

ZSU.2022.102 / ft
(SF.2021.24)
Art. 90

Entscheid vom 18. November 2022

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Hess

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Thomas Plüss, Rechtsanwalt,
 Zwischen den Toren 4, 5000 Aarau

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Corinne Seeholzer, Rechtsanwältin,
 Bahnhofstrasse 10, Postfach 7764, 6302 Zug

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Im Eheschutzverfahren zwischen den Parteien erliess die Präsidentin des Familiengerichts Q. am 25. April 2022 den folgenden Zwischenentscheid:

" 1.
Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die gemeinsamen Kinder C., geb. tt.mm. 2008, und D., geb. tt.mm. 2009, wie folgt zu betreuen:

- jeden ersten Donnerstag im Monat nach Schulschluss bis Samstagabend um 20:00 Uhr ("Besuchsrecht mit Übernachtungstagen");
- an den übrigen Wochenenden alternierend am Sonntag von 10:00 Uhr bis 19:00 Uhr (1. und 3. Wochenende nach dem Besuchsrecht mit Übernachtungstagen) respektive am Samstag von 10:00 Uhr bis 20:00 Uhr (2. und allenfalls 4. Wochenende nach dem Besuchsrecht mit Übernachtungstagen).

Ein weitergehendes Besuchsrecht ist unter Berücksichtigung des Kindswohls der Parteiabsprache überlassen.

2.

2.1.

Bei der Jugend-, Ehe- und Familienberatung Q. wird ein lösungsorientierter Sozialbericht eingeholt.

2.2.

Auf die Anordnung einer zweiten Kinderanhörung durch das Bezirksgericht Q. wird zurzeit verzichtet.

2.3.

Über die Anordnung einer allfälligen Mediation sowie die Errichtung einer Beistandschaft wird nach Eingang des lösungsorientierten Sozialberichtes sowie den Stellungnahmen der Parteien entschieden.

3.

Über die Kostenauflegung wird im Endentscheid befunden."

2.

2.1.

Gegen diesen Entscheid erhoben die Kinder C. und D. mit Eingabe vom 28. April 2022 Berufung mit den folgenden Worten (welche gemäss Angabe auf der Eingabe "bei der Schulsozialarbeit auf unseren Wunsch [von C. und D.] geschrieben" worden seien):

" Wir sind nicht einverstanden mit dem Zwischenentscheid vom 25. April 2022, Ziff. 1. Wir möchten es gerne beibehalten so wie früher, dass wir einmal pro Woche zu unserem Vater gehen (abwechselnd), (Samstag/Sonntag). Weil wir lieber bei Mama sind und für uns nicht in Frage kommen würde mehr zum Vater zu gehen. Ausserdem würden wir gerne während der Schulzeit in unserer gewohnten Umgebung sein.

Ziff. 2.2.

Wir möchten in der Zukunft keine zweite Kinderanhörung haben, weil wir unsere Meinung schon geäussert haben.

Aus diesem Grund machen wir Berufung gegen den Zwischenentscheid vom 25. April 2022. Wir bitten sie um unentgeltliche Rechtspflege."

2.2.

Mit Berufungsantwort vom 16. Mai 2022 beantragte der Beklagte:

- " 1.
Es sei die Berufung der Kinder vom 28. April 2022 abzuweisen, soweit auf sie zutreten ist.
2.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Klägerin."

2.3.

Mit Berufungsantwort vom 16. Mai 2022 beantragte die Klägerin:

- " 1.
Die eingereichte Berufung der beiden Kinder D. und C. sei vollumfänglich gutzuheissen.
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

2.4.

Mit Eingabe vom 24. Mai 2022 reichte der Beklagte eine E-Mail der Schulsozialarbeiterin ein.

2.5.

Am 9. Juni 2022 reichte die Vorinstanz einen Polizeirapport vom 3. Juni 2022 ein.

2.6.

Mit Eingabe vom 6. Juli 2022 informierte der Beklagte über einen Strafantrag von ihm gegen die Klägerin.

2.7.

Mit Eingabe vom 5. September 2022 liess die Vorinstanz dem Obergericht den Sozialbericht vom 16. August 2022 sowie einen Polizeibericht vom selben Datum zukommen.

2.8.

Mit Verfügung vom 13. September 2022 übermittelte die Vorinstanz dem Obergericht eine Eingabe der Klägerin vom 11. September 2022.

2.9.

Ein Aktenbeizugsgesuch der Staatsanwaltschaft R. vom 27. September 2022 wies der obergerichtliche Instruktionsrichter mit Verfügung vom 9. November 2022 ab.

2.10.

Am 7. November 2022 leitete die Vorinstanz eine Eingabe des Beklagten vom 31. Oktober 2022 an das Obergericht weiter.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Es ist zunächst zu prüfen, ob die Kinder zur Berufung gegen den angefochtenen Entscheid legitimiert sind. Sie sind zwar im Eheschutzverfahren ihrer Eltern nicht ohne Weiteres Partei, jedoch persönlich und direkt vom Entscheid über den persönlichen Verkehr mit ihrem Vater betroffen.

2.

Grundsätzlich sind minderjährige Personen nicht handlungsfähig (Art. 17 ZGB) und damit auch nicht prozessfähig (Art. 67 Abs. 1 ZPO). Eine urteilsfähige handlungsunfähige Person kann jedoch selbständig Rechte ausüben, die ihr um ihrer Persönlichkeit zustehen (Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. auch Art. 19c Abs. 1 ZGB). Das minderjährige Kind hat Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Es ist durch dessen Regelung in seinen höchstpersönlichen Rechten betroffen. Dies könnte auf den ersten Blick vermuten lassen, dass ein urteilsfähiges Kind in Fragen des persönlichen Verkehrs auch zu einer Berufung legitimiert sein könnte.

3.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Ausübung höchstpersönlicher Rechte im Sinne einer Faustregel ab dem zehnten Lebensjahr von der Urteilsfähigkeit auszugehen (BGE 5A_1049/2020 Erw. 2.3.2 mit Hinweis). Bei den im Zeitpunkt der Einreichung der Berufung 13- und 12-jährigen C. und D. ist damit vom Vorliegen der Urteilsfähigkeit auszugehen.

4.

Stellt das urteilsfähige Kind Antrag auf eine Kindesvertretung, so ist diese anzuordnen (Art. 299 Abs. 3 ZPO). Die Vertretung des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, insbesondere soweit es um wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs geht (Art. 300 lit. c ZPO). In der Lehre wird gestützt auf diese Bestimmung die Ansicht vertreten, dass die Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich nur durch die Kindesvertre-

tung, nicht aber durch das Kind selber möglich sei. Wenn das Kind im erstinstanzlichen Verfahren über das Recht auf eine Kindesvertretung informiert werde und darauf verzichte, verzichte es damit auch auf ein Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Entscheid (JOSI, Rechtsmittel des urteilsfähigen Kindes gegen Entscheide in eherechtlichen Verfahren auch ohne Vertretung?, fampra.ch 2012, S. 519 ff., insb. S. 533 ff.; SCHWEIGHAUSER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N. 19 zu Art. 301 ZPO). Ob dieser Ansicht gefolgt werden kann, ist zweifelhaft, denn die Kindesvertretung kann grundsätzlich keine Rechte wahrnehmen, die nicht dem Kind selbst zustehen, und sie dient nur der prozessualen Durchsetzbarkeit dieser Rechte (MICHEL/STECK, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N. 5 zu Art. 300 ZPO). Die Frage kann allerdings offenbleiben; aus den vorinstanzlichen Akten und insbesondere den Protokollen zu den Kindesanhörungen vom 3. November 2021 (act. 127 ff.) ergibt sich nämlich nicht, dass die Kinder auf ihr Recht auf eine Kindesvertretung hingewiesen worden wären. In dieser Konstellation wird auch von den oben zitierten Autoren die Ansicht vertreten, das urteilsfähige Kind könne den Entscheid zunächst einmal selber anfechten. Dem Kind sei dann eine Kindesvertretung zu bestellen, die es im Rechtsmittelverfahren vertrete (JOSI, a.a.O., S. 535 f.; SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 20 zu Art. 301 ZPO).

5.

Selbst ein urteilsfähiges Kind ist in der Regel nicht postulationsfähig, d.h. es ist nicht fähig, den Prozess selbst zu führen (MICHEL/STECK, a.a.O., N. 4 f.; SCHWEIGHAUSER, a.a.O., N. 20 zu Art. 301 ZPO). Dies ist offensichtlich auch im vorliegenden Verfahren der Fall. Die Berufungsschrift – welche nur sehr summarisch begründet ist – vermochten D. und C. nur mit Unterstützung der Schulsozialarbeiterin zu schreiben (vgl. das E-Mail der Schulsozialarbeiterin vom 19. Mai 2022 [Beilage zur Eingabe des Beklagten vom 24. Mai 2022] und den Sozialbericht vom 16. August 2022, S. 9 [nachfolgend: Sozialbericht; eingereicht am 5. September 2022 von der Vorinstanz]). Im Übrigen dürften die Rechtsschriften der Parteien für Kinder im Alter von C. und D. nur bedingt verständlich sein, und sie könnten, sofern notwendig, darauf nicht ohne Unterstützung im Prozess adäquat reagieren. Mangels Postulationsfähigkeit von C. und D. stellt sich damit die Frage, ob ihnen für das Berufungsverfahren eine Kindesvertretung zu bestellen ist.

6.

Wie bereits dargelegt, kann eine Kindesvertretung nach Art. 300 lit. c ZPO im Bereich des persönlichen Verkehrs nur Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um wichtige Fragen geht. Die Berufungsbefugnis ist damit beschränkt (nicht zu entscheiden ist hier, ob diese Beschränkung auch auf postulationsfähige Kinder ohne Kindesvertretung zutreffen würde).

7.

Mit dem angefochtenen Entscheid ordnete die Vorinstanz bloss vorsorglich ein im Grundsatz wöchentliches Besuchsrecht ohne Übernachtung (alternierend am Samstag und Sonntag) und nur einmal im Monat ein ausgedehnteres Besuchsrecht von Donnerstag nach Schulschluss bis Samstagabend, 20 Uhr, also mit zwei Übernachtungen an. Nicht angefochten und unumstritten ist das wöchentliche Besuchsrecht ohne Übernachtung; dieses findet auch regelmässig statt (vgl. Sozialbericht S. 4). Umstritten ist einzig das ausgedehntere Besuchsrecht einmal im Monat von Donnerstag bis Samstag. Als Gründe dagegen wird in der Berufung sinngemäss angegeben, dass sich die Kinder an das wöchentliche Besuchsrecht ohne Übernachtung gewöhnt hätten ("gerne beibehalten so wie früher") und dass ein Besuchsrecht während der Schultage für sie ungewohnt oder unpraktisch wäre ("gerne während der Schulzeit in unserer gewohnten Umgebung sein").

8.

Die Frage, ob die Kinder einmal im Monat von Donnerstag bis Samstag mit zwei Übernachtungen beim Vater sind, ist für sie subjektiv zweifellos wichtig. Andere, hier nicht zur Debatte stehende mögliche Fragen zum persönlichen Verkehr, z.B. ob überhaupt ein Besuchsrecht stattfinden kann oder allenfalls nur mit ergänzenden Schutzmassnahmen, insbesondere in Form eines begleiteten Besuchsrechts, sind jedoch von erheblich grösserer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund kann die Frage, die Gegenstand der vorliegenden Berufung wäre, bei objektiver Betrachtungsweise nicht als wichtig qualifiziert werden. Auch wenn die Kinder einmal monatlich zwei Mal beim Vater übernachten, handelt es sich aus Sicht ihres Vaters noch nicht um ein besonders grosszügiges Besuchsrecht. Auch werden keine ernsthaften Gefährdungen des Kindeswohls geltend gemacht, die mit diesem Besuchsrecht bzw. den jeweiligen Übernachtungen verbunden wären. Das Besuchsrecht wurde sodann nur vorsorglich angeordnet und wird daher spätestens mit dem Eheschutzentscheid neu zu regeln sein, wobei die Vorinstanz die Regelung bei wesentlichen Veränderungen der massgeblichen Umstände auch jederzeit anpassen kann. Schliesslich wurde das streitige Besuchsrecht von Donnerstag bis Samstag offenbar gar nie umgesetzt (Sozialbericht S. 4), was der Beklagte gemäss eigenen Angaben vorläufig akzeptiert und keinen Druck auf die Kinder ausübt (Sozialbericht S. 8). C. und D. sind vom angefochtenen Besuchsrecht damit nicht besonders stark betroffen.

9.

Folglich sind keine wichtigen Fragen des persönlichen Verkehrs im Sinne von Art. 300 lit. c ZPO Gegenstand der vorliegenden Berufung. Es wäre entsprechend unsinnig, den Kindern in diesem Verfahren eine Kindesvertretung zu bestellen, denn diese könnte gemäss der genannten Bestimmung (e contrario) keine Anträge stellen und die Kinder somit auch nicht

wirksam vertreten. Das kann im Ergebnis nur heissen, dass die Kinder in dieser Frage nicht berufungslegitimiert sind, denn eine Rechtsmittellegitimation ohne die Möglichkeit, den Prozess selbst oder mittels einer Kindesvertretung führen zu können, macht keinen Sinn. Auf die Berufung ist damit nicht einzutreten.

10.

Die obergerichtlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 (§ 8 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 VKD) sind bei diesem Verfahrensausgang der Klägerin, welche die Gutheissung der Berufung beantragt hat, aufzuerlegen, und sie hat dem Beklagten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einer Grundentschädigung für ein weit unterdurchschnittliches Massnahmeverfahren von Fr. 1'500.00 (§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT), einem Abzug von 20% wegen fehlender Verhandlung (§ 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AnwT), Zuschlägen von 10% für die Eingabe vom 24. Mai 2022 und von 20% für die Eingabe vom 10. Oktober 2022 und einem Rechtsmittelabzug von 25% (§ 8 AnwT) sowie Auslagen von pauschal Fr. 30.00 (§ 13 Abs. 1 AnwT) und dem Mehrwertsteuerzuschlag (7.7%) ist die Entschädigung für das Berufungsverfahren auf gerundet Fr. 1'365.00 festzusetzen.

Eine Kostenauflegung auf die Kinder fällt nicht in Betracht, denn bei allenfalls von ihnen im Rahmen des Verfahrens verursachten Kosten handelt es sich um Unterhaltskosten, welche von den Eltern zu tragen sind (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist dementsprechend gegenstandslos.

Das Obergericht erkennt:

1.

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

2.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 1'000.00 wird der Klägerin auferlegt.

3.

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren die auf Fr. 1'365.00 festgesetzten Parteikosten (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) 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. November 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess