



AR GVP 30/2018, Nr. 3733

Ausnahme vom Schlichtungsobligatorium (Art. 198 lit. b^{bis} ZPO). Anforderungen an das Tätigwerden der Kindesschutzbehörde in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht. Voraussetzungen für das Vorliegen des Ausnahme-tatbestandes in casu verneint.

Entscheid des Einzelrichters des Obergerichts, 19.06.2018, ERZ 18 6

Aus den Erwägungen:

2. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

2.1 Wer glaubhaft macht, dass ein ihm zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihm daraus ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, kann vom Richter die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen, insbesondere zur Wahrung des bestehenden Zustandes oder zur vorläufigen Gestaltung eines Rechtsverhältnisses (Art. 261 f ZPO, Art. 304 ZPO). Vorab ist zu prüfen, ob die Klage in der Sache überhaupt Aussicht auf Erfolg hat, denn der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist nicht gerechtfertigt, wenn die Hauptbegehren zum Vornherein als aussichtslos erscheinen (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, S. 355 Rz. 211; PATRICK A. STACH, Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und st. gallischem Zivilprozessrecht, 1991, S. 126 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 11.192 f; ANDREAS GÜNGERICH, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 16 zu Art. 261 ZPO; ROHNER/WIGET, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 6 zu Art. 261 ZPO). Aussichtslos sind die Hauptbegehren insbesondere auch dann, wenn auf ihre materielle Beurteilung zufolge prozessualer Hindernisse erst gar nicht eingetreten werden kann.

2.2 Vor der Vorinstanz war umstritten, ob in der Hauptsache das Schlichtungsobligatorium verletzt worden sei und deshalb auf die Klage nicht eingetreten werden könne. Die Vorinstanz hat diese Frage verneint mit der Begründung, Art. 198 b^{bis} ZPO finde Anwendung, weshalb kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden müsse. Die KESB des Kantons Glarus habe immer wieder versucht, zwischen den Parteien eine Einigung zu erreichen. Zuletzt habe Beistand Z. am 16. August 2017 eine ausserordentliche Lösung für die Betreuung von G. für die folgenden Tage gefunden. Es hätten also Vermittlungsversuche der KESB innerhalb von 3 Monaten vor der Klageeinleitung stattgefunden.

Dem hält die Berufungsklägerin entgegen, der Berufungsbeklagte habe die KESB Glarus nicht als Schlichtungsinstanz angerufen, sondern um eine Gefährdungsmeldung zu deponieren. Zudem sei die Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO, die auch im Rahmen von Art. 198 b^{bis} ZPO gelten müsse, verletzt worden: Der letzte Vermittlungsversuch der KESB Glarus sei Anfang Februar 2017 und damit rund neun Monate vor der Klageeinleitung durchgeführt worden. Unerheblich sei, dass im Zeitpunkt der Klageeinleitung das Verfahren vor der KESB Glarus noch hängig gewesen sei.

Der Berufungsbeklagte bestreitet die Ausführungen der Berufungsklägerin. Zur Begründung verweist er einzig auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid. Die Vertreterin des Kindes hat auf eine Stellungnahme zu diesem Punkt ausdrücklich verzichtet.

2.3 Mit Klage an das Kantonsgericht vom 7. November 2017 hat der Kläger die Zuteilung der Obhut an sich und die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages verlangt. Aufgrund der Kompetenzattraktion gemäss Art. 298d Abs. 3 ZGB sind beide Punkte durch ein Gericht zu entscheiden. Dem Entscheidverfahren vor Gericht geht grundsätzlich ein Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO). Diesbezüglich sieht der seit dem 1. Januar 2017 in Kraft stehende Art. 198 lit. b^{bis} ZPO eine Ausnahme vor, wenn ein Elternteil vor der Klage die Kindesschutzbehörde angerufen hat. Ist Letzteres nicht der Fall, ist die Durchführung des Schlichtungsverfahrens und die daraus resultierende gültige Klagebewilligung zwingend. Sie sind Teil der gehörigen Verfahrenseinleitung und damit Prozessvoraussetzung für die Unterhalts- und Obhutsklage (Art. 59 ZPO). Wurde das Schlichtungsverfahren zu Unrecht nicht durchgeführt, hat das Gericht auf die dennoch erhobene Klage nicht einzutreten (SIMON ZINGG, Berner Kommentar, ZPO, 2012, N. 161 zu Art. 59 ZPO und N. 14 zu Art. 60 ZPO; ALEXANDER ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 57 zu Art. 59 ZPO; MYRIAM A. GEHRI, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 60 ZPO; EVA SENN, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhalts, in: Fampra 2017, S. 995; Urteil des Obergerichts Zürich RZ170004 vom 20. Juli 2017 E. 3.2; wohl anderer Meinung BORIS MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 76 ff. zu Art. 59 ZPO, der postuliert, es sei dem Kläger eine Nachfrist für die Beibringung der Klagebewilligung anzusetzen).

Art. 198 lit. b^{bis} ZPO dient der Vermeidung von Doppelspurigkeiten: Wenn sich bereits eine Behörde mit der Streitsache befasst hat und in diesem Verfahren Gelegenheit zur einvernehmlichen Regelung und Kompetenz der Behörde zur Genehmigung derselben bestanden hat, ist ein erneuter Schlichtungsversuch entbehrlich (EVA SENN, a.a.O., S. 991). Zu verlangen ist eine minimale vermittelnde Tätigkeit der KESB; die bloss einseitige Beratung eines Elternteils genügt nicht (EVA SENN, a.a.O., S. 992). Hingegen ist es nicht erforderlich, dass die KESB in allen später vor Gericht geltend gemachten Punkten vermittelt (EVA SENN, a.a.O., S. 993): Es genügt die fehlgeschlagene Vermittlung in einem Hauptpunkt. Hinsichtlich der Wirkungskdauer eines entsprechenden Schlichtungsversuchs hat der Gesetzgeber keine Regelung getroffen; vor dem Hintergrund von Art. 209 Abs. 3 ZPO muss indessen von einer Befristung ausgegangen werden: Es wäre sachlich nicht zu rechtfertigen, wenn nach dem einmaligen Anrufen der KESB für alle Zukunft direkt geklagt werden könnte. Zur Dauer der Befristung finden sich in den Materialien keine Hinweise. Das Zivilgericht Basel-Stadt geht von einer Frist von 6 Monaten aus, in denen nach erfolglosem Abschluss eines Vermittlungsversuches durch die KESB direkt beim Gericht geklagt werden kann (EVA SENN, a.a.O., S. 994; bestätigt vom Präsidenten des Zivilgerichts Basel-Stadt, Bruno Lötscher-Steiger, in seinem Vortrag zum Schlichtungsverfahren anlässlich der ZPO-Tagung 2017 in Basel am 3. November 2017). Wiederum mit Blick auf Art. 209 Abs. 3 ZPO erscheint eine Frist von über 6 Monaten als nicht angemessen. Ob die Frist aber - in Analogie zu Art. 209 Abs. 3 ZPO - auf 3 Monate oder nach der Basler Praxis auf 6 Monate anzusetzen ist, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden.

2.4 Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt die eben genannten Fristen (rückwärts) zu berechnen sind: Ist es die Einreichung der Klage bei der Vorinstanz (7. November 2017) oder beim Kantonsgericht Glarus (11. Juli 2017)? Die mögliche Relevanz der zweiten Variante folgt aus Art. 63 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung einer Eingabe, wenn auf diese wegen fehlender Zuständigkeit nicht eingetreten wird und sie innert eines Monats beim zuständigen Gericht neu eingereicht wird. Der Entscheid des Kantonsgerichts Glarus wurde dem Vertreter des Berufungsbeklagten am 5. Oktober 2017 ausgehändigt. Die Monatsfrist lief damit in Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR bis am 5. November 2017. Bei diesem Tag handelte es sich um einen Sonntag, weshalb die Frist nach Art. 142 Abs. 3 ZPO am Montag, 6. November 2017 endete. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn der Fristbeginn auf den der Aushändigung folgenden Tag angesetzt wird (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Erst am Folgetag und damit im Sinne von Art. 63 Abs. 1 ZPO verspätet hat der Berufungsbeklagte seine Klage beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden neu eingereicht. Art. 63 Abs. 1 ZPO kann deshalb keine Anwendung finden. Massgeblicher Zeitpunkt ist somit der 7. November 2017.

2.5 Zu fragen ist also, ob in der Zeit vom 7. Mai 2017 (6 Monate) bzw. 7. August 2017 (3 Monate) bis 7. November 2017 Vermittlungsbemühungen der KESB Glarus stattgefunden haben. Diese Frage ist zu verneinen. Die Präsidentin der KESB Glarus hat in einer E-Mail vom 17. Juni 2017 erklärt, ihre Behörde sei für die Abklärung und Regelung der Kinderbelange nicht mehr zuständig; die KESB Glarus führe nur noch die Beistandschaft. Im gleichen Sinne das Schreiben der KESB Glarus an die Beteiligten vom 1. Juni 2017. Diese beiden Unterlagen sind die einzigen beiden relevanten Urkunden, die von der KESB Glarus im hier interessierenden Zeitraum ab 7. Mai 2017 und damit ab act. 856 der Akten der KESB Glarus verfasst worden sind. Diese beiden Urkunden enthalten keinerlei Hinweise auf Vergleichsbemühungen der KESB Glarus. Die Hinweise der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auf die Vermittlungsbemühungen der KESB Glarus betreffen Vorgänge im Zeitraum August 2016 bis Februar 2017. Die von der KESB Glarus initiierte Mediation wurde bereits im November 2016 wieder abgebrochen. Es bleibt deshalb einzig der Versuch des Beistandes Z., die gerichtliche Besuchsrechtsregelung umzusetzen. In diesem Zusammenhang hat er, worauf die Vorinstanz im Wesentlichen abstellt, am 16. August 2017 für den Zeitraum 17. bis 19. August 2017 einen Kontakt des Vaters zu seiner Tochter initiiert. Dieser Vorgang muss bezüglich Art. 198 lit. b^{bis} ZPO aus zwei Gründen unbeachtlich bleiben: Zum einen handelt es sich nicht um eine Aktion der KESB Glarus, sondern des von ihr eingesetzten Beistandes. Dieser war aber „nur“ mit der Umsetzung des Besuchsrechts beauftragt worden, nicht aber, wie etwa das Mediations-Team St. Gallen, zur Vermittlung zwischen den Parteien und zur Erarbeitung von Vereinbarungen. Ohne eine Delegation von Vermittlungsaufgaben kann das Tätigwerden des Beistandes nicht der KESB zugeordnet werden. Zum anderen war die Tätigkeit des Beistandes im August 2017 nicht darauf gerichtet, in einem Hauptpunkt (Unterhalt, Obhut) eine Lösung zu finden.

Somit ist festzustellen, dass die KESB Glarus im Zeitraum ab 7. Mai 2017 keine vermittelnde Tätigkeiten mehr ausgeübt hat. Allein die Hängigkeit eines Verfahrens vor der KESB kann für die Anwendung von Art. 198 lit. b^{bis} ZPO nicht genügen. Denn von einer unerwünschten Doppelspurigkeit kann nur dann die Rede sein, wenn das Verfahren vor der KESB Ähnlichkeiten zum Schlichtungsverfahren gemäss ZPO (Art. 202 ff.) aufweist. Wenn die KESB an die Stelle der Schlichtungsbehörde treten soll, muss sie zumindest ansatzweise deren Aufgaben, wie sie in Art. 201 Abs. 1 ZPO normiert sind, übernehmen. Nach dem Februar 2017 hat die KESB Glarus - oder von ihr beauftragte Stellen oder Personen - keine solchen Aufgaben mehr erfüllt.

Zusammenfassend kann Art. 198 lit. b^{bis} ZPO keine Anwendung finden. Die Vorinstanz wird demnach in der Hauptsache auf die Klage nicht eintreten können. Dies führt dazu, dass bei Interesse einer Partei an einer gerichtlichen Regelung ein erneuter Schlichtungsversuch unternommen werden muss. Auch wenn ein solcher Versuch angesichts der dokumentierten Unversöhnlichkeit der Parteien nicht sehr erfolgversprechend ist, kann von ihm nicht abgesehen werden. Diese Situation ist vergleichbar mit jener nach Ablauf der Gültigkeit einer Klagebewilligung (Art. 209 Abs. 3 ZPO), in der unabhängig von den konkreten Verhältnissen ein neues Schlichtungsverfahren einzuleiten ist (JÖRG HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 13 zu Art. 209 ZPO; DOMINIK INFANGER, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 26 zu Art. 209 ZPO; URS EGLI, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 26 zu Art. 209 ZPO; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 209 ZPO; CHRISTINE MÖHLER, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 209 ZPO; CLAUDE SCHRANK, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2015, Rz. 632).

2.6 Nur am Rande sei schliesslich auf folgendes hingewiesen: Die Berufungsklägerin hat moniert, die KESB habe keine Bestätigung für ihre Vermittlungsbemühungen eingereicht. Dazu kann auf die zutreffenden Ausführungen von EVA SENN verwiesen werden (a.a.O., S. 994):

„Das Gesetz schreibt nicht vor, in welcher Form der Nachweis der Anrufung der Kindesschutzbehörde zu erbringen ist. Aus Sicht der Praxis wäre es wünschenswert, dass die Behörden eine Bestätigung ausstellen,

welche darüber Auskunft gibt, ob beide Eltern erfolgreich kontaktiert werden konnten, welche Vermittlungsbemühungen stattgefunden haben und wann/mit welchem Ergebnis diese abgeschlossen worden sind. Die KESB Basel-Stadt beispielsweise stellt den Eltern nach erfolglosem Einigungsversuch eine Bestätigung aus, welche der Klage beigelegt werden kann. Der Nachweis muss aber auch in anderer Form möglich sein, beispielsweise durch Einreichung von Korrespondenz, E-Mails etc. Im Zweifelsfall sind amtliche Erkundigungen bei der zuständigen Kindesschutzbehörde einzuholen, da das Gericht die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 60 ZPO), das Gleiche gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch für die Schlichtungsbehörden.“

Gleich wie die eben erwähnte KESB Basel-Stadt wollen die Kindeschutzbehörden des Kantons Zürich vorgehen (Ziffer 8.1 des Leitfadens des Obergerichts Zürich zum neuen Unterhaltsrecht, <http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Leitfaden_Unterhaltsrecht_0703.pdf> [zuletzt besucht am 19. Juni 2018]).

2.7 Die Aussichtslosigkeit der Klage in der Hauptsache führt zur Verneinung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Mithin ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.

Das Bundesgericht ist auf die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde der Berufungsklägerin am 23. August 2018 nicht eingetreten (Urteil BGer 646/2018)