

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC240024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. K. Vogel und Ersatzoberrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Müller

Beschluss vom 11. Dezember 2024

in Sachen

A. _____,

Verfahrensbeteiligte 1 und Berufungsklägerin

vormals vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1. _____,

nunmehr vertreten durch Rechtsanwältin PD Dr. X2. _____,

gegen

B. _____,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____

und

C. _____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____

sowie

D. _____,

Verfahrensbeteiligte 2

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y3. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Schutzschrift)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 12. April 2024 (EW240002-A)**

Erwägungen:

1. a) Der Kläger und die Beklagte sind die geschiedenen Eltern der gemeinsamen Töchter A._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2016. Sie stehen sich seit dem 13. September 2023 vor dem Einzelgericht am Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz) in einem Verfahren (Geschäfts-Nr. FP230007-A) betreffend Abänderung des sie betreffenden Scheidungsurteils (FE190065-A/U) gegenüber. Gegenstand des Abänderungsverfahrens sind namentlich die Kinderbelange.

Über die Anordnung der Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO für A._____ bestand eine Uneinigkeit. Gegen die mit Verfügung vom 17. Januar 2024 von der Vorinstanz angeordnete Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X3._____ erhoben sowohl der Kläger als auch A._____ Beschwerde. A._____ war dabei erbeten vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1._____. Dem Rechtsmittel wurde aufschiebende Wirkung erteilt, und die Beschwerde wurde schliesslich, mit Beschluss der Kammer vom 22. April 2024 (PC240003-O/U [vereinigt mit PC240005-O]), wegen einer Gehörsverletzung gutgeheissen (Urk. 9/3).

b) Mit Eingabe vom 11. April 2024 reichte Rechtsanwalt Dr. X1._____ der Vorinstanz namens der damals 14-jährigen A._____ eine Schutzschrift (Art. 270 ZPO) ein (Urk. 1). Er legitimierte sich dafür mit einer von A._____ unterzeichneten Vollmacht, welche vom 12. Januar 2024 datiert (laut Vorinstanz FP230007-A Urk. 113; vgl. auch Urk. 7), und stellte folgende Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- «1. Es sei die vorliegende Eingabe als Schutzschrift entgegenzunehmen und für die Dauer von sechs Monaten bei einem allfälligen Antrag der Beklagten oder einer Behörde, wie das kiz E._____, um superprovisorische Massnahme bezüglich Sistierung der Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen B._____, geb. tt. Februar 1964, und D._____, geb. tt.mm.2006, zu berücksichtigen.
2. Zudem sei sicherzustellen, dass die Beklagte oder eine Behörde, wie das kiz E._____, keine Kenntnis dieser Schutzschrift erhält, bis zu einem allfälligen Antrag der Beklagten oder einer Behörde, wie das kiz E._____, auf Anordnung von superprovisorischen Massnahmen.»

Was den Inhalt der Schutzschrift betrifft, wird darin im Wesentlichen argumentiert, dass A._____, die gegenwärtig bei ihrem Vater wohne, ihre jüngere, bei der Mutter wohnhafte Schwester D._____ nur treffe, wenn diese im Rahmen des Besuchsrechts Umgang mit ihrem Vater pflege. Nun befürchte sie (A._____), dass das Besuchsrecht des Klägers zu D._____ superprovisorisch sistiert werden könnte, was diese gegebenenfalls isolieren würde, primär von ihrem Vater, namentlich aber auch von ihr (Urk. 1 Rz 7 und 9).

c) Die Vorinstanz wies die Schutzschrift mit Verfügung vom 12. April 2024 zurück, setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 500.– und auferlegte diese Rechtsanwalt Dr. X1._____ persönlich (Urk. 3 = Urk. 6, S. 6).

Als Begründung für ihren Entscheid vom 12. April 2024 führte die Vorinstanz an, dass «derzeit», während des hängigen Beschwerdeverfahrens betreffend die Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO, die Prozesslegitimation von Rechtsanwalt Dr. X1._____ nicht gegeben sei. Ein Kind sei im Scheidungs- oder Abänderungsprozess seiner Eltern eine «Partei eigener Art»; es könne ihm gemäss Art. 299 ZPO eine Prozessbeistandschaft bestellt werden, jedoch könne das Kind «meist keine gewillkürte Vertretung» beiziehen. Dazu verwies die Vorinstanz auf BGE 142 III 153 E. 5.2, insbesondere E. 5.2.4, mit Hinweisen (Urk. 6 E. 2.2 S. 4). «Ausgangsgemäss» seien die Kosten dem Ansprecher, Rechtsanwalt Dr. X1._____, direkt aufzuerlegen (vgl. Urk. 3 E. 3). Versandt wurde die Verfügung am 15. April 2024 und von Rechtsanwalt Dr. X1._____ empfangen am 17. April 2024 (Urk. 6 sowie Urk. 5 Rz 6).

Mit Verfügung vom 26. April 2024 sistierte die Vorinstanz das Besuchsrecht des Klägers zu D._____ superprovisorisch (Urk. 9/7).

d) Gegen die erwähnte Verfügung vom 12. April 2024 erhob Rechtsanwalt Dr. X1._____ – ausdrücklich namens von A._____ (Urk. 5 S. 2) – mit elektronischer Eingabe vom 29. April 2024 (vgl. Urk. 5-A) Berufung und stellte folgende Rechtsbegehren:

- «1. Es seien die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 der Präsidialverfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 12. April 2024 (EW240002-A/U) aufzuheben.
2. Es sei die Schutzschrift der Berufungsführerin vom 11. April 2024 im Verfahren FP230007-A beim Bezirksgericht Affoltern zu berücksichtigen.

3. *Eventualiter: Es sei festzustellen, dass die Schutzschrift vom 11. April 2024 vom Bezirksgericht Affoltern hätte berücksichtigt werden müssen.*
4. *Es sei festzustellen, dass dem gewillkürten Rechtsvertreter die Stellung des Rechtsvertreters zusteht.*
5. *Es sei festzustellen, dass die ergangene superprovisorische Dispo-Ziff. 10 Verfügung vom 26. April 2024 (FP230007-A) aus diesem formellen Grund rechtswidrig ist.*
6. *Das zu ergehende Berufungsurteil sei den übrigen Beteiligten nicht bekannt zu geben.*
7. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.»*

e) Der eingeforderte Vorschuss von Fr. 500.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (Art. 98 ZPO) wurde innert der mit Verfügung vom 27. Mai 2024 gesetzten Nachfrist (vgl. Art. 101 Abs. 3 ZPO) am 3. Juni 2024 geleistet (Urk. 10–12).

f) Mit Eingabe vom 8. Juli 2024 informierte Rechtsanwalt Dr. X1._____ das hiesige Gericht, dass er A._____ in dieser Angelegenheit nicht mehr vertrete (Urk. 13).

g) Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1–4) sowie die Verfügung der Vorinstanz vom 18. September 2024, mit welcher die Sistierung des Besuchsrechts als vorsorgliche Massnahme verfügt wurde (in Bestätigung der superprovisorischen Anordnung vom 26. April 2024; Urk. 15), wurden von Amtes wegen beigezogen.

2. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, bevor es das Verfahren in der Sache fortsetzt (Art. 69 ZPO):

a) Eine dieser Prozessvoraussetzungen ist die Prozessfähigkeit der Parteien (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Als Prozessfähigkeit wird die Fähigkeit bezeichnet, Prozesshandlungen in eigener Sache selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter vorzunehmen (statt vieler KUKO ZPO-Domej, Art. 67 N 1 m.w.H.). Prozessfähig ist grundsätzlich, wer handlungsfähig ist (Art. 67 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 13 f. ZGB). Soweit aber eine handlungsunfähige Person urteilsfähig (Art. 16 ZGB) ist, kann sie selbstständig Rechte ausüben, die ihr um ihrer Persönlichkeit zustehen (Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO).

Die minderjährige und damit nicht handlungsfähige Berufungsklägerin will im Rahmen der vorliegenden Berufung durchsetzen, dass sie nach ihrem eigenen Gutdünken einen Anwalt beiziehen kann, der sich in ihrem Namen mittels Schutzschrift vorsorglich in die gerichtliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen ihrer jüngeren Schwester und ihrem Vater einbringt. Hierbei geht es um höchstpersönliche Verfahrensrechte (Art. 19c Abs. 1 ZGB), welche das Kind selbstständig wahrnehmen und gegen deren Verweigerung auch selbstständig wehren kann, sofern es urteilsfähig ist (BGer 5A_796/2019 vom 18. März 2020 E. 2.3; vgl. auch BSK ZPO-Michel/Steck, Art. 300 N 4; Diggelmann/Isler, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, SJZ 111/2015 S. 141 ff., 142). Anhaltspunkte, dass sich die 14- bzw. mittlerweile 15-jährige A._____ geistig nicht altersentsprechend entwickeln würde, liegen nicht vor. Eine gewisse Gefahr, dass übermässig Einfluss auf die Jugendliche ausgeübt wird, besteht wohl, und es ist bei der Sachverhaltenswürdigung ein besonderes Augenmerk darauf zu legen. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin im betreffenden Themenkomplex vernunftgemäss im Sinne von Art. 16 ZGB handeln kann. Entsprechend ist sie auch fähig, zur Durchsetzung dieser Rechte eine Schutzschrift einzureichen und zu diesem Zweck einen Rechtsanwalt zu mandatieren. Inhaltlich geht es denn auch bloss darum, dass sich ein Kind vorzeitig einbringen will, bevor allenfalls das Gericht über eine Besuchsrechtsregelung betreffend sein jüngeres Geschwister entscheidet.

Zu widersprechen ist der Vorinstanz, wenn sie aus BGE 142 III 153 E. 5.2.4 schliesst, dass im Anwendungsbereich von Art. 299 ZPO eine gewillkürte Vertretung nicht zulässig sei, solange die (im Zeitpunkt ihres Entscheids noch strittige) Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO nicht geklärt ist (Urk. 6 E. 2.2 f. S. 4 f.). Zwar fragt sich, ob eine separate gewillkürte Vertretung in der konkreten Situation nicht bloss zur Verkomplizierung des Verfahrens geführt hätte. Das Prozessrecht erlaubt dies der urteilsfähigen Berufungsklägerin aber – jedenfalls solange, bis dass die Person der Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO im Amt war. Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob dies nach Einsetzung der Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO, ausgeschlossen wäre.

Nebenbei bemerkt weist Rechtsanwalt Dr. X1._____ zutreffend darauf hin, dass er in mehreren Verfahren vor Obergericht als Vertreter von A._____ zugelassen

wurde, so namentlich in den von ihm erwähnten Verfahren Nrn. PC240003-O und RX240001-O (vgl. Urk. 9/3 und 9/6; Urk. 5 Rz 18 f.). Dieser Umstand allein bindet das erstinstanzliche Gericht freilich aber nicht.

b) Eine weitere Prozessvoraussetzung ist, dass die um Rechtsschutz ersuchende Partei ein schutzwürdiges Interesse daran haben muss (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Vorliegend fehlt es in Bezug auf das Hauptanliegen der Berufung, die Überprüfung der Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung, an einem konkreten Rechtsschutzinteresse. Die superprovisorische Massnahme nämlich, welche die Berufungsklägerin mit ihrer Schutzschrift verhindern wollte, war bereits getroffen, bevor die Berufung erhoben wurde (vgl. Urk. 9/7). Damit könnte eine allenfalls angeordnete Entgegennahme der Schutzschrift den angestrebten Zweck ohnehin nicht mehr erfüllen.

c) An einem konkreten Rechtsschutzinteresse mangelt es auch insoweit, als eine Berücksichtigung der Schutzschrift im Verfahren FP230007-A gefordert wird (Ziffer 2 des Berufungsbegehrens). Ob die Vorbringen für den Entscheid über eine Besuchsrechtssistierung zu berücksichtigen waren oder nicht, ist allenfalls Thema im Verfahren FP230007-A vor Vorinstanz und möglicherweise auch in dem nun vor der Kammer hängigen Berufungsverfahren LY240040-O. Diese Frage kann aber nicht – separat resp. zusätzlich – Thema im Schutzschrift-Verfahren sein.

Dasselbe gilt für Ziffer 5 des Berufungsbegehrens: Auch die damit aufgeworfene Rechtsfrage hat nicht direkt etwas mit dem vorliegenden Verfahrensgegenstand, mithin der Frage der Annahme einer Schutzschrift, zu tun.

d) In Bezug auf ein Interesse an einer Feststellung zum gewillkürten Rechtsvertreter (Ziffer 4 des Berufungsbegehrens) wird in der Berufung geltend gemacht, dass die beantragte Feststellung notwendig sei, um vorzubeugen, dass die Vorinstanz die prozessuale Stellung des gewillkürten Rechtsvertreters weiterhin negiere (Urk. 5 Rz 22). Die beantragte Feststellung, dass die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 26. April 2024 aus formellen Gründen rechtswidrig gewesen sei (Ziffer 5 des Berufungsbegehrens), liege sodann im berechtigten Interesse der Berufungsklägerin, weil gegen die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme an sich kein Rechtsmittel zur Verfügung stünde (Urk. 5 Rz 26).

Das verlangte besondere Feststellungsinteresse, das sich letztlich ebenfalls aus Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ergibt, wird von der Rechtsprechung bejaht, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch eine richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit. Erforderlich ist, dass ihre Fortdauer der rechtsuchenden Partei nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert. Ein Feststellungsinteresse wird in der Regel verneint, wenn dem Inhaber eines Rechts eine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht, die sofort eingereicht werden kann und die es ihm erlauben würde, direkt die Beachtung seines Rechtes oder die Erfüllung der Forderung zu erwirken. Die Feststellungsklage (vgl. Art. 88 ZPO) ist im Verhältnis zur Leistungs- oder Gestaltungsklage subsidiär. Dabei müssen die Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität restriktiv ausgelegt werden, ansonsten eine Ungewissheit über den einzuschlagenden Rechtsweg geschaffen würde (BGer 4A_464/2019 vom 30. April 2020 E. 1.2, 1.3 und 1.5; BGE 135 III 378 E. 2.2). Begehren, es seien einzelne Elemente beziehungsweise Vorfragen im Rahmen von Rechtsverhältnissen festzustellen, sind (abgesehen von hier nicht gegebenen Sonderfällen) nicht zulässig (KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 88 N 6).

Inwiefern mit Blick auf die Ziffern 3 bis 5 des Berufungsbegehrens aussergewöhnliche Umstände vorliegen würden, die gemäss Rechtsprechung ein selbstständiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung begründen könnten (vgl. BGer 4A_464/2019 vom 30. April 2020, E. 1.4), tut die Berufungsklägerin nicht hinreichend substantiiert dar.

Abgesehen davon wäre ein allfälliges Feststellungsinteresse in der Zwischenzeit auch weggefallen (KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 88 N 19; BK ZPO-Markus, Art. 88 N 53). Wie erwähnt vertritt Rechtsanwalt Dr. X1. _____ die Berufungsklägerin aktuell nicht mehr, und über die Besuchsrechtssistierung erging ein berufungsfähiger Entscheid, sodass ein Rechtsweg darüber offensteht.

e) Für die Anfechtungsbefugnis ist erforderlich, dass die anfechtende Person durch den angefochtenen Entscheid berührt («beschwert») ist. Auch dies stützt sich auf Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO. Jeder Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz setzt eine Beschwerde voraus (BGE 120 II 5 E. 2a m.H.; Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 366). Nicht beschwert ist die Berufungsklägerin in Bezug

auf die Auflage der Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, denn die Gerichtskosten wurden *Rechtsanwalt Dr. X1. _____* auferlegt – nicht der Berufungsklägerin (Urk. 6 S. 5 f., E. 3 sowie Dispositivziffer 2). Rechtsanwalt Dr. X1. _____ hat aber explizit *im Namen von A. _____*, nicht (auch) in eigenem Namen Berufung (bzw. Beschwerde) erhoben (vgl. Urk. 5 S. 2).

An der (formellen) Beschwer mangelt es der Berufungsklägerin schliesslich auch in Bezug auf das Absehen der Vorinstanz von der Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 6 S. 6, Dispositivziffer 3). Eine solche hatte die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht verlangt (vgl. Urk. 1 S. 2), und ein Entscheid über die Parteientschädigung erfolgt nur auf Antrag hin (Art. 105 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-Hofmann/Baeckert, Art. 105 N 11 m.w.H.).

f) Nach dem Gesagten ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3. Damit sind noch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu regeln.

Auch wenn mit dem vorliegenden Entscheid auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Schutzschrift der Berufungsklägerin vom 11. April 2024 (Urk. 1) hätte entgegennehmen müssen (vgl. E. 2 a vorn). Es rechtfertigt sich daher, von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin ist daher auch nicht als unterliegend zu betrachten. Art. 107 Abs. 2 ZPO bietet in solchen Fällen indes keine Grundlage, zu lasten des Kantons Parteientschädigungen (Art. 95 Abs. 3 ZPO) zuzusprechen.

4. Die Berufungsklägerin lässt beantragen, der Entscheid über ihre Berufung sei den übrigen Beteiligten nicht bekannt zu geben (Ziffer 6 des Berufungsbegehrens). Diesem Antrag ist stattzugeben, zumal die im Rechtsschutzgesuch der Berufungsklägerin (Berufungsschrift) aufgeführten weiteren Beteiligten nicht betroffen sind.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Verfahrensbeteiligten 1 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens fallen ausser Ansatz.

3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Verfahrensbeteiligte 1 und an Rechtsanwalt Dr. X1._____ sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. Dezember 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Müller

versandt am:
ms