

AR GVP 32/2020 Nr. 3786

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 276 Abs. 1 ZPO); Unterhalt während Fremdplatzierung (Art. 289 Abs. 2 und Art. 315a Abs. 1 ZGB). Ordnet der Massnahmerichter die Fremdplatzierung eines Kindes an, hat das zur Folge, dass es sich beim Kindesunterhalt um einen verfahrensfremden Anspruch handelt, für dessen Beurteilung der Massnahmerichter nicht zuständig ist. Vielmehr geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB in dem Umfang auf das für die Finanzierung zuständige Gemeinwesen über, als dieses für die Kosten der Fremdplatzierung aufkommt.

Aufhebung Kindesvertretung (Art. 299 ZPO). Auch wenn das Gesetz keine Regelung bezüglich der Aufhebung dieser Massnahme enthält, wird eine solche unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachtet. Dies ist der Fall, wenn das urteilsfähige Kind einen entsprechenden Antrag stellt und sich nicht eine (Fortdauer der) Verbeiständung aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 299 Abs. 1 und 2 ZPO aufdrängt.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 28.10.2020, ERZ 18 36

Aus den Erwägungen:

1.6 Der Gesuchsteller hat die Zusprache von Beiträgen an seinen Unterhalt auch für die Zeit seines Aufenthaltes bei der Familie T. gefordert. Die Gesuchsgegnerin ist der Auffassung, dieser Zeitraum sei vom aktuellen Gerichtsverfahren ausgenommen, weil hierfür die Kompetenz für Unterhaltsansprüche gegenüber den Eltern beim Gemeinwesen liege.

Nach Art. 276 Abs. 1 ZPO sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft für das Verfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen für das Scheidungsverfahren sinngemäss anwendbar. Im Eheschutzverfahren und dementsprechend auch im Verfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen für das Scheidungsverfahren fungiert der Elternteil, welcher die Obhut über das Kind innehat respektive die Zuteilung der Obhut an sich selbst beantragt, als Prozessstandschafter für das unterhaltsberechtigende Kind. Er kann demzufolge den Anspruch des Kindes in eigenem Namen geltend machen. Ist hingegen beiden Eltern die Obhut und das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und das Kind behördlich fremdplatziert, besteht keine Prozessstandschaft der Eltern für das unterhaltsberechtigende Kind mehr. Im Falle einer Fremdplatzierung befindet die Kindesschutzbehörde als Vollzugsorgan des Gemeinwesens über die Unterbringung des Kindes und damit auch über die Leistung des unmittelbaren Unterhalts. Mit den dabei abgeschlossenen Platzierungsverträgen wird das Gemeinwesen verpflichtet (gl. auch Urteil des Obergerichts Aargau, Abteilung Verwaltungsrecht, WBE.2015.387 vom 22. März 2016 E. 2.2, in: AGVE 2016 S. 210 f.; KURT AFFOLTER-FRINGELI, Rollen und Verantwortlichkeiten bei behördlicher Fremdunterbringung eines Kindes, in: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, 2017, S. 41). Dies gilt auch dann, wenn eine Kindesschutzmassnahme vom Gericht angeordnet wird: Partei des Pflegevertrages wird nicht das Gericht, sondern die KESB als Vollzugsorgan der richterlichen Anordnung (Art. 315a Abs. 1 letzter Satzteil ZGB) und als Inhaberin des Aufenthaltsbestimmungsrechts (MAZENAUER/GASSNER, Der Pflegevertrag, FamPra 2014, S. 285). Der Unterhaltsanspruch des Kindes gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB geht sodann in dem Umfang auf das für die Finanzierung zuständige Gemeinwesen über, als dieses für die Kosten der Fremdplatzierung aufkommt (*dieselben*, a.a.O., S. 291; AFFOLTER-FRINGELI, a.a.O., Festschrift, S. 34 f.). Die Kosten der Fremdplatzierung gehören gemäss Art. 276 Abs. 2 ZGB als Kosten von Kindesschutzmassnahmen zum Unterhalt des Kindes (BGE 141 III 401 E. 4

bis 4.2.3). Folglich sind sie von den Eltern zu tragen, sofern diese dazu in der Lage sind (KURT AFFOLTER-FRINGELI, Örtliche Zuständigkeit zur Finanzierung von Kindesschutzmassnahmen, ZKE 3/2020, S. 265). In welchem Umfang sich die Eltern an den Pflegeplatzkosten zu beteiligen haben, kann indessen nicht im eherechtlichen Verfahren entschieden werden, an welchem weder das Kind noch das Gemeinwesen als Partei beteiligt sind. Vielmehr ist es Sache des Gemeinwesens, diese Frage mit den Eltern im Rahmen eines Unterhaltsvertrages zu regeln und, falls keine Einigung zustande kommt, mittels selbständiger Unterhaltsklage geltend zu machen (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Thurgau vom 14. Dezember 2005, in: TVR 2005 Nr. 36). Eine behördliche Fremdplatzierung eines Kindes hat somit zur Folge, dass es sich beim Kindesunterhalt um einen verfahrensfremden Anspruch handelt, für dessen Beurteilung der Massnahmenrichter nicht zuständig ist. Dementsprechend ist auf den Antrag eines Elternteils im eherechtlichen Verfahren um Festsetzung des vom anderen Elternteil zu bezahlenden Unterhaltsbeitrages für ein behördlich fremdplatziertes Kind nicht einzutreten (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 16 105 vom 17. September 2018 E. 3.2 ff, in: PKG 2019 S. 63; Urteil des Obergerichts Zürich LE140075 vom 7. April 2015 E. C.3; CYRIL HEGNAUER, in: Berner Kommentar, 1997, N. 133 ff. zu Art. 279/280 ZGB; JANN SIX, Eheschutz, 2. Aufl. 2014, Rz. 2.42). Gleiches muss für einen entsprechenden Antrag des Kindes gelten: Das Kind verliert im Umfang der vom Gemeinwesen erbrachten Leistungen seine Gläubigerstellung und damit verbunden auch sein Klagerecht gegen Vater und/oder Mutter (CORDULA LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2016, Rz. 957).

Mit einstweiliger Verfügung des Einzelrichters des Obergerichts vom 16. Oktober 2018 wurde den Eltern bezüglich R. das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und R. beim Ehepaar T. in St. Gallen untergebracht. Mit der Umsetzung der Kindesschutzmassnahme wurde die KESB beauftragt. Es bestand folglich eine behördliche Fremdplatzierung von R. im Sinne einer Kindesschutzmassnahme mit den obgenannten Auswirkungen auf die Prozessführungsbefugnis des Gesuchstellers. Auf seinen Antrag, die Gesuchsgegner seien zur Leistung von Beiträgen an seinen Unterhalt für die Zeit bis Ende August 2019 zu verpflichten, kann deshalb nicht eingetreten werden.

1.7 Von der Gesuchsgegnerin wird die Absetzung der Kindervertreterin verlangt. Zur Begründung lässt sie vorbringen, hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge bestehe zwischen den beiden Söhnen eine Konkurrenzsituation, was zu einem Interessenkonflikt führe und eine gemeinsame Kindesvertretung ausschliesse. Komme hinzu, dass die Kindervertreterin die Mutter im Scheidungsverfahren in wirtschaftlichen Belangen beraten habe. Die Kindervertreterin macht geltend, bei einem individuell unterschiedlichen Bedarf von zwei Kindern bestehe kein Interessenkonflikt. Für die Mutter seien 2013 und damit vor mehr als 5 Jahren Aufstellungen angefertigt worden.

Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand an, wobei es die Anordnung einer Beistandschaft insbesondere dann prüft, wenn einer der in Art. 299 Abs. 2 lit. a bis c ZPO (exemplifikativ) genannten Fälle vorliegt. Stellt ein urteilsfähiges Kind einen entsprechenden Antrag, ist die Beistandschaft (zwingend) anzuordnen (Art. 299 Abs. 3 ZPO); diesfalls besteht - anders als in den übrigen Fällen (insbesondere bei einem Antrag eines Elternteils) - kein Ermessen bezüglich der Anordnung (SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 11 zu Art. 146/147 ZGB; DANIEL STECK, Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern, AJP 1999, S. 1564; PATRICIA LEVANTE, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren - die Vertretung des Kindes im Besonderen, 2000, S. 75).

Im Unterschied zu den Vorschriften über die Voraussetzungen zur Anordnung (und über die Bestellung) der Kindesvertretung sowie zu den prozessualen Befugnissen des Rechtsbeistands (Art. 300 ZPO) enthält das Gesetz keine Regelung bezüglich der Aufhebung dieser Massnahme bzw. Beendigung der gestützt auf diese Bestimmungen gerichtlich angeordneten Kinderbeistandschaft. Nach Sinn und Zweck des Rechtsinstituts (Wahrung der Interessen der Kinder im Prozess) endigt das Mandat des Kindesvertreters ordentlicherweise (und ipso iure) mit der Rechtskraft des Urteils bezüglich der Kinderbelange (CHRISTOPHE A. HERZIG, Das Kind in

den familienrechtlichen Verfahren, 2012, Rz. 462; JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 29 zu Art. 300 ZPO; die Beistandschaft dauert mithin in einem allfälligen (aktuellen oder künftigen) Rechtsmittelverfahren fort (STECK, a.a.O., S. 1565; LEVANTE, a.a.O., S. 79 und 140). Mit Bezug auf die Frage, ob daneben auch eine vorzeitige Beendigung der Kindesvertretung möglich sei (d.h. ob das Gericht im Sinne eines *contrarius actus* die Prozessbeistandschaft wieder aufheben könne, wenn deren gesetzliche Prämissen nicht mehr vorliegen), lassen sich zwar durchaus Gründe für deren Verneinung anführen (vgl. dazu SUTTER/FREIBURGHaus, a.a.O., N. 26 zu Art. 146/147 ZGB). Dennoch verdient - insbesondere auch aus Kostengründen - die Auffassung den Vorzug, dass eine vorzeitige Aufhebung der Kinderbeistandschaft unter bestimmten Umständen, namentlich wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, statthaft sei (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 30 zu Art. 300 ZPO; STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, in Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 299 ZPO; MICHEL/STECK, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 25 zu Art. 299 ZPO). Letzteres muss insbesondere dann gelten, wenn die Beistandschaft, die "faktisch eine Kindesschutzmassnahme" darstellt, welche (als solche) bei Änderung der Verhältnisse der neuen Lage anzupassen bzw. aufzuheben ist (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Scheidungsrecht] vom 15.11.1995 [Sonderdruck], S. 148, Ziff. 234.104.2, und Art. 313 Abs. 1 ZGB), in Anwendung von Art. 299 Abs. 3 ZPO auf Antrag des urteilsfähigen Kindes angeordnet wurde. Diesfalls muss es dem verbeiständeten Kind freistehen, auf seinen früheren Entscheid zurückzukommen. Dementsprechend ist ihm das Recht zuzugestehen, gültig und allenfalls sogar gegen den Widerstand des Beistands oder der Eltern die Aufhebung der Beistandschaft zu verlangen und für den weiteren Verlauf des Verfahrens auf einen Rechtsbeistand zu verzichten, wenn es eine Aufrechterhaltung derselben für unnötig (geworden) hält. Denn wenn für die Anordnung einer Vertretung gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO ein Antrag des urteilsfähigen Kindes genügt, können für die Aufhebung einer solchen Vertretung nicht grundsätzlich andere, strengere Massstäbe angelegt werden. Vorbehalten bleiben immerhin Fälle, in denen sich eine (Fortdauer der) Verbeiständung aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 299 Abs. 1 und 2 ZPO aufdrängt und eine solche daher unabhängig von einem entsprechenden Antrag des urteilsfähigen Kindes von Amtes wegen anzuordnen (bzw. aufrechtzuerhalten) wäre, was bei der Beurteilung eines entsprechenden Aufhebungsgesuchs sorgfältig zu prüfen ist (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 31 zu Art. 300 ZPO; PFÄNDER BAUMANN, a.a.O., N. 12 zu Art. 299 ZPO). Zu denken ist an Pflichtverletzungen oder eine offensichtliche Unfähigkeit (HERZIG, a.a.O., Rz. 463; PFÄNDER BAUMANN, a.a.O., N. 12 zu Art. 299 ZPO; BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 17 zu Art. 299 ZPO). Grundsätzlich gilt, dass ein unbegründeter Mandatsentzug nicht zulässig ist; es müssen objektive Gründe für die Entlassung der Vertretungsperson vorliegen (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 30 zu Art. 300 ZPO).

Im vorliegenden Fall wurde die Kindervertretung gestützt auf Art. 146 Abs. 1 und 2 aZGB angeordnet, also nicht auf Antrag der Kinder. Demnach ist zu fragen, ob wichtige Gründe für die Aufhebung der Vertretung sprechen.

Zur Geschwistervertretung: Grundsätzlich spricht nichts gegen die gleichzeitige Vertretung mehrerer Geschwister. Nur bei einem Interessenkonflikt zwischen den Kindern müssen die Kinder eigene Rechtsvertretungen erhalten (SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 24 zu Art. 300 ZPO; derselbe, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II, 3. Aufl. 2017, N. 49 f. zu Art. 300 ZPO). Ein unterschiedlicher Bedarf der Kinder führt nicht zu einem Interessenkonflikt seitens der Kindesvertretung, weil die Auswirkungen auf das Geschwister das Ergebnis einer Rechenoperation und nicht einer Interessenabwägung sind.

Zur Beratung 2013/2014: Es verstösst gegen Treu und Glauben, wenn die Mutter das ihr seit 5 Jahren bekannte Verhalten der Kindervertreterin erst jetzt ins Verfahren einbringt. Analog der vergleichbaren Fragestellung beim Ausstand (vgl. dazu etwa GEROLD STEINMANN, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 31 zu Art. 30 BV) hätte die Mutter ihre Bedenken umgehend vortragen müssen. Sie ist damit im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr zu hören.

Zusammenfassend können die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Gründe zur Aufhebung des Mandats der Kindervertreterin nicht gehört werden.

1.8 Hingegen ist zu beachten, dass R. vor wenigen Monaten volljährig geworden ist. Weil Kindesvertretungen faktisch eine Kindesschutzmassnahme sind (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Scheidungsrecht] vom 15. November 1995, BBl 1996 S. 148, Ziffer 234.104.2; es handelt sich gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ausdrücklich um „Beistandschaften“; vgl. BGE 143 III 183 E. 4.2.2) und Beistandschaften im Kindesbereich bei Eintritt der Volljährigkeit enden (DANIEL ROSCH, Leitfaden für Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände, 2. Aufl. 2017, S. 52; Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz [KOKES; Hrsg.], Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2017, Rz. 1.111), führt die Volljährigkeit von R. bezüglich seiner Person zur Aufhebung der Kindesvertretung. Der Zeitpunkt der Aufhebung ist auf den Abschluss des vorliegenden Verfahrens zu legen (Vgl. oben Erwägung 1.7).