

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ170002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 29. August 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. X1. _____

und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen

betreffend Unterhalt:

1, 2 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge D. _____

betreffend Kindesschutzmassnahmen:

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____

sowie

D. _____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Unterhalt (Kindesschutz)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 26. April 2017 (FP130016-G)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem Jahr 2013 in einem aufwändig geführten Prozess um die Vaterschaft und die Unterhaltspflicht des Beklagten. Mit Urteil vom 6. Mai 2015 wies das Bundesgericht die Beschwerde des Beklagten gegen die Vaterschaft ab (VI Urk. 142). Die Vorinstanz entschied über das von den Klägerinnen am 8. Juni 2015 gestellte Begehren betreffend vorsorglich zuzusprechende Unterhaltsbeiträge mit Urteil vom 15. November 2016 (VI Urk. 289).

2. Mit Schreiben vom 11. Januar 2017 wandte sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich an das Bezirksgericht Meilen. Sie nahm Bezug auf das am 1. Januar 2017 in Kraft getretene neue Kinderunterhaltsrecht und überwies ein bei der Behörde durch den Beklagten anhängig gemachtes Begehren um Kindesschutzmassnahmen (Urk. 4/6). Mit Verfügung vom 26. April 2017 verfügte die Vorinstanz, dass das Gericht den Erlass von Kindesschutzmassnahmen erwäge und deshalb eine Prozessverbeiständung für die Kinder anzuordnen und den Parteien diesbezüglich Frist zur Stellungnahme anzusetzen sei, und sie nahm die gesetzliche Vertreterin (Kindsmutter) neu als Verfahrensbeteiligte ins Rubrum auf (Urk. 1, Dispositiv-Ziff. 1).

3. Mit Eingabe vom 12. Mai 2017 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 S. 2 f.):

1. Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 26. April 2017 (Prozess-Nr. FP130016) sei aufzuheben. Stattdessen sei wie folgt zu entscheiden:
2. Das Kindesschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Meilen sei unter einer getrennten Fallnummer zu führen.
3. Die Kindsmutter, D._____, sei als *Gesuchsgegnerin / Beschwerdegegnerin* im Rubrum aufzunehmen. Die Bezeichnung des Rubrums sei entsprechend wie folgt zu ergänzen:

Kindsmutter:

D._____, geboren tt. Juli 1973, Staatsangehörige von E._____
[Staat in der Karibik], ... [Adresse] *Gesuchsgegnerin / Beschwerdegegnerin*

4. Der Beschwerdeführer, A._____, sei als *Gesuchsteller / Beschwerdeführer* im Rubrum aufzunehmen. Die Bezeichnung des Rubrums sei wie folgt zu ergänzen:

Kindsvater:

A._____, geboren tt. März 1968, von Zürich, ... [Adresse]
Gesuchsteller / Beschwerdeführer

5. Die Kinder 1 und 2, B._____, und C._____, seien als *Betroffene* im Rubrum aufzunehmen. Die Bezeichnung des Rubrums sei wie folgt zu ergänzen:

B._____, geboren tt.mm.2010, von E._____, ... [Adresse]
Betroffene 1

C._____, geboren tt.mm.12, von E._____, ... [Adresse]
Betroffene 2

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter zulasten der Staatskasse, je zuzüglich MwSt. von 8 %.

4. Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (Urk. 7, 8). Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 wurde den Klägerinnen und Beschwerdegegnerinnen (fortan Klägerinnen) und der Verfahrensbeteiligten Frist angesetzt, die Beschwerde zu beantworten (Urk. 12). In der Beschwerdeantwort vom 13. Juli 2017 stellten die Klägerinnen den Antrag, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen (Urk. 13). Mit Verfügung vom 14. Juli 2017 wurde die Beschwerdeantwort dem Beklagten zugestellt. Mit Eingabe vom 27. Juli 2017 nahm er von seinem Replikrecht Gebrauch und stellte den folgenden (prozessualen) Antrag (Urk. 16 S. 2):

1. Es sei die für die Betroffenen von Rechtsanwalt Dr. Y2._____ am 13. Juli 2017 (act. 13) eingereichte Stellungnahme aus dem Recht zu weisen, und es sei festzustellen, dass die Betroffenen in Kinderschutzangelegenheiten von Frau RA Y1._____ vertreten werden. Eventualiter sei RA Y1._____ mit der Prozessvertretung der Betroffenen für das Beschwerdeverfahren (neu) zu mandatieren. Das Rubrum sei in beiden Fällen entsprechend anzupassen.

2. Unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kindsmutter zuzügl. MwSt. von 8 %, eventualiter zu Lasten der Staatskasse.

Am 28. Juli 2017 teilte Rechtsanwalt Dr. Y2._____ mit, dass er das Mandat niedergelegt habe (Urk. 19). Die Eingaben gemäss Urk. 16 und 19 wurden den jeweiligen Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 6).

5.1 Angefochten ist Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 26. April 2017. Es handelt sich um eine prozessleitende Verfügung. Prozessleitende Verfügungen sind mit Beschwerde anfechtbar, in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 329 lit. b Ziff. 1 ZPO) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides, in dem eine Person als Verfahrensbeteiligte ins Rubrum aufgenommen wird, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn dem Beklagten durch die Verfügung vom 26. April 2017 ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Darüber hinaus ist eine Anfechtung auch dann möglich, wenn die Lage der betroffenen Partei durch den angefochtenen Entscheid erheblich erschwert wird. Geltend gemacht werden können sowohl rechtliche wie (zumindest nach einem Teil der Lehre) auch tatsächliche Nachteile (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 319 N 13 f.).

5.2 Die betroffene Partei muss einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun, d.h. sie ist beweispflichtig, sofern die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15). Der Beklagte äussert sich wie folgt: Die Parteirolle des Beklagten als Gefährder des Wohles der Betroffenen verletze nicht nur seine Persönlichkeit zum zweiten Mal nach der Strafanzeige der Kindsmutter, in welcher sie ihn der Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Betroffenen 2 bezichtigt habe. Die Beklagtenrolle sei auch geeignet, die Rechtsposition des Beklagten in den anderen Verfahren zwischen den Parteien

sowie im Gerichtsverkehr insgesamt negativ zu beeinflussen. Es entstehe damit der Eindruck, der Beklagte wolle den Betroffenen schaden, wogegen er es in Wahrheit gewesen sei, der die Kindesschutzmeldung am 21. Dezember 2017 bei der KESB eingereicht habe. Die Hinnahme der falschen Parteibezeichnungen sei deshalb für den Beschwerdeführer nicht zumutbar, und sie sei auch prozessual falsch (Urk. 1 S. 9).

5.3 Wer (materiell) Partei ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht (BGer 5A_104/2009 vom 19. März 2009, E. 2.2). Die Parteirolle des Beklagten bestimmt sich - wie zu zeigen sein wird - nach dem Unterhaltsprozess (vgl. nachstehend Ziff. 6 ff.). Nicht zu folgen ist der Behauptung des Beklagten, dass seine Rechtsposition in den anderen Verfahren zwischen den Parteien sowie im Gerichtsverkehr insgesamt negativ beeinflusst würde. Auch ein tatsächlicher Nachteil liegt nicht vor. Darunter werden mitunter eine allfällige Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens qualifiziert (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 11). Mit den Vorbringen des Beklagten ist ein prozessrechtlicher Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Abs. 2 ZPO weder dargetan noch ersichtlich, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

6.1 Selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre der Beschwerdeantrag Ziffer 2 aus nachfolgenden Gründen abzuweisen. Zur getrennten Fallnummer macht der Beklagte geltend, im laufenden Kindesschutzverfahren sei die Kindsmutter notwendigerweise Partei, da sie als derzeitige Alleininhaberin der elterlichen Sorge und Obhut von einer zum Schutz der Kinder erlassenen Massnahme direkt betroffen sei. Wenn die Kindesschutzangelegenheit weiter unter der Geschäfts-Nr. FP130016 geführt werde, sei die Kindsmutter, die im Unterhaltsprozess über die gesetzliche Vertretung der Kinder aktivlegitimiert sei, im Kindesschutzverfahren jedoch passivlegitimiert. Die Gefährdungsmeldung des Kinderspitals Zürich sowie das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass von Kindesschutzmassnahmen würden sich auf den derzeitigen Zustand der Verwahrlosung der Betroffenen 2 und folglich gegen die Kindsmutter richten. Über die gesetzliche Vertretung der Betroffenen 1 und 2 sei die Kindsmutter im Kindesschutzverfahren zudem gleich-

zeitig gesetzliche Vertreterin. Es gehe nicht an, dass die Kindsmutter in einem einzigen Verfahren drei Parteirollen zugewiesen erhalte (Urk. 1 S. 7 f.).

6.2 Mit der Sorgerechtsnovelle, in Kraft seit 1. Juli 2014 (BBI 2011 9077), wurde das Gericht bei Gutheissung einer Vaterschaftsklage zur Regelung der elterlichen Sorge verpflichtet (Art. 298c ZGB). In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass das Gericht auch die Obhut und den persönlichen Verkehr zu regeln habe. Dagegen wurde in Bezug auf den Kinderschutz angeführt, dass die Regelung von Art. 315a und 315b ZGB keine Zuständigkeit des mit der Vaterschaftsklage befassten Gerichts zur Anordnung von Kinderschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB vorsehe. Soweit solche Massnahmen notwendig seien, könne das Gericht gestützt auf Art. 314 i.V.m. Art. 443 ZGB der Kinderschutzbehörde Meldung erstatten (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 298c ZGB N 6 ff.). Die Autoren Cantieni/Biderbost vertreten dieselbe Meinung, propagieren indessen - in Analogie zu Art. 315a/b ZGB - eine Kompetenzattraktion bezüglich Kinderschutzmassnahmen, soweit es um flankierende Massnahmen im Rahmen der elterlichen Sorge gehe (Cantieni/Biderbost, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KSEB) - erste Erfahrungen und Klippen, FamPra.ch 2015, 771).

6.3 Am 1. Januar 2017 sind die neuen Bestimmungen zum Kinderunterhaltsrecht in Kraft getreten (BBI 2014 529). Gemäss Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO ist - bei feststehendem Kindesverhältnis - das mit einer Unterhaltsklage befasste Gericht zur Regelung der elterlichen Sorge und weiterer Kinderbelange berufen. Art. 298b Abs. 3 ZGB und Art. 298d Abs. 3 ZGB, in Kraft seit 1. Januar 2017, sprechen von "elterlicher Sorge sowie die weiteren Kinderbelange". Dasselbe gilt für den neuen Art. 304 Abs. 2 ZPO. Nicht erwähnt sind die Kinderschutzmassnahmen. In Bezug auf die neuen Bestimmungen, insbesondere Art. 304 ZPO, geht die Lehre davon aus, dass das Gericht Kinderbelange vollständig zu regeln hat. Daher sei es aus prozessökonomischen Gründen und aufgrund des Sachzusammenhangs auch für die Anordnung allfälliger Kinderschutzmassnahmen zuständig (BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 304 N 6a). Diese Autoren beziehen sich auf die Kommentierung zu Art. 315-315b ZGB durch

Peter Breitschmid. Er vertritt im Basler Kommentar Folgendes: Aufgrund von Art. 133 ZGB und des Prinzips der Einheit des Scheidungsurteils hat das Scheidungs- oder Trennungsgeschicht die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten; das schliesst vom sachlichen Konnex und der Prozessökonomie her zwingend ein, dass diese Regelung ggf. mit Kinderschutzmassnahmen verbunden wird bzw. bestehende Kinderschutzmassnahmen in diesem Konnex angepasst werden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 315-315b N 3). Die Autoren beziehen sich aber ebenso bzw. in erster Linie auf den Willen des Gesetzgebers gemäss amtlichem Bulletin. Demnach wurde mit der Ergänzung der Art. 298b und 298d ZGB und von Art. 304 ZPO im Weiteren die Beseitigung einer Doppelspurigkeit zwischen dem Gericht und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angestrebt, mit dem Ergebnis, dass jeweils nur eine Stelle für die Regelung aller offenen und streitigen Fragen zuständig ist. Das ist die sogenannte Kompetenzattraktion (AB NR 2014, 1219).

Dem Leitfaden des Obergerichts des Kantons Zürich zum neuen Unterhaltsrecht lässt sich der folgende Passus entnehmen: "Im Fall einer Unterhaltsklage entscheidet das Gericht neu auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange (Art. 304 Abs. 2 nZPO), womit die Parallelkompetenzen von KESB und Gericht zu Gunsten einer Kompetenzattraktion beim Gericht aufgehoben wurden." (Leitfaden neues Unterhaltsrecht, online-Version 08.2017, Ziff. 2, Ziff. 8). Unter Kinderbelange werden subsumiert: "elterliche Sorge, Obhut, Betreuung/Besuchsrecht, Kinderschutzmassnahmen" (Leitfaden, a.a.O., Ziff. 8.1).

6.4 Nach dem Gesagten will die Gesetzesänderung ein Auseinanderfallen der Zuständigkeit für die strittige Unterhaltsregelung und die übrigen Kinderbelange vermeiden. Demzufolge ist die Vorinstanz aufgrund dieser Kompetenzattraktion auch für die Kinderschutzmassnahmen zuständig. Da, mit anderen Worten, die Vorinstanz in Bezug auf die Kinderschutzmassnahmen (nur) aufgrund der pendenten Unterhaltsklage zuständig ist, gebietet dies, wie es die Vorinstanz getan hat, die Kinderschutzmassnahmen im selben Verfahren zu prüfen. Damit wäre Beschwerdeantrag Ziff. 2 abzuweisen.

7. Weil es aufgrund der Annexzuständigkeit bei ein und demselben Verfahren bleibt, sind auch die Parteirollen nicht zu ändern. Der Einwand des Beklagten, er habe stets in guten Treuen gehandelt und sei auch im heutigen Zeitpunkt nur am Wohlergehen der Betroffenen interessiert, weshalb er als Antragsteller zu führen sei (Urk. 1 S. 8), geht an der Sache vorbei. Dasselbe gilt für die Aussage, dass die Beibehaltung als Beklagter im Rubrum für ihn unzumutbar sei, da u.a. die Kindsmutter Strafanzeige gegen ihn eingereicht habe (Urk. 1 S. 8 f.). Mit der Kompetenzattraktion beim Unterhaltsgericht geht keine Veränderung oder Erweiterung der am Unterhaltsprozess zu beteiligenden Parteien einher. Der (Annex-) Entscheid über die elterliche Sorge und die weiteren Kinderbelange entfaltet aber dennoch - dies liegt den neuen Gesetzesbestimmungen wenigstens implizit zugrunde - materielle Rechtskraftwirkung auch gegenüber dem nicht als Partei involvierten Elternteil (Zogg, Das Kind im familienrechtlichen Prozess, FamPra.ch 2017, 404). Dass die Vorinstanz die Kindsmutter als Verfahrensbeteiligte aufgenommen hat, ist nicht zu beanstanden. Es entspricht der Praxis, bei Kinderschutzmassnahmen die Eltern als Verfahrensbeteiligte ins Rubrum aufzunehmen (*OGer ZH PQ130030 vom 10.12.2013, E. 1.7*; Diggelmann, Das Kind ist rot zu schreiben, in: *Tatsachen Verfahren Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, S. 103, 107). Auch die Autorenschaft des Leitfadens erachtet es als sinnvoll, den anderen Elternteil als "übrige Verfahrensbeteiligte (ausserhalb der Begriffswelt der ZPO)" ins Rubrum aufzunehmen (Leitfaden, a.a.O., Ziff. 8.3.1). Im Übrigen entspricht es der Analogie zu den eherechtlichen Prozessen, wo die Eltern als Hauptparteien aufgeführt werden und das Kind als "Verfahrensbeteiligter" aufgenommen wird. Daher wären auch die Beschwerdeanträge Ziff. 3-5 abzuweisen.

8. Mit Verfügung vom 23. Mai 2017 wurde den Klägerinnen - im Bereich der Kinderschutzmassnahmen - in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y1. _____ eine unentgeltliche Prozessbeiständin im Sinne von Art. 299 Abs. 1 ZPO bestellt (Urk. 18/1). Noven, die das Prozessrechtsverhältnis betreffen, sind weder neue Tatsachen und Beweismittel noch neue Begehren (vgl. BGE 138 III 532 E. 1.2), weshalb das in der Sache grundsätzlich geltende Novenverbot diesbezüglich keine Gültigkeit beanspruchen kann. Das Rubrum ist daher entsprechend zu ergänzen.

zen. Insoweit ist die Beschwerdeantwort, welche Rechtsanwalt Dr. Y2._____ er-
stattet hat (Urk. 13), unbeachtlich. Ein "Aus-dem-Recht-weisen" gibt es allerdings
nicht (OG ZH RB150044 vom 10.02.16, E. 2.1). Auf eine erneute Fristansetzung
zur Beschwerdeantwort - wie vom Beklagten mit Eingabe vom 27. Juli 2017 bean-
tragt - ist indessen zu verzichten, da die Klägerinnen durch den Ausgang dieses
Verfahrens in ihren Interessen nicht beeinträchtigt werden können.

10. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das
Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb
dem Beklagten die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind.
Auf die Zusprechung einer Parteienschädigung ist zu verzichten, da der damalige
Parteivertreter die Beschwerdeantwort zu einem Zeitpunkt erstattet hat, in dem
ihm in Bezug auf die Kindesschutzmassnahmen die Vertretungsbefugnis nicht
mehr zustand.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Rubrum wird im Sinne der Erwägungen ergänzt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auf-
erlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die
Obergerichtskasse Rechnung.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerinnen zuhanden von
Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____ unter Beilage eines Doppels von Urk. 1
und 16, an die Verfahrensbeteiligte sowie an die Vorinstanz, je gegen Emp-
fangsschein.

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

7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich in der Hauptsache um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc