

I. Zivilrecht

A. Familienrecht

1 Art. 146 f. ZGB.

Honorar des anwaltlichen Kinderbeistandes:

- **Die Kosten für die Vertretung des Kindes sind Gerichts-, nicht Unterhaltskosten (§ 196f Abs. 2 ZPO) (Erw. 3a).**
- **Rechtsmittel, wenn der Kinderbeistand ausschliesslich die Festsetzung seines Honorars beanstandet (Erw. 3b).**
- **Bemessung des Honorars des anwaltlichen Kinderbeistandes: Direkte Anwendung des Anwaltstarifs (§ 3 Abs. 1 lit. b AnwT); das zum Grundhonorar des Anwalts in einer Scheidung ohne Streitwert in Beziehung zu setzende Grundhonorar des anwaltlichen Kinderbeistandes beträgt - aussergewöhnliche Fälle vorbehalten - Fr. 2'500.-- (Erw. 3c).**

Mediation zwischen den Eltern ist nicht Aufgabe des Kinderbeistandes (Erw. 3c/dd).

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 26. September 2001 in Sachen K. J.-T. gegen Ph. J.

Aus den Erwägungen

3. a) Bezüglich der Kosten schreibt das Bundesrecht lediglich vor, dass das Kind nicht mit Gerichts- und Parteikosten belastet werden darf (Art. 147 Abs. 3 ZGB). Im Übrigen richtet sich die Regelung der Kosten der Kindesvertretung nach kantonalem Recht (Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999, S. 46 f.; Bähler, Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess, Beistandschaft nach Art. 146 ZGB, ZVW 2001 S. 196). Bei der Kindesvertretung handelt es sich faktisch um eine Kindesschutzmassnahme, weshalb für die Entschädigung der Kindesvertretung die Grundsätze des Vormundschaftsrechts zur Anwendung kommen (Botschaft vom

15. November 1995 zum neuen Scheidungsrecht, S. 148). Einige Autoren vertreten deshalb die Auffassung, die Kosten seien - soweit sie die Tätigkeit des Beistandes und nicht das Verfahren seiner Einsetzung betreffen - von den Eltern als Unterhaltskosten i.S.v. Art. 276 Abs. 1 ZGB, d.h. entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit, zu tragen (Reusser, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, in: Hausheer [Hrsg.], Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rz. 4.97; Hausheer, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, ZBJV 1999 S. 29 f.). Der überwiegende Teil der Lehre hält hingegen dafür, dass die Kosten der Kindesvertretung unter Einschluss der durch die Vertretung ausgelösten Folgekosten (Gutachten, Zeugenbefragungen etc.) aufgrund des überwiegenden prozessualen Konnexes als Verfahrenskosten zu qualifizieren sind, welche vom Gericht - wie die Kosten eines Prozesses über den Familienstand (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N 42 zur Art. 276 ZGB) - nach dem Prozessausgang, oder, falls dies nicht möglich ist, weil z.B. die Kindesvertretung gegen ein von den Eltern akzeptiertes Urteil appelliert, nach Billigkeit Gesichtspunkten zu verlegen sind (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 59 zu Art. 146/147 ZGB; Freiburghaus, Auswirkungen der Scheidungsrechtsrevision auf die Kinderbelange und die vormundschaftlichen Organe, ZVW 1999 S. 148; Sutter-Somm, Das neue Scheidungsrecht als Schwerpunkt der Änderung des Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998, ZZW 1998 S. 355; PraxisKommentar/Schweighauser, Basel 2000, N 46 ff. zu Art. 147 ZGB; Breitschmid, Kind und Scheidung der Elternehe, in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 134; Steck, Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern, AJP 1999 S. 1566; Bähler, a.a.O., S. 196). Der Qualifikation als Unterhaltskosten wird vorab entgegengehalten, dass in diesem Fall die Kosten durch die Vormundschaftsbehörde festgesetzt und von den Eltern mittels vormundschaftlicher Aufsichtsbeschwerde angefochten werden müssten, was zu einer unnötigen Komplizierung des Rechtsweges führe (Sutter-Somm, a.a.O., S. 355; Freiburghaus, a.a.O., S. 148; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 59 zu Art. 146/147 ZGB). Bereits in der Botschaft zum neuen Scheidungsrecht war darauf hingewiesen worden, dass die Kosten, die direkt

oder indirekt wegen der Vertretung des Kindes entstehen, zu den Gerichtskosten geschlagen und den Parteien je nach Ausgang des Verfahrens ganz oder teilweise auferlegt werden können. Mit Schreiben vom 26. März 1999 empfahl sodann das Bundesamt für Justiz den Kantonen, aus prozessökonomischen Gründen eine Regelung zu schaffen, wonach im Scheidungsurteil die Höhe der Vertretungskosten festgesetzt und über deren Verteilung entschieden wird, um im Interesse des Rechtsfriedens ein separates vormundschaftliches Streitverfahren im Nachgang zur Scheidung zu vermeiden.

Der Kanton Aargau hat - wie die meisten Kantone (Freiburghaus/Leuenberger/Sutter-Somm, Übersicht über die kantonale Einführungsgesetzgebung zum neuen Scheidungsrecht, FamPra 2000 S. 396) - diese Lösung gewählt und in § 196f Abs. 2 ZPO bestimmt, dass die Kosten für die Vertretung des Kindes im Prozess Bestandteil der Gerichtskosten bilden. Laut Botschaft des Regierungsrates vom 8. September 1999 zum Entwurf der entsprechenden Änderung der Zivilprozessordnung war für die vorgeschlagene - und vom Grossen Rat alsdann diskussionslos angenommene - Regelung ausschlaggebend, dass der Beistand vor allem Vertretungsaufgaben im Prozess wahrnimmt und die Einschätzung seiner Kosten als Verfahrenskosten ermöglicht, dass das Gericht im Scheidungsurteil über deren Höhe und Verlegung befindet und zudem die unentgeltliche Rechtspflege gewähren kann (Botschaft, S. 15). Damit ist gleichzeitig gesagt, dass der Richter im Scheidungsurteil gesamthaft und abschliessend über die direkten und indirekten (z.B. durch eine beantragte Expertise oder Zeugenbefragungen entstandenen) Kosten der Kindesvertretung entscheidet. Eine separate Rechnungsstellung der Vormundschaftsbehörde gegenüber den Eltern mit Überprüfungsmöglichkeit auf dem vormundschaftlichen Beschwerdeweg findet nicht statt (Sutter/Freiburghaus, N 59 und 62 zu Art. 146/147 ZGB; Bähler, a.a.O., S. 196; Schreiben des Bundesamtes für Justiz vom 26. März 1999, S. 4). Der Hinweis in der Botschaft des Regierungsrates vom 8. September 1999, dass der Kindervertreter künftig zwei Rechnungen zu führen habe, nämlich eine für die Leistungen im Rahmen des ordentlichen Kindesschutzes und eine zweite für die im Rahmen der prozessualen Interessenwahrnehmung notwendigen Leistungen (Bot-

schaft, S. 15), kann sich aufgrund der Entstehungsgeschichte sowie von Sinn und Zweck der in § 196f Abs. 2 ZPO getroffenen Regelung nur auf ein allfälliges Doppelmandat des Beistandes i.S.v. Art. 308 und 146 f. ZGB beziehen, das in der Praxis wohl nicht selten anzutreffen sein dürfte (vgl. dazu Steck, Die Vertretung des Kindes - erste praktische Erfahrungen, ZVW 2001 S. 102 ff.).

b) Das Rechtsmittel gegen die im ordentlichen Verfahren ergangenen Endentscheide des Bezirksgerichtes ist die Appellation (§ 317 ZPO). Gegen Endentscheide über die Tragung und Festsetzung der Prozesskosten ist indes das Rechtsmittel der Beschwerde einzulegen, wenn nicht in der Sache selbst Appellation erklärt wird oder die Kostenbeschwerde i.S.v. § 94 GOG gegeben ist (§§ 121 Abs. 3 i.V.m. 335 lit. c ZPO). Letzteres ist der Fall, wenn eine Partei nur die Festsetzung der Gerichtskosten bemängelt (AGVE 1962 S. 73; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, N 1 der Vorbemerkungen zu §§ 100-134 ZPO, N 17 zu § 121 ZPO). Die Verteilung der Gerichtskosten oder die Zusprechung und Festsetzung der Parteikostenersatzforderung ist hingegen mit der Beschwerde i.S.v. § 335 lit. c ZPO zu rügen (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 17 zu § 121 ZPO). Diese ist im ordentlichen Verfahren innert 20 Tagen einzureichen (§ 336 Abs. 1 ZPO; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 1 zu § 336 ZPO).

Da die Kosten für die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess Bestandteil der Gerichtskosten (§ 196f Abs. 2 ZPO) bilden, wäre deren Festsetzung nach den vorab dargelegten Grundsätzen grundsätzlich mit der Kostenbeschwerde i.S.v. § 94 GOG zu rügen. Die Kostenbeschwerde ist Verwaltungsbeschwerde, da die Einforderung von Kostenvorschüssen und die Erhebung der tarifgemässen Gebühren und Barauslagen dem Gericht übertragene Verwaltungstätigkeit darstellt und im Streit um die Höhe dieser Kosten die Partei dem Staat gegenübersteht (AGVE 1962 S. 73 ff.; Botschaft des Regierungsrates vom 8. Dezember 1980 zum Gesetz über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden, GOG, S. 17). Verlangt aber der Kindesvertreter i.S.v. Art. 146 f. ZGB eine Erhöhung seiner Entschädigung, so wirkt sich die allfällige Gutheissung seines Behrens direkt zum Nachteil der - nach § 196f Abs. 2 ZPO kosten-

pflichtigen - Parteien des Scheidungsprozesses aus. Die prozessuale Interessenlage bei der Anfechtung des Honorars des Kindesvertreters entspricht damit viel eher derjenigen der Beschwerde i.S.v. § 335 lit. c ZPO, mit welcher die Festsetzung der Parteikostenersatzforderung zu rügen ist, als der Kostenbeschwerde i.S.v. § 94 GOG. Es kann auch nicht gesagt werden, der Kindesvertreter habe seine all-fällige Mehrforderung - wie der vom Gericht eingesetzte Sachverständige - gegenüber dem Staat auf dem Weg der verwaltungsgerichtlichen Klage geltend zu machen (Pra 1990 S. 241 Erw. 2c; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 3 zu § 261 ZPO). Denn im Gegensatz zum - als Gehilfe des Richters eingesetzten (BGE 114 Ia 462 ff. Erw. 2b = Pra 1990 S. 241; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. A., Bern 1999, Kapitel 10 Rz. 154) - Sachverständigen ist der Kindesvertreter Parteivertreter, dessen Entschädigung vom Scheidungsrichter endgültig und abschliessend festgesetzt wird (Erw. 3a hievor). Ein Begehren um Erhöhung oder Herabsetzung der mit den Gerichtskosten festgesetzten Entschädigung der Kindesvertretung ist daher mit der Beschwerde i.S.v. § 335 lit. c ZPO gegen das Scheidungsurteil geltend zu machen. Vorliegend kommt hinzu, dass die Beiständin nicht nur im Kostenpunkt, sondern auch in weiteren Punkten gegen das Scheidungsurteil appelliert hat. Auch wenn auf die diesbezüglichen Anträge nicht eingetreten werden kann (Erw. 2 hievor), ist ihr Antrag auf Änderung des vorinstanzlichen Kostenentscheides gleichwohl im Rahmen des dadurch ausgelösten Appellationsverfahrens zu überprüfen und nicht in ein separates Beschwerdeverfahren zu verweisen.

Die Postulationsfähigkeit des Kindesvertreters ist gemäss Art. 147 Abs. 2 ZGB auf Anträge und Rechtsmittel in Bezug auf die Zuteilung der elterlichen Sorge, grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs und Kindesschutzmassnahmen beschränkt. Da dem Kind durch die Einsetzung einer Kindesvertretung i.S.v. Art. 146 ZGB im Rahmen der beschränkten Kompetenzen von Art. 147 Abs. 2 ZGB im Scheidungsprozess seiner Eltern zumindest parteiähnliche Stellung zukommt (Erw. 2b) und die Kosten seiner Vertretung im Scheidungsurteil abschliessend festgesetzt und verlegt werden (Erw. 3a), muss der Vertreter aber auch bei der Anfechtung des Kos-

tenpunktes als postulationsfähig betrachtet werden (PraxisKommentar/Schweighauser, a.a.O., N 53 zu Art. 147 ZGB).

c) aa) (...)

bb) In Bezug auf die Höhe des Honoraranspruches des Beistandes enthält das Gesetz keine Vorgaben. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Vertretung mit einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 bzw. 309 ZGB kommen diesbezüglich die Grundsätze des Vormundschaftsrechts zur Anwendung (Botschaft zum neuen Scheidungsrecht, S. 148). Damit ist die Regelung der Entschädigung grundsätzlich Sache der Kantone (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 61 zu Art. 146/147 ZGB; PraxisKommentar/Schweighauser, a.a.O., N 50 zu Art. 147 ZGB; Freiburghaus, a.a.O., S. 149; Reusser, a.a.O., N. 4.97; Bähler, a.a.O., S. 196). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind dabei kantonale Tarifordnungen für Berufsgruppen zu berücksichtigen, wobei die festsetzende Behörde eine gewisse Ermessensfreiheit behält, die es ihr erlaubt, je nach den Umständen das gemäss Tarif geschuldete Honorar herabzusetzen oder von diesem sogar abzuweichen (BGE 116 II 399 ff. = Pra 1991 861 ff.). In der Lehre wird mehrheitlich eine Entschädigung des Kindesvertreters nach Massgabe des konkreten Aufwandes und unter Berücksichtigung der für die entsprechende Berufsgruppe üblicherweise anwendbaren Ansätze befürwortet (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 61 zu Art. 146/147 ZGB; PraxisKommentar/Schweighauser, N 50 ff. zu Art. 147 ZGB; Sutter-Somm, a.a.O., S. 358 f. FN 61; Bähler, a.a.O., S. 196; a.M. Breitschmid [a.a.O., S. 134], der die Auffassung vertritt, die Vertretung durch einen Anwalt sei nur dann nach dem entsprechenden Tarifansatz zu entschädigen, wenn das konkrete Mandat den Beizug eines Anwaltes als solchen erfordert habe). Schweighauser empfiehlt, auf die Festlegung eines starren Kostenrahmens zu verzichten, und spricht sich auch gegen eine Abstufung des Stundenaufwandes nach Tätigkeit am oder ausserhalb des Gerichtes aus; wegen der Beschränkung auf kinderrelevante Fragen erachtet er einen um 50 % reduzierten Zeitaufwand gegenüber dem Aufwand des Scheidungsanwaltes als angemessen (Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren - Anwalt des Kindes, Diss. Basel 1998, S. 282 f.).

cc) Mit der Einsetzung einer Kindesvertretung wollte der Gesetzgeber die verfahrensrechtliche Position des Kindes stärken. Der Prozessbeistand soll, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge, um grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs oder um Kindesschutzmassnahmen geht (Art. 147 Abs. 2 ZGB), für die bestmögliche Wahrung des Kindeswohles sorgen, wobei er - soweit tunlich - die Meinung des Kindes berücksichtigt (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Dazu ist erforderlich, dass er über umfassende Aktenkenntnis verfügt, mit dem Kind und allenfalls mit weiteren involvierten Personen in direkten Kontakt tritt, an der Gerichtsverhandlung teilnimmt und sich mündlich oder schriftlich im Verfahren äussert sowie das Kind über den Gang des Verfahrens informiert und in gewisser Weise im Prozess begleitet (PraxisKommentar/Schweighauser, N 18 ff. zu Art. 147 ZGB; Reusser, a.a.O., N. 4.98 ff.; Steck, a.a.O. [AJP 1999], S. 1562 f; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 46 f. zu Art. 146/147 ZGB; Bähler, a.a.O., S. 190 f.). Die Vertretung des Kindes ist nicht Anwälten vorbehalten. Das Gesetz spricht lediglich von einer in fürsorgischen und rechtlichen Fragen erfahrenen Person, die von der Vormundschaftsbehörde zu ernennen ist (Art. 147 Abs. 1 ZGB). Es kommen somit unter anderem auch Sozialarbeiter oder Psychologen mit entsprechenden Kenntnissen im Scheidungs-, Kindschafts- und Prozessrecht in Frage. Der Kindesvertreter wird aber gerade aufgrund seiner besonderen fachlichen Qualifikation zur Ausübung dieses Mandates berufen. Für die Bemessung seiner Entschädigung sind daher die für seine Berufsgruppe geltenden Ansätze zu berücksichtigen (vgl. BGE 116 II 403 f. = Pra 1991 S. 864 Erw. 4c).

Ausgangspunkt bildet, dass der Kinderbeistand im Rahmen eines Scheidungsverfahrens tätig wird. Deshalb ist die Honorierung des als Kinderbeistand eingesetzten Anwalts grundsätzlich in Beziehung zu setzen zum Honorar, das einem Anwalt in Scheidungen zugesprochen wird. Gemäss AGVE 1996 S. 83 beträgt das Grundhonorar (für Aktenstudium, Instruktion, Korrespondenz, Telefonate, Abfassen einer Rechtsschrift und Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung; § 6 AnwT) für durchschnittliche Scheidungen nach § 3 Abs. 1 lit. b AnwT Fr. 3'300.-- bzw. unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten Teuerungsanpassung Fr. 3'630.--, sofern nicht

zufolge eines güterrechtlichen Streitwerts gemäss § 3 Abs.1 lit. a AnwT ein höheres Grundhonorar resultiert (§ 3 Abs. 1 lit. c AnwT). Dieses Grundhonorar von Fr. 3'630.-- setzt den Rahmen für die Honorierung des *anwaltlichen* Kinderbeistandes. Zu beachten ist allerdings, dass im Scheidungsverfahren regelmässig mehr als bloss einzelne Kinderbelange streitig sind und der Scheidungsanwalt daher in der Regel einen erheblich höheren Zeitaufwand zu verzeichnen hat als der Kindesvertreter. Unter diesen Umständen erscheint es in Anwendung von § 3 Abs. 1 lit. b AnwT gerechtfertigt, bei einem als Kindesvertreter bzw. -beistand im Sinne Art. 146 f. ZGB tätigen Anwalt ein Grundhonorar von Fr. 2'500.-- für die in § 6 Abs. 1 AnwT aufgeführten Bemühungen (Aktenstudium, Instruktion, Korrespondenz, Telefonate, Abfassen einer Rechtsschrift und Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung) einzusetzen. Diese schliesst - wie beim Scheidungsanwalt - ein höheres Grundhonorar in Einzelfällen, die von der Bedeutung und/oder Schwierigkeit des Mandates her vom Durchschnitt deutlich abweichen, nicht aus.

dd) [Die Kinderbeiständin machte im konkreten Verfahren geltend, wegen eines entsprechenden Mandats des Bezirksgerichtspräsidenten habe die Vermittlung zwischen den Parteien die primäre Aufgabe der Kinderbeiständin gebildet.]

Eine solche Auffassung der Prozessbeistandschaft, welche die Konfliktbereinigung zwischen den Eltern in den Vordergrund stellt, widerspricht aber der gesetzlichen Konzeption einer unabhängigen Vertretung des Kindes, die einzig dessen wohlverstandenen Interessen verpflichtet ist (vgl. für das vergleichbare Institut des Verfahrenspflegers gemäss § 50 des deutschen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit Motzer, Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorge- und Umgangsrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ 2001 S. 1043). Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass der Beistand im Streit der Eltern eine gewisse Vermittlungsfunktion wahrnimmt (PraxisKommentar/Schweighauser, N 24 zu Art. 147 ZGB; Steck, a.a.O. [AJP 1999] S. 1563), doch darf dadurch niemals seine primäre und eigentliche Aufgabe - die Kindesvertretung - beeinträchtigt werden oder in den Hintergrund treten (Schweighauser, a.a.O. [Diss.], S. 223; Pra-

xisKommentar/Schweighauser, N 16 zu Art. 147 ZGB; Steck, a.a.O. [AJP 1999], S. 1563; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 35 i.f. zu Art. 146/147 ZGB). Schlechterdings ausgeschlossen ist aber auf jeden Fall eine Weisung des Gerichts oder der Vormundschaftsbehörde über die inhaltliche Mandatsausführung (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 52 zu Art. 146/147 ZGB; PraxisKommentar/Schweighauser, N 8 ff. zu Art. 147 ZGB).

Dass aus einer zu weit ausgelegten Vermittlungsaufgabe mit einer sachgerechten Kindesvertretung nicht mehr vereinbare Interessenkollisionen und Widersprüchlichkeiten entstehen können, wird aus der Eingabe vom 3. November 2000 deutlich, mit welcher die Beiständin dem Gericht Antrag auf dringliche Abklärung und therapeutische Begleitung der Kinder wegen erheblichen Verdachts auf sexuelle Ausbeutung durch den Kindsvater stellt und in gleichem Zug eine gemeinsam mit den Eltern erarbeitete Vereinbarung über ein das übliche Mass weit übersteigendes Besuchsrecht des Kindsvaters (jedes 2. Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend) zur Genehmigung einreicht.