



**Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht
vom 2. Mai 2017 (410 17 20)**

Zivilprozessrecht

Anordnung einer Vertretung des Kindes gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader
Gerichtsschreiber i.V. Tobias Fasnacht

Parteien

A._____
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Schütt,
Steinberggasse 54, 8400 Winterthur,
Beschwerdeführer

gegen

Zivilkreisgerichtspräsident Basel-Landschaft West,
Domplatz 5/7, 4144 Arlesheim,
Beschwerdegegner

B._____
Beschwerdegegner

C._____
Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Nichtanordnung der Vertretung des Kindes /
Beschwerde gegen die Verfügung des Zivilkreisgerichtspräsidenten
Basel-Landschaft West vom 29. Dezember 2016

A. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 reichte der Vater von A._____, B._____, beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West eine Scheidungsklage ein. Das Zivilkreisgericht nahm hiervon Kenntnis und eröffnete mit Verfügung vom 8. Dezember 2015 das Scheidungsverfahren mit der Nummer 000.

B. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 beantragte Rechtsanwalt Thomas Schütt namens und im Auftrag von A.____, er sei gestützt auf Art. 299 Abs. 3 ZPO sowie Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO und auf Kosten des Staates als Kindesvertreter im Scheidungsverfahren der Eltern von A.____ einzusetzen. A.____ sei urteilsfähig in Bezug auf die sich stellenden Fragen zu den Kinderbelangen und sollte dies angezweifelt werden, sei sein Psychiater aufzufordern, ein Zeugnis über die Urteilsfähigkeit abzugeben. Von diesem Antrag nahm der Zivilkreisgerichtspräsident mit Verfügung vom 18. Dezember 2015 Kenntnis; der Antrag werde zu gegebener Zeit geprüft. Mit Schreiben vom 5. Juli 2016 erneuerte Rechtsanwalt Thomas Schütt seinen Antrag, ihn als Kindesvertreter einzusetzen, woraufhin er mit Schreiben des Zivilkreisgerichtspräsidenten vom 18. Juli 2016 informiert wurde, der Prozess sei instruktionsrichterlich auf die Vorfrage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt worden und bis dahin könnten „selbstverständlich keine prozessual vorgreiflichen Massnahmen verfügt werden“. Am 4. November 2016 zog der Vater von A.____ seine Scheidungsklage zurück, worauf der Gerichtspräsident mit Beschluss vom 8. November 2016 verfügte, das Scheidungsverfahren werde zufolge Klagerücknahme als gegenstandslos und erledigt abgeschlossen. Weder A.____ noch Rechtsanwalt Thomas Schütt wurden darüber in Kenntnis gesetzt.

C. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 informierte Rechtsanwalt Thomas Schütt das Zivilkreisgericht, er habe vom Klagerückzug vernommen und es könne somit davon ausgegangen werden, dass das Scheidungsverfahren abgeschlossen werde bzw. worden sei. Er sei nun als Kindesvertreter einzusetzen oder der Antrag sei mit einer anfechtbaren Verfügung abzulehnen. Den Antrag wies der Zivilkreisgerichtspräsident mit Verfügung vom 29. Dezember 2016 ab.

D. Mit Beschwerde vom 13. Januar 2017 gelangte A.____, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Schütt, an das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, und beantragte, letzterer sei als sein Kindesvertreter im Scheidungsverfahren seiner Eltern sowie im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu bezeichnen. Sodann sei die Vorinstanz anzuweisen, die Entschädigung des Kindesvertreters im Sinne der Ausführungen des Beschwerdeführers festzusetzen; alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge für das Beschwerdeverfahren zuzüglich 8% MWST zu Lasten des Staates, eventualiter solidarisch zu Lasten der Eltern von A.____. Letzterem sei schliesslich im angestrebten Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege mit Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt Thomas Schütt zu bewilligen.

E. Mit Schreiben vom 25. Januar 2017 liess sich der Zivilkreisgerichtspräsident zur Sache vernehmen. Er hielt fest, dass er vollumfänglich an seiner Verfügung vom 29. Dezember 2016 festhalte und begründete dies im Wesentlichen damit, die Frage der Anordnung der Kindesvertretung sei zu Recht erst nach Klärung der örtlichen Zuständigkeit erfolgt und A.____ sei darüber auch rechtzeitig in Kenntnis gesetzt worden.

Erwägungen

1. Die Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung des Zivilkreisgerichtspräsidenten Basel-Landschaft West vom 29. Dezember 2016, mit welcher dem Beschwerdeführer die Anordnung seiner Kindesvertretung ab 16. Dezember 2015 im Scheidungsverfahren seiner Eltern verweigert worden ist. Die Nichtanordnung einer Vertretung des Kindes kann das urteilsfähige Kind gemäss Art. 299 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) mit Beschwerde anfechten. Da es sich bei der Anordnung bzw. Ablehnung der Kindesvertretung um eine prozessleitende Verfügung handelt, ist die Beschwerde binnen zehn Tagen seit Zustellung des Entscheides schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Der angefochtene Entscheid ist dem Beschwerdeführer am 3. Januar 2017 eröffnet worden. Nachdem dieser seine

Beschwerde am 13. Januar 2017 der Schweizerischen Post übergeben hat, ist die gesetzliche Beschwerdefrist eingehalten worden. Ein Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren war in Anbetracht des Gesuchs um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu leisten. Aus der Beschwerde vom 13. Januar 2017 geht sodann deutlich hervor, inwiefern der angefochtene Entscheid aus der Sicht des Beschwerdeführers falsch sei und welche Änderungen vorzunehmen seien. Auf die Beschwerde ist folglich einzutreten. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO ist für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Präsidien der Zivilkreisgerichte das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts zuständig. Der Entscheid ergeht in Anwendung von Art. 327 Abs. 2 ZPO aufgrund der Akten.

2.1 A.____ lässt in seiner Beschwerde vom 13. Januar 2017 beantragen, ihm sei nachträglich ein Kindesvertreter im Scheidungsverfahren seiner Eltern vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West beizuordnen. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, die Verfügung des Zivilkreisgerichtspräsidenten vom 29. Dezember 2016 verstosse gegen Bundesrecht, weil Art. 299 Abs. 3 ZPO dem Gericht keinen Ermessensspielraum belasse, wenn ein urteilsfähiges Kind einen Antrag auf Kindesvertretung stelle. Das Gericht habe die Vertretung umgehend anzuordnen und könne im Ergebnis nur die Urteilsfähigkeit des antragstellenden Kindes zu widerlegen versuchen, was es im konkreten Fall aber weder beabsichtigt noch getan habe. Darüber hinaus habe er das Gericht sogar in seinem Antrag vom 16. Dezember 2015 darauf hingewiesen, es könne sich – sollten Zweifel an der Urteilsfähigkeit des Beschwerdeführers bestehen – an den in X.____ tätigen Psychiater des Beschwerdeführers wenden, damit dieser ein Zeugnis ablege. Um die Notwendigkeit der Anordnung der Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 Abs. 3 ZPO zu untermauern, äussert sich der Beschwerdeführer ergänzend zu den (anwaltlichen) Tätigkeiten seines beantragten Kindervertreeters, indem er eine Honorarnote über den Gesamtbetrag von CHF 2'986.80 (inkl. MWST und Auslagen) einreicht und diese über mehr als eine Seite schriftlich dokumentiert und kommentiert.

2.2 Der Zivilkreisgerichtspräsident entgegnet in seiner Vernehmlassung vom 25. Januar 2017 im Wesentlichen, eine Kindesvertretung ergebe vor Klärung der prozessualen Vorfragen keinen Sinn. Darüber hinaus hätten weder die Prozessparteien noch der Rechtsvertreter das vorinstanzliche Gericht darauf aufmerksam gemacht, dass sich die Bestellung einer Kindesvertretung vor der Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit des Gerichts als notwendig oder wenigstens zweckmässig erweise. Ein tatsächlicher, „abgeltungswürdiger“ Aufwand entstehe im Ergebnis erst dann, wenn die Kindesvertretung in ihrer Funktion eingesetzt werde. Dazu sei es im vorliegenden Fall gar nicht gekommen.

3.1 Art. 299 Abs. 1 ZPO verpflichtet das zuständige Gericht in eherechtlichen Verfahren, „wenn nötig“ die Vertretung des Kindes anzuordnen und als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zu bezeichnen. Die Einsetzung der Kindesvertretung liegt somit zunächst im Ermessen des Gerichts, eingeschränkt alleine durch eine Prüfungsobliegenheit hinsichtlich der Notwendigkeit der Kindesvertretung in speziellen Konstellationen, etwa dann, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO, in der Fassung vor der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches betreffend Kindesunterhalt, in Kraft bis 31. Dezember 2016). Stellt das urteilsfähige Kind aber selbständig einen Antrag auf Vertretung, so ist diese gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO anzuordnen. Sowohl Lehre und Rechtsprechung – zum aktuellen Art. 299 Abs. 3 ZPO und zur altrechtlichen Regelung in Art. 146 und 147 aZGB – interpretieren den Absatz wortlautgetreu im Sinne einer Obliegenheit des zuständigen Gerichts, die Kindesvertretung anzuordnen – ausgenommen einzig in der Konstellation, in der das um Kindesvertretung ersuchende Kind nicht urteilsfähig im Sinne von Art. 16 und 19 Abs. 2 ZGB ist (DANIEL STECK, Basler Kommentar ZPO, 2013, Art. 299 N 7; JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, Art. 299 N 20 ff.; ADRIAN

STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2013, § 21 N 91; ANNETTE SPYCHER, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 299 N 12; STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2016, Art. 299 N 6; BGer 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.3; zum alten Recht: BGer 5P.139/2002 vom 3. Juni 2002 E. 2). Weitere Ausnahmen vom besagten Grundsatz werden in der genannten Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht thematisiert. Einschränkungen der Kindesvertretung gemäss Art. 299 Abs. 3 ZPO sind aber in einem weiteren Sinne durchaus denkbar. Zunächst wird der Anwendungsbereich von Art. 299 Abs. 3 ZPO insofern begrenzt, als die gerichtliche Bestellung einer Kindesvertretung nur dann zwingend ist, wenn Fragen zu beurteilen sind, die auch in den Kompetenzbereich der Kindesvertretung fallen bzw. ein Anwendungsfall von Art. 300 ZPO tatsächlich vorliegt (vgl. Obergericht des Kantons Zürich, PC140034-O/U vom 29. September 2014 E. 5.4). Sodann ist es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich erlaubt, dass die Arbeit eines angeordneten Kindesvertreters eingeschränkt wird, indem das zuständige Gericht mit prozessleitenden Verfügungen diese beeinflusst, wenn es etwa im Sinne der Verhältnismässigkeit die Aufgaben des Kindesvertreters mit den Verfahrenshandlungen des Gerichts abstimmt bzw. koordiniert (vgl., allerdings im Zusammenhang mit der Anordnung einer Kindesvertretung nach Ermessen gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO, BGE 142 III 153 E. 5.3).

3.2 Vorliegend kann offen bleiben, ob und welche Ausnahmen sich bei der Anwendung von Art. 299 Abs. 3 ZPO im konkreten Sachverhalt aufdrängen. Aus den vorinstanzlichen Akten ergeben sich nämlich keinerlei Anhaltspunkte, die eine solche Ausnahme vom Grundsatz der Anordnung einer Kindesvertretung auch nur annähernd nahelegen würden. Im Gegenteil geht aus den Akten hervor, dass im fraglichen Scheidungsverfahren vor dem Zivilkreisgericht kinderspezifische Themen – darunter die Zuteilung der Sorge und Obhut über den Beschwerdeführer und der persönliche Verkehr desselben mit seinen Eltern – strittig gewesen sind. Darüber hinaus konnte die Frage der örtlichen Zuständigkeit auch nicht innert einer Frist geklärt werden, in der sich ein Aufschub der Anordnung der Kindesvertretung allenfalls noch aufgedrängt hätte. Der Zivilkreisgerichtspräsident hat im Ergebnis über ein Jahr zugewartet und den Parteien rund 20 Verfügungen zugestellt, bis er – auf Drängen des Beschwerdeführers am 28. Dezember 2016 – überhaupt die (Nicht-)Anordnung der Kindesvertretung am 29. Dezember 2016 verfügt hat. Schliesslich ist auch unbestritten geblieben, dass der Beschwerdeführer im Hinblick auf seine Entscheidung, im Scheidungsverfahren seiner Eltern einen Kindesvertreter zu beanspruchen, urteilsfähig gewesen ist. Somit ist zum Zeitpunkt des ersten Gesuchs am 16. Dezember 2015 und spätestens zum Zeitpunkt des zweiten Gesuchs am 5. Juli 2016 mit der Nichtanordnung der Kindesvertretung Bundesrecht verletzt worden. Im Ergebnis hätte der Zivilkreisgerichtspräsident die Kindesvertretung zumindest anordnen und letzteren entsprechend dem aktuellen Verfahrensstand instruieren müssen. Die Beschwerde ist folglich insoweit gutzuheissen, als die Verfügung des Gerichtspräsidenten des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 29. Dezember 2016 aufzuheben und die Kindesvertretung im vorinstanzlichen Verfahren in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO rückwirkend per 16. Dezember 2015 anzuordnen ist.

3.3 Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass die Beschwerde gutzuheissen und eine Kindesvertretung im vorinstanzlichen Verfahren anzuordnen ist. Somit ist die Frage aufzuwerfen, ob das Kantonsgericht im heutigen Beschwerdeverfahren in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO auch darüber entscheiden soll, wie die Entschädigung der Kindesvertretung – es handelt sich hierbei um Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) – zu beziffern und zu verlegen ist. Der Beschwerdeführer hat zwar dem Kantonsgericht eine Honorarnote für die Tätigkeiten seines Kindesvertreters im Zeitraum vom 16. Dezember 2015 bis am 3. Januar 2017 mit einem Gesamtbetrag von CHF 2'986.80 (inkl. MWST und Auslagen) eingereicht. Weil aber das Zivilkreisgericht mit dem fraglichen Ehescheidungsverfahren, auch wenn es dieses im Ergebnis abgeschrieben hat, besser vertraut ist, ist die Sache nach Ansicht des Kantonsgerichts nicht spruchreif im Sinne von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO. Demzufol-

ge ist der Entscheid über die Entschädigung der Kindesvertretung bzw. die Prüfung der einzelnen Posten der Honorarnote der Vorinstanz zu überlassen. Diese wird mithin zu beurteilen haben, ob der vom Kindesvertreter geltend gemachte Aufwand in der Sache überhaupt angemessen ist, was in Anbetracht der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Kompetenz allemal fraglich ist. Die Beschwerde ist somit auch im Punkt betreffend die Entschädigung der Kindesvertretung insofern gutzuheissen, als die Vorinstanz in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO anzuweisen ist, die Entschädigung des Kindesvertreters zu beziffern und anschliessend gemäss den einschlägigen zivilprozessrechtlichen Bestimmungen zu verlegen.

4.1 Abschliessend ist noch über die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten zu befinden. In der Regel werden die Kosten dem Ausgang des Verfahrens entsprechend der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dieser Grundsatz gilt auch für das Rechtsmittelverfahren (Botschaft ZPO, S. 7296). Da die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung des Zivilkreisgerichts vom 29. Dezember 2016 aufzuheben ist, werden die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton auferlegt. Die Entscheidungsbüher wird gemäss § 9 Abs. 2 lit. a der Verordnung vom 15. November 2010 über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31) auf pauschal CHF 500.00 festgelegt.

4.2 Der Beschwerdeführer beantragt sodann für das Rechtsmittelverfahren die Anordnung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 Abs. 3 ZPO. Weil im vorliegenden Verfahren keine materiellen Fragen behandelt werden, die in den Anwendungsbereich von Art. 300 ZPO fallen, ist die formelle Anordnung einer Kindesvertretung entbehrlich und deshalb abzuweisen. Allerdings ist dem Beschwerdeführer in der Person von Rechtsanwalt Dr. Thomas Schütt ein Rechtsbeistand zu bestellen, da dies zur Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers allemal notwendig ist.

4.3 Die Parteien haben sich sodann gegenseitig keine Parteientschädigungen auszurichten, zumal die Kindeseltern sich am Verfahren auch gar nicht beteiligt haben. Die Beschwerde ist zwar gutzuheissen. Es fehlt aber grundsätzlich an einer gesetzlichen Grundlage für eine Parteientschädigung aus der Staatskasse bzw. zulasten der Vorinstanz. Die Zivilprozessordnung hält für das Beschwerdeverfahren ausdrücklich fest, dass dem erstinstanzlichen Gericht keine Parteistellung zukommt: Während nach Art. 322 ZPO die „Gegenpartei“ eine Beschwerdeantwort einreichen kann, ersucht die Rechtsmittelinstanz nach Art. 324 ZPO die „Vorinstanz“ um eine Stellungnahme. Die Vorinstanz wird also nicht Gegenpartei, sondern bleibt Vorinstanz. In Anbetracht der Umstände erachtet es das Kantonsgericht aber als sachgerecht, die vorliegende Beschwerde wie eine Beschwerde betreffend Nichtanordnung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu behandeln. Im Rahmen solcher Beschwerden wird der unentgeltliche Rechtsbeistand im Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 106 ZPO vom Kanton voll entschädigt, wenn er obsiegt. Die Entschädigung ist sodann auch nicht von der Person zurückzuerstatten, die ursprünglich um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht hat. Damit wird die um die unentgeltliche Rechtspflege beschwerdeführende Partei so gestellt, als wäre ihr diese von Anfang an erteilt worden (BGE 140 III 501 E. 4.3.2). Im vorliegenden Verfahren ist somit der Rechtsbeistand des Beschwerdeführers (und nicht der Kindesvertreter) analog den genannten Grundsätzen bei der unentgeltlichen Rechtspflege vom Kanton angemessen zu entschädigen, wobei der entsprechende Stundenansatz in Anbetracht der Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens gemäss § 3 Abs. 1 TO (SGS 178.112) auf CHF 250.00 pro Stunde festgelegt wird. Da der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das Beschwerdeverfahren keine Honorarnote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung von Amtes wegen nach Ermessen festzusetzen (§ 18 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte; SGS 178.112). Das Kantonsgericht erachtet einen Aufwand von fünf Stunden als angemessen, weshalb dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das zweitinstanzliche Verfahren eine Entschädigung für seine anwaltliche Tätigkeit in der Höhe von CHF 1'250.00 und für seine getätigten Auslagen CHF 20.00 aus der

Gerichtskasse zu entrichten sind. Vor diesem Hintergrund wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege letztlich hinfällig.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Zivilkreisgerichtspräsidenten Basel-Landschaft West vom 29. Dezember 2016 wird aufgehoben.
 2. Im Scheidungsverfahren mit der Nr. 000 vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West wird rückwirkend ab 16. Dezember 2015 Rechtsanwalt Thomas Schütt als Kindesvertretung von A.____angeordnet.
 3. Die Vorinstanz wird angewiesen, die Entschädigung von Rechtsanwalt Thomas Schütt als Kindesvertreter von A.____ im Scheidungsverfahren mit der Nummer 120 15 3988 V vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West im Sinne der Erwägungen zu beziffern und zu verlegen.
 4. Die Entscheidgebühr in der Höhe von CHF 500.00 wird dem Kanton auferlegt.
 5. Dem Rechtsbeistand des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Thomas Schütt, wird eine Entschädigung von CHF 1'270.00 (inkl. Auslagen, zzgl. MWST) aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Die Parteien haben sich im Übrigen gegenseitig keine Parteientschädigungen auszurichten.

Präsidentin

Gerichtsschreiber i.V.

Christine Baltzer-Bader

Tobias Fasnacht