Recht des Ehemannes seiner Mutter unabhängig ist, und welches es, wenn es urteilsfähig ist, selber ausüben kann (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Fehlt die Urteilsfähigkeit, muss das Kind durch einen Vertretungsbeistand handeln, welcher die Anfechtungsklage im Namen des Kindes erhebt (Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB). Die Kindesschutzbehörde bzw. während eines eherechtlichen Gerichtsverfahrens das für dieses Verfahren zuständige Gericht (Art. 308 und Art. 315a Abs. 1 ZGB), welche zur Ernennung eines solchen Beistands angerufen wird, muss bestimmen, ob die Erhebung einer Anfechtungsklage im Kindeswohl liegt. Sie muss zunächst untersuchen, ob es Indizien gibt, die ernsthaft an der biologischen Vaterschaft des Ehemannes der Mutter zweifeln lassen. Trifft dies zu, muss sie in der Folge eine Abwägung der Kindesinteressen vornehmen, indem sie die Situation mit und ohne Anfechtung der Vaterschaft vergleicht. Sie muss sowohl den psychologischen und sozialen, als auch den finanziellen Folgen, wie dem Verlust des Unterhaltsanspruchs oder einer Erbanwartschaft, Rechnung tragen. Die Einreichung einer Anfechtungsklage liegt beispielsweise nicht im Kindesinteresse, wenn es unsicher ist, ob das Kind einen anderen rechtlichen Vater werden können, wenn der Unterhaltsbeitrag sich wesentlich vermindern würde, wenn das enge Verhältnis des Kindes zu seinen Geschwistern erheblich gestört würde oder wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Kind in psychologisch-sozialer Hinsicht eine positive Beziehung zu seinem Erzeuger wird pflegen können (BGE 5A_593/2011 E. 3.1.1 mit Hinweisen).

2.

2.1.

Die Vorinstanz hat zum am 5. Mai 2023 vom Beklagten gestellten Antrag, "zum Wohl von C._____ und für ihn zu handeln und die Vermutung der Vaterschaft [des Beklagten] beim Gericht nach Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anzufechten", ausgeführt, an der Verhandlung vom 5. Juni 2023 habe sich die Klägerin auf den Standpunkt gestellt, das Auseinanderfallen des rechtlichen und des biologischen Vaters stelle keine Kindeswohlgefährdung dar.

Das Kind habe eine lockere Beziehung zum leiblichen Vater. Es gebe telefonische Kontakte, er sehe ihn zweimal im Monat und er nenne ihn Papi. Die Klägerin habe an der Gerichtsverhandlung vom 5. Juni 2023 auf Nachfrage D._____ als leiblichen Vater des Kindes bestätigt und offiziell die Nichtvaterschaft des Beklagten anerkannt. Es sei zwar zutreffend, dass der Eintrag eines Vaters, der nicht der leibliche Vater des Kindes sei, für sich allein keine Kindeswohlgefährdung darstelle. Indes stehe es auch nicht im Interesse des Kindes, einen Vater im Register eingetragen zu haben, zu dem keinerlei Beziehung bestehe, wenn der leibliche Vater bekannt sei, dieser seinen väterlichen Pflichten nachkommen könne und auch ein Kontakt zwischen Vater und Kind bestehe. Unter diesen Umständen erscheine es gerechtfertigt, der Beiständin den (zusätzlichen) Auftrag zu erteilen, abzuklären, ob es im Interesse des Kindes liege, den genannten D._____ auch als rechtlichen Vater im Zivilstandsregister eintragen zu lassen und vorgängig die vermutete Vaterschaft des Beklagten anzufechten. Um dies beurteilen zu können, sei es notwendig, vorerst abzuklären, ob D._____ tatsächlich der leibliche Vater von C._____ sei und ob dieser auch bereit und in der Lage sei, für den Unterhalt des Sohnes angemessen aufzukommen. Ob in der Folge davon der Beiständin der Auftrag zu erteilen sein werde, die Vaterschaftsvermutung im Namen des Kindes anzufechten, werde Gegenstand eines nächsten Verfahrens sein. Die vom Beklagten angefochtene Ziffer 2 des Entscheids vom 5. Juni 2023 lautet denn auch:

" Über das weitere Verfahren betreffend die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung wird separat entschieden.

Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen."

2.2.

Im angefochtenen Entscheid wurde somit nicht über den vom Beklagten am 5. Mai 2023 gestellten Antrag entschieden. Vielmehr wurde damit zum Ausdruck gebracht, dass der Entscheid über die Ernennung einer Beiständin mit dem Auftrag der Vaterschaftsanfechtung nach Vorliegen der Ergebnisse der von der Vorinstanz in Ziffer 1/3.2/3.2.2 angeordneten Abklärungen durch die Beiständin getroffen wird.

Wie die Klägerin in ihrer "Berufungsantwort/Beschwerdeantwort" (S. 3 f.) zutreffend ausführt, handelt es sich beim angefochtenen Entscheid, soweit damit der Beiständin Abklärungsaufträge erteilt wurden und der Entscheid über die Erteilung eines Auftrags zur Vaterschaftsanfechtung auf den Zeitpunkt nach Vorliegen der Abklärungsergebnisse in Aussicht genommen wurde, um eine prozessleitende Verfügung (vgl. SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2021, N. 2 zu Art. 124 ZPO). Prozessleitende Verfügungen sind, ausser in den vom Gesetz bestimmten Fällen, nur anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b

Ziff. 2 ZPO). Der Beklagte macht in seiner als Berufung bezeichneten Eingabe keinerlei Ausführungen dazu, inwiefern durch die angefochtene Anordnung der Vorinstanz ein solcher nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Auf die Berufung bzw. Beschwerde des Beklagten ist somit nicht einzutreten.

3.

Nachdem der vorinstanzliche Entscheid der Klägerin am 9. August 2023 zugestellt wurde (act. 66), endete für sie die Berufungs- bzw. Beschwerdefrist von 10 Tagen (Art. 314 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO) am 21. August 2023 (Art. 142 Abs. 1 und 3 sowie Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Auf die nach Ablauf dieser Frist am 28. August 2023 (Postaufgabe) eingereichte Eingabe der Klägerin, mit der sie bat, Fr. 950.00 dem Beklagten in Rechnung zu stellen, da dieser die Begründung verlangt habe, ist somit nicht einzutreten, soweit sie überhaupt als Rechtsmitteleingabe zu verstehen ist.

4.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO, Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 3 Abs. 1 und 11 Abs. 2 VKD) wird in Anbetracht der nicht ins Gewicht fallenden Eingabe der Klägerin vom 28. August 2023 ausgangsgemäss dem Beklagten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Zudem hat der Beklagte der Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anwaltskosten zu ersetzen, welche gerichtlich auf Fr. 1'346.00 festgesetzt (Art. 105 Abs. 2 ZPO) werden (Grundentschädigung für ein unterdurchschnittlich aufwendiges Verfahren Fr. 2'000.00 [§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT]; Verhandlungsabzug 20 % [§ 6 Abs. 1 und 2 AnwT]; Rechtsmittelabzug 25 % [§ 8 AnwT]; Auslagen pauschal Fr. 50.00 [§ 13 AnwT]; 7.7 % MwSt.).

Das Obergericht erkennt:

1.

Auf die Berufung des Beklagten und die Beschwerde der Klägerin wird nicht eingetreten.

2.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 1'000.00 wird dem Beklagten auferlegt und in dieser Höhe mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.00 verrechnet (vgl. Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ihre für das Berufungsverfahren gerichtlich auf Fr. 1'346.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern) festgesetzten Anwaltskosten zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 18. Oktober 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess