



Kass.-Nr. AA060165/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

## Zirkulationsbeschluss vom 19. Juni 2007

in Sachen

1. X.X.,
2. Y.X.,
3. Z.X.,

Kläger, Erst- und Zweitappellaten und Beschwerdeführer

1 - 3 vertreten durch W.X.,

diese vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. \_\_\_\_\_

gegen

A.A.,

Beklagter, Erstappellant, Zweitappellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_

sowie

B.,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend **Unterlassung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2006 (LB050063/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Eingabe vom 21. Juli 2000 liessen X., Y. und Z.A. (heute X.; nachfolgend Beschwerdeführer) sowie deren Mutter W.A. (heute X.; nachfolgend Klägerin 4) beim Bezirksgericht \_\_\_\_ Klage gegen A.A. (nachfolgend Beschwerdegegner) einreichen, mit dem (sinngemässen) Rechtsbegehren, dem Beklagten sei jegliche Kontaktnahme mit den Klägern zu verbieten (BG act. 2). Mit Zirkulationsbeschluss vom 28. September 2001 wurde die Vormundschaftsbehörde \_\_\_\_ eingeladen, den Beschwerdeführern einen Kollisionsbeistand zu bestellen, unter Hinweis, dass Rechtsanwältin B. geeignet und bereit wäre, die Beistandschaft zu übernehmen (BG Prot. S. 18). Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde \_\_\_\_ vom 13. November 2001 erfolgte die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 306 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 392 Ziff. 2 ZGB für die Beschwerdeführer sowie die Ernennung von Rechtsanwältin B. als Vertretungsbeiständin (BG act. 47). Am 18. Mai 2005 erging das Urteil des Bezirksgerichts \_\_\_\_, mit welchem das angestrebte Kontaktverbot unter Hinweis auf Art. 292 StGB ausgesprochen wurde. Im Weiteren wurde die Vormundschaftsbehörde \_\_\_\_ eingeladen, den Beschwerdeführern einen Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu bestellen, welcher einmal jährlich allfällige Wünsche der Beschwerdeführer in Bezug auf einen Kontakt mit dem Beschwerdegegner sondieren und entsprechende Vorkehrungen treffen solle (BG act. 203).

2. Gegen das erstinstanzliche Urteil erhoben sowohl der Beschwerdegegner (OG act. 218) als auch die Mutter der Beschwerdeführer (OG act. 219) Berufung. Mit Beschluss vom 25. August 2006 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) auf die Klage der Beschwerdeführer nicht ein (Disp.-Ziff. 1). Auf die Zweitberufung der Klägerin 4 wurde insoweit nicht eingetreten, als damit verlangt wurde, die Einladung an die Vormundschaftsbehörde \_\_\_\_ zur Bestellung eines

Beistandes im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB sei aufzuheben (Disp.-Ziff. 2; OG act. 266 bzw. KG act. 2 S. 26). Mit Urteil vom gleichen Datum bestätigte die Vorinstanz das erstinstanzlich ausgesprochene Kontaktverbot (Disp.-Ziff. 1). In Gutheissung der Zweitberufung der Klägerin 4 wurde der erstinstanzliche Entscheid insoweit aufgehoben, als damit die Kosten der Beistandschaft zur Hälfte der Mutter der Beschwerdeführer auferlegt wurden (Disp.-Ziff. 2). Die erstinstanzlichen Kosten wurden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte auferlegt (Disp.-Ziff. 4). Ebenso wurden 5/12 der Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung auferlegt (Disp.-Ziff. 7). Zudem wurden sie verpflichtet, dem Vertreter des Beschwerdegegners für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 15'000.-- zuzüglich Fr. 1'140.-- Mehrwertsteuer zu bezahlen (Disp.-Ziff. 8).

3. Mit Eingabe vom 5. Oktober 2006 liess die Klägerin 4 als gesetzliche Vertreterin ihrer Kinder kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben (KG act. 1). In der Sache beantragen die Beschwerdeführer, Ziffer 1 des vorinstanzlichen Beschlusses sowie die Ziffern 4, 7 und 8 des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben (KG act. 1 S. 2). In prozessualer Hinsicht halten die Beschwerdeführer fest, ihrer Beiständin, Rechtsanwältin B., werde der Streit verkündet und sie beantragen, es sei ihnen weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 10. Oktober 2006 wurde Rechtsanwältin B. Frist zur Erklärung eingeräumt, ob sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitrete. Überdies wurde der Beschwerde hinsichtlich Disp.-Ziff. 1 des angefochtenen Beschlusses sowie Disp.-Ziff. 4, 7 und 8 des vorinstanzlichen Urteils die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 9). Innert (erstreckter) Frist beantragte Rechtsanwältin B., auf die Nichtigkeitsbeschwerde sei nicht einzutreten und es sei ihr - sollte ihrem Antrag nicht gefolgt werden - erneut Frist zur Stellungnahme zur Streitverkündung anzusetzen (KG act. 14 S. 3 f.). Mit Präsidialverfügung vom 6. November 2006 wurde Rechtsanwältin B. als Nebenintervenientin auf der Seite des Beschwerdegegners in das Verfahren aufgenommen. Zudem wurden die Fristen zur freigestellten Vernehmlassung (Vorinstanz) bzw. Beschwerdeantwort (Beschwerdegegner und Nebenintervenientin) angesetzt (KG act. 16). Die Vorin-

stanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 18). Die Nebenintervenientin sowie der Beschwerdegegner beantragen, auf die Nichtigkeitsbeschwerde sei nicht einzutreten (KG act. 25 und act. 27). Die Beschwerdeantworten wurden den Beschwerdeführern zugestellt (KG act. 28).

Gemäss Beschluss des Bezirksrates \_\_\_\_ vom 13. Dezember 2006 (KG act. 30) wurde die Sozialbehörde \_\_\_\_ als Vormundschaftsbehörde angewiesen, die Nebenintervenientin unverzüglich aus ihrem Amt als Prozessbeiständin für die Beschwerdeführer zu entlassen. Der Beschwerdegegner wurde über den Eingang des Beschlusses informiert (KG act. 31). Die Nebenintervenientin hat gegen den Beschluss des Bezirksrates Rekurs erhoben (KG act. 32), wovon den Parteien Kenntnis gegeben wurde (KG act. 34).

## II.

1. Die Nebenintervenientin sowie der Beschwerdegegner begründen den Nichteintretensantrag damit, dass die Nichtigkeitsbeschwerde nicht rechtsgültig eingereicht worden sei, da es der Klägerin 4 (auch) im vorliegenden Verfahren an der Vertretungsbefugnis der Beschwerdeführer fehle (KG act. 14, act. 25 S. 5 f., act. 27 S. 3 f.). In der Beschwerdeschrift wird hingegen die Auffassung vertreten, die Mutter der Beschwerdeführer sei aufgrund ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht legitimiert, die vorliegende Beschwerde namens der Beschwerdeführer einzureichen. Rechtsanwältin B. habe bis anhin zwar die nichtvermögenswerten Interessen der Beschwerdeführer vertreten, im vorliegenden Verfahren (Kosten- und Entschädigungsfolgen) gehe es jedoch um vermögenswerte Interessen (KG act. 1 S. 2).

2. a) Dem oder den Inhabern der elterlichen Gewalt steht von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Dritten zu (vgl. Art. 304 Abs. 1 ZGB). Haben die Eltern in einer Angelegenheit Interessen, die denjenigen des Kindes widersprechen, so finden die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB Anwendung (Art. 306 Abs. 2 ZGB). Die I. Zivilkammer des Obergerichts hielt in ihrem Beschluss vom 18. Juni 2001 fest,

angesichts des im Streit stehenden Kontaktverbotes dürften die Voraussetzungen für die Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 2 ZGB erfüllt sein, da zwischen den Beschwerdeführern und ihrem Vater nennenswerte Kindesinteressen im Streit stünden, welche den Interessen der Mutter und gesetzlichen Vertreterin als Ex-Frau des Beschwerdegegners entgegenstehen könnten. Das Bezirksgericht \_\_\_\_ sei deshalb anzuhalten, die zuständige Vormundschaftsbehörde vom anhängigen Unterlassungsprozess in Kenntnis zu setzen und einzuladen, das Verbeistandungsbedürfnis der Beschwerdeführer zu prüfen und diesen gegebenenfalls einen Kollisionsbeistand zu bestellen (OG act. 34A S. 4 f.). Gemäss Beschluss der Vormundschaftsbehörde \_\_\_\_ vom 13. November 2001 wurde sodann die als Vertretungsbeiständin ernannte Nebenintervenientin u.a. beauftragt, die Kinder im Unterlassungsprozess gegen A.A. zu vertreten (KG act. 15/2 S. 3). Eine Einschränkung in dem Sinne, dass die Vertretungsbeiständin lediglich die nichtvermögensrechtlichen Interessen der Beschwerdeführer im Prozess zu wahren hätte, wurde weder erwähnt noch erschien dies sinnvoll. Vielmehr ist von einer umfassenden Interessenwahrung durch die Prozessbeiständin auszugehen, wozu auch das Erheben von Rechtsmitteln (in der Sache selber oder bezüglich der Kosten- und Entschädigungsregelung) gehört. Zu Recht weist die Nebenintervenientin darauf hin, dass die Kostentragung sowie die Verpflichtung zur Entschädigungsleistung ein Reflex des Verfahrensausganges in der Sache - in welcher gerade die Möglichkeit einer Interessenskollision besteht - darstellt (vgl. KG act. 14 S. 2). Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb der Mutter der Beschwerdeführer in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen die Vertretungsmacht verblieben sein sollte. Sie kann vielmehr die Beschwerdeführer auch im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht vertreten. Dieser Mangel in der Vertretungsmacht kann vorliegend auch nicht dadurch geheilt werden, dass die Vormundschaftsbehörde bzw. ein durch diese (neu) bestellter Beistand die Beschwerdeerhebung nachträglich genehmigen würde (vgl. schon Kass.-Nr. 97/118Z, Entscheid vom 7. Juli 1997 i.S. G., Erw. II.2., mit Hinweis auf BGE 107 II 113 f.). Damit erübrigt sich ein Vorgehen nach § 108 ZPO.

Daran ändert nichts, dass sich - wovon in der Beschwerde ausgegangen wird - (auch) die Vertretungsbeiständin in einem Interessenskonflikt befinden

könnte und der Bezirksrat \_\_\_\_\_ - wenn auch offenbar noch nicht rechtskräftig - beschlossen hat, sie sei von der zuständigen Vormundschaftsbehörde aus dem Amt zu entlassen. Sollte den Beschwerdeführern durch Handlungen oder Unterlassungen der Beiständin Schaden entstanden sein, so stellte sich möglicherweise die Frage nach deren Verantwortlichkeit, welche jedoch in dem dafür vorgesehenen Verfahren zu klären wäre (Art. 426 ff. ZGB; Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, § 6 N 62).

b) Unabhängig vom vorstehend Gesagten ist aber auch Folgendes zu beachten: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 392 Ziff. 2 ZGB schon dann anwendbar, wenn die blossе Möglichkeit einer Interessengefährdung bzw. -kollision besteht; es bedarf keiner konkreten Gefährdung (vgl. BGE 107 II 109 m.H., 118 II 105 f.; BK-Schnyder/Murer, 3. Aufl., Bern 1984, N 84 zu Art. 392 ZGB). Bei Interessenkollision fällt die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters dahin, und zwar schon bei Eintritt des Interessenkonflikts und nicht etwa erst mit der Bestellung des Beistandes (BGE 107 II 105 Erw. 5). Ein solcher Interessenkonflikt muss vorliegend - unabhängig vom Entscheid in der Sache - auch im Hinblick auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bejaht werden. Die Klägerin 4 ist am Verfahren in der Sache selbst beteiligt, weshalb auch sie von der Regelung der Nebenfolgen des Verfahrens betroffen ist. Auch wenn sich die Interessen der Klägerin 4 und der Beschwerdeführer nicht diametral gegenüberstehen, kann doch nicht von einer Parallelität der Interessen gesprochen werden (vgl. BK-Schnyder/Murer, a.a.O., N 85 zu Art. 392 ZGB). Auch aus diesem Grund müsste der Klägerin 4 vorliegend die Vertretungsmacht für die Beschwerdeführer zufolge der Möglichkeit eines Interessenskonfliktes abgesprochen werden.

3. Zusammengefasst ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind gestützt auf § 66 Abs. 3 ZPO der Klägerin 4 aufzuerlegen, war sie doch offensichtlich nicht berechtigt, im Namen der Beschwerdeführer Beschwerde zu erheben. Der Fall stellt sich im wesentlichen gleich dar, wie derjenige eines vollmachtlosen Stellvertreters (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 7 zu § 66 ZPO). Aus den gleichen Gründen ist die Klägerin 4 zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Ob die Klägerin 4 für den Fall, dass sie kosten- und entschädigungspflichtig werde, ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hätte stellen wollen bzw. implizit stellen liess, kann offen bleiben. Nach dem Gesagten müsste ein solches Gesuch nämlich zufolge Aussichtslosigkeit des Verfahrens abgewiesen werden.

Dem Beschwerdegegner wurde erstinstanzlich die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (vgl. BG act. 34A S. 16) und er beantragt, die unentgeltliche Rechtspflege sei ihm auch für das Beschwerdeverfahren zu bewilligen (KG act. 27 S. 3). Grundsätzlich gilt die erst- bzw. vorinstanzliche Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege weiter, soweit die Rechtsmittelinstanz nicht einen selbstständigen Entscheid fällt (§ 90 Abs. 2 ZPO). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, in Bezug auf den Beschwerdegegner einen solchen Entscheid zu fällen. Die Prozessentschädigung ist demzufolge dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdegegners zuzusprechen (§ 89 Abs. 1 ZPO).

Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Gunsten oder zu Lasten der Nebenintervenientin gibt es in der Regel nicht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1a zu § 45 ZPO). Von diesem Grundsatz abzuweichen, besteht kein Anlass.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 331.-- Schreibgebühren,  
Fr. 532.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Klägerin 4 in den vorinstanzlichen Verfahren (W.X.) auferlegt.
4. Die Klägerin 4 in den vorinstanzlichen Verfahren (W.X.) wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt (gerundet) Fr. 34'000.--.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Nebenintervenientin, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie das Bezirksgericht \_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: