

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 146 f. und Art. 308 Abs. 2 ZGB; Art. 12 KRK; Art. 44, Art. 99, Art. 364 Abs. 1 sowie Art. 365 Ziff. 6 und Ziff. 7 ZPO. Eheschutzrichterliche Regelung der Kindesbelange; Zustellung bei Adressänderung, rechtliches Gehör, Prozessbefugnisse des verbeiständeten Kindes (Entscheid des Obergerichts Nr. 41/2004/15 vom 30. Dezember 2004 i.S. M.)

Veröffentlichung im Amtsbericht.

Besteht nur eine Beistandschaft zur Überwachung des Besuchsrechts, so hat das Kind keine Prozessbefugnisse; auf sein Rechtsmittel ist nicht einzutreten. Offengelassen, ob im Eheschutzverfahren eine Prozessvertretung zulässig wäre (E. 1b).

Dem insoweit unterlegenen Kind sind keine Kosten aufzuerlegen (E. 3).

Gibt eine Partei während eines Zivilprozesses ihre Adressänderung nicht bekannt und kommt deshalb die Einladung zu einer Vernehmlassung mit dem Vermerk "abgereist" zurück, so hat das Gericht grundsätzlich sachdienliche Nachforschungen über den neuen Aufenthalt anzustellen und die Zustellung gegebenenfalls ordnungsgemäss zu wiederholen. Andernfalls ist der hierauf erlassene Entscheid mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet (E. 2).

Im Eheschutzverfahren der Eheleute M. verfügte der Eheschutzrichter des Kantonsgerichts, zur Frage des Besuchsrechts des Ehemanns gegenüber dem Sohn der Parteien werde ein kinderpsychiatrisches Gutachten eingeholt und für den Sohn eine Beistandschaft errichtet; der Beistand habe die Aufgabe, das zunächst provisorisch geregelte Besuchsrecht zu überwachen. Nach Eingang des Gutachtens setzte er den Parteien Frist an zur Vernehmlassung. Das entsprechende Schreiben an die Ehefrau wurde zunächst an die im Eheschutzverfahren angegebene Adresse und in der Folge an die bisherige eheliche Adresse gesandt; es wurde auf der Post nicht abgeholt. In der Folge gewährte der Eheschutzrichter dem Ehemann in Abänderung der provisorischen Regelung ein übliches Besuchs- und Ferienrecht. Er ordnete sodann an, dass die Beistandschaft für den Sohn beibehalten werde; der Beistand habe die Aufgabe, das Besuchsrecht des Vaters allgemein und die Betreuungssituation bei der Mutter zu überwachen. Gegen diese Verfügung erhoben sowohl die Ehefrau als auch die Beiständin bzw. der von ihr verbeiständete Sohn Nich-

tigkeitsbeschwerde ans Obergericht. Dieses hiess die Beschwerde der Ehefrau gut und trat auf diejenige des Sohns nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1.– Gegen Verfügungen über Eheschutzmassnahmen ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (Art. 364 Abs. 1 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 [ZPO, SHR 273.100]; vgl. auch Art. 354 Ziff. 5 lit. d ZPO). ...

a) ...

b) Der Vertreter der Beschwerdeführerin 1 hat die Beschwerde ausdrücklich auch im Namen der Beiständin des Sohns der Parteien, des Beschwerdeführers 2, erhoben. ...

In der Beschwerdeschrift wird davon ausgegangen, dass die Beiständin als "Vertreterin der Kindesinteressen" ins Verfahren hätte einbezogen werden müssen, insoweit vom angefochtenen Entscheid betroffen und damit zur Beschwerde berechtigt sei. In der Tat könnte eine auf Anordnung des Gerichts zur Vertretung des Kindes im Prozess eingesetzte Beiständin unter anderem dann, wenn es um grundlegende Fragen des persönlichen Verkehrs oder um Kindesschutzmassnahmen geht, Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210; Fassung vom 26. Juni 1998]).

Der Eheschutzrichter hat mit seiner ersten Verfügung ..., mit welcher er auch das kinderpsychiatrische Gutachten zur Frage der Besuchsrechtsregelung angeordnet hat, für den Sohn der Parteien keine Prozessvertretung, sondern lediglich eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Überwachung des Besuchsrechts errichtet, also nicht generell zur Vertretung der Kindsinteressen und insbesondere auch nicht zur Geltendmachung der Kindsinteressen im hängigen Verfahren. Eine solche Überwachungsbeistandschaft ist nicht mit prozessualen Befugnissen verbunden; sie unterscheidet sich insoweit massgeblich von der speziellen Prozessvertretung gemäss Art. 146 f. ZGB (vgl. *Sutter/Freiburghaus*, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 146/147 N. 1 ff., S. 576 ff.; *Peter Breitschmid* im Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. A., Basel/Genf/München 2002, Art. 146/147 N. 2, S. 885; *Patrizia Levante*, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – die Vertretung des Kindes im Besonderen, Diss. St. Gallen 2000, S. 16 f., 146, 194). Damit kann auch offenbleiben, ob – in analoger Anwendung von Art. 146 ZGB oder aufgrund von Art. 12 des UNO-

Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK, SR 0.107) – im Eheschutzverfahren eine Kindesvertretung mit prozessualen Befugnissen überhaupt zulässig wäre (vgl. *Sutter/Freiburghaus*, Art. 146/147 N. 8, S. 579; *Jonas Schweighauser* in: Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], *Praxiskommentar Scheidungsrecht*, Basel/Genf/München 2000, Art. 146 N. 14, S. 507; *Levante*, S. 82; zur diesbezüglichen Bedeutung von Art. 12 KRK auch BGE Nr. 5P.65/2002 vom 11. April 2002, E. 3b).

Die Beiständin hatte somit – auch wenn dies für die Sachabklärung allenfalls hätte sinnvoll sein können – keinen prozessualen Anspruch darauf, zum eingeholten Gutachten angehört zu werden und gegebenenfalls Anträge zu stellen. Sie ist insbesondere auch nicht berechtigt, den in der Folge gefassten Entscheid des Eheschutzrichters selbständig anzufechten.

...

2.– Die Beschwerdeführerin 1 beruft sich im Zusammenhang mit der Einladung, sich zum Gutachten vernehmen zu lassen, auf die Nichtigkeitsgründe von Art. 365 Ziff. 6 und Ziff. 7 ZPO (nicht gehörige Aufforderung zur Einreichung eines Schriftsatzes bzw. Verletzung des rechtlichen Gehörs).

a) Die Einladung zur Vernehmlassung wurde der Beschwerdeführerin 1 ... an die bei Einleitung des Eheschutzverfahrens angegebene Adresse geschickt. Der Brief kam ... mit dem aufgeklebten Vermerk "Adresse und Briefkasten-/Postfach-Anschrift stimmen nicht überein" und dem handschriftlichen Vermerk "abgereist" zurück. Hierauf erkundigte sich die Kanzlei des Kantonsgerichts bei der Arbeitgeberin nach der Adresse der Beschwerdeführerin 1; dabei wurde die frühere gemeinsame eheliche Adresse angegeben. Der ... an diese Adresse geschickte Brief kam nach Ablauf der postalischen Abholfrist mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück.

b) Die Parteien sind verpflichtet, Wohnungsänderungen während des Prozesses dem Gericht sofort mitzuteilen (Art. 99 ZPO). Dies hat die Beschwerdeführerin 1 unbestrittenermassen nicht getan.

Was die Missachtung dieser Pflicht für die Zustellung gerichtlicher Mitteilungen bedeutet, ist im Gesetz nicht geregelt (vgl. demgegenüber etwa Art. 94 Satz 3 der Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986 [StPO, SHR 320.100]; § 181 Satz 2 des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 [LS 211.1]). Nach der Praxis handelt es sich um eine blosser Ordnungsvorschrift, die das Gericht nicht davon entbindet, mit der möglichen und zumutbaren Sorgfalt nach der aktuellen Adresse der Partei zu suchen. Zwar darf die ordnungsgemässe Zustellung an der letztbekannten Adresse unter Umständen als rechtsgenügend angenommen werden (was nach der vom Eheschutzrichter erwähnten Lehrmeinung

nicht nur dann gelten soll, wenn die Gerichtskurkunde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurückkommt, sondern auch dann, wenn sie mit dem Vermerk "unbekannt" oder "abgereist ohne Adressangabe" zurückkommt). Diese Annahme rechtfertigt sich aber dann nicht, wenn für das Gericht konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass die letztbekannte Adresse nicht mehr stimmt oder der Zustellungsvorgang Mängel aufweist. In solchen Fällen ist das Gericht gehalten, vorerst sachdienliche Nachforschungen anzustellen und die Zustellung gegebenenfalls ordnungsgemäss zu wiederholen (*Annette Dolge*, Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren, Diss. Zürich 2001, S. 351, mit Hinweisen).

In diesem Zusammenhang ist zu differenzieren. Wird der Adressat bei einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt, so gilt nach der Rechtsprechung die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der siebentägigen Abholfrist, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen. Diese Zustellfiktion rechtfertigt sich, weil die an einem Verfahren Beteiligten nach Treu und Glauben dafür zu sorgen haben, dass behördliche Akte, welche das Verfahren betreffen, sie erreichen können. Diese prozessuale Pflicht entsteht für die Parteien mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit behördlichen Zustellungen gerechnet werden muss (BGE 130 III 399 E. 1.2.3 mit Hinweisen; vgl. auch den Hinweis auf die Bestimmungen über die Zustellung gerichtlicher Akten durch die Post in Art. 44 Abs. 1 ZPO). Kommt demnach die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück und ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte, dass der Adressat seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht mehr an dieser Adresse habe (vgl. ZR 1999 Nr. 43, E. 6.5), so darf in der Tat die – diesfalls vermutungsweise an die ordnungsgemässe Adresse gerichtete – Sendung als gültig zugestellt betrachtet werden, ohne dass es noch weiterer Abklärungen bzw. Vorkehren des Gerichts bedürfte.

Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht unbesehen auf den Fall übertragen werden, in welchem eine Sendung sogleich mit dem Vermerk "unbekannt" bzw. – wie beim ersten Zustellversuch auch hier – mit dem Vermerk "abgereist" zurückkommt, ohne dass sie noch zur Abholung auf der Post hinterlegt worden wäre. Vielmehr ist ein solcher Vermerk im Sinn der einschlägigen Praxis ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die angegebene Zustelladresse nicht bzw. nicht mehr stimmt, die Grundannahme für eine entsprechende Vermutung demnach nicht mehr zutrifft. In dieser Situation kann nicht ohne weiteres eine Zustellungsverweigerung des Adressaten angenommen werden. Eine solche – und damit eine qualifiziert schuldhafte Verhinderung der

Zustellung im hier massgeblichen Sinn – liegt nur unter besonderen Umständen vor, etwa wenn der Adressat der Zustellung ausgewichen ist oder ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem auf eine Verweigerung der Annahme geschlossen werden muss (vgl. Art. 44 Abs. 2 ZPO; *Hauser/Schweri*, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 177 N. 49, S. 613, § 179 N. 8 und 10, S. 626 f., mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin 1 – über die Missachtung der Ordnungsvorschrift über die Meldung der Adressänderung hinaus – ein Verhalten an den Tag gelegt hätte, das einer eigentlichen Annahmeverweigerung gleichzusetzen wäre. Der Eheschutzrichter war daher nach dem erfolglosen ersten Zustellungsversuch grundsätzlich gehalten, sachdienliche Nachforschungen über ihren neuen Aufenthalt zu treffen – durch Anfragen bei der Einwohnerkontrolle oder bei andern geeigneten Stellen wie beispielsweise dem Sozialhilfeamt oder der Vormundschaftsbehörde (*Hauser/Schweri*, § 179 N. 4, S. 625, mit Hinweisen) – und die Zustellung gegebenenfalls ordnungsgemäss zu wiederholen.

c) Die Kanzlei des Kantonsgerichts hat sich denn auch nach dem ersten Zustellversuch nach der Adresse der Beschwerdeführerin 1 erkundigt, jedoch nur bei deren Arbeitgeberin. Hierauf wurde die Zustellung an die dabei angegebene Adresse wiederholt.

Zwar musste die Vorinstanz nicht zum vornherein ausschliessen, dass die Beschwerdeführerin 1 – wie die Adressauskunft nahelegte – in den ehelichen Haushalt zurückgekehrt sei. Nicht weniger wahrscheinlich war aber die Möglichkeit, dass der Arbeitgeberin die seinerzeitige Trennung der Ehegatten nicht bekanntgegeben worden sei. Die Anfrage nur bei der Arbeitgeberin kann unter den gegebenen Umständen jedenfalls nicht als hinreichende Abklärung bezeichnet werden. Es wäre zumindest auch eine Anfrage bei der Einwohnerkontrolle geboten gewesen. Dabei hätte sich – da im Gutachten ... ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die Beschwerdeführerin 1 mit dem Sohn nunmehr bei ihrem namentlich bekannten Freund wohne – auch eine Nachfrage bezüglich der aktuellen Adresse des Freundes aufgedrängt. Schliesslich ist der Beschwerdeführerin 1 beizupflichten, dass – soweit noch nötig – angesichts der schon zuvor errichteten Beistandschaft allenfalls auch eine Rückfrage bei der Vormundschaftsbehörde bzw. der Beiständin angezeigt gewesen wäre, insbesondere etwa über das Ergebnis der Zustellung des Beschlusses der Vormundschaftsbehörde ...

Hat somit die Vorinstanz nach dem erfolglosen ersten Zustellversuch den aktuellen Aufenthalt der Beschwerdeführerin 1 nicht mit der möglichen und zumutbaren Sorgfalt abgeklärt, so stellte der zweite Zustellversuch an die von

der Arbeitgeberin angegebene, aber unzutreffende Adresse keine ordnungsgemässe Wiederholung der Zustellung dar.

d) Die Beschwerdeführerin 1 wurde aufgrund der vorstehenden Erwägungen zu ihrem Nachteil nicht in gehöriger Weise aufgefordert, zum Gutachten Stellung zu nehmen. Dies bedeutet auch eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 142 ZPO). Die angefochtene Verfügung ist demnach mit den Nichtigkeitsgründen von Art. 365 Ziff. 6 und Ziff. 7 ZPO behaftet. ...

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 erweist sich somit als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, und die Sache ist an den Eheschutzrichter zurückzuweisen, damit dieser die Beschwerdeführerin 1 noch gehörig zur Stellungnahme einlade und in der Folge neu entscheide (vgl. Art. 370 ZPO).

3.– ...

Der Beschwerdeführer 2 ist insoweit unterlegen, als auf seine Beschwerde nicht einzutreten war. Zu prüfen war dabei, ob eine Kindsvertretung mit prozessualen Befugnissen vorliege. Bei dieser Fragestellung ist für die Kostenfolge – ungeachtet des Ausgangs des Verfahrens – auf die in diesem Zusammenhang geltenden Grundsätze abzustellen. Dem Beschwerdeführer 2 sind daher ... keine Kosten aufzuerlegen (Art. 147 Abs. 3 ZGB).