

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ240060-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 9. Dezember 2024

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. A._____,

gegen

C._____,

Beschwerdegegner

betreffend **Genehmigung der Unterhaltsvereinbarung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Bezirksratspräsidenten des Bezirksrates Zürich vom 29. August 2024; VO.2024.54 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

I.

1. D._____ (Mutter) und C._____ (Vater) sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern von B._____, geboren tt.mm.2011, dem heutigen Beschwerdeführer 2. Die Eltern tragen die gemeinsame Sorge für B._____.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2023 ersuchte der (damalige) Rechtsvertreter des Vaters die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich (KESB) um Genehmigung der Elternvereinbarung vom 28. September bzw. 4. Oktober 2023 mit Unterhaltsregelung für B._____, gültig ab 1. Oktober 2023 (KESB-act. 52, act. 53/1). Beide Eltern waren beim Abschluss der Vereinbarung anwaltlich vertreten, die Mutter durch die heute den Beschwerdeführer 2 vertretende Rechtsanwältin lic. iur. A._____ (nachfolgend auch Beschwerdeführerin 1). Die Vereinbarung beinhaltete eine Neuregelung der Betreuungsanteile (neu wöchentlich alternierende Obhut) sowie des Unterhalts für B._____. Die Parteien hielten in der Vereinbarung explizit fest, dass die Unterhaltsregelung auf der wechselnden und gleichmässigen Betreuung von B._____ basiert und sie neu festgesetzt werden müsse, wenn sich die Betreuungsregelung verändere (KESB-act. 52 S. 3 Ziff. 12 der Vereinbarung). Nachdem die vorab von der KESB konsultierte Fachstelle Elternschaft und Unterhalt (FEU), c/o Soziale Dienste der Stadt Zürich, die Genehmigung der Elternvereinbarung empfohlen hatte (KESB-act. 63), schloss sich die KESB der Empfehlung der Fachstelle an und genehmigte mit zunächst unbegründetem Entscheid vom 14. Dezember 2023 die Elternvereinbarung (KESB-act. 68 = BR-act. 2/2 [nachfolgend nur noch als BR-act. 2/2 zitiert]). Die Mutter persönlich, und alsdann die Beschwerdeführerin 1 namens und im Auftrag der Mutter, verlangten eine Begründung des Entscheides vom 14. Dezember 2023. Die begründete Version wurde im Mai 2024 versandt (KESB-act. 69, act. 70; begründete Version: KESB-act. 95, BR-act. 1 S. 2).

2. Mit Eingabe vom 4. Juni 2024 focht die Beschwerdeführerin 1 namens und im Auftrag des Beschwerdeführers 2 unter Beilage einer von der Mutter (als gesetzliche Vertreterin) unterzeichneten Vollmacht den Entscheid der KESB vom

14. Dezember 2023 beim Bezirksrat Zürich an. Sie verlangte die vollumfängliche Aufhebung des Entscheides der KESB vom 4. Dezember 2023 (Antrag 1), unter Verweigerung der Zustimmung zur Unterhaltsvereinbarung (Antrag 2), verbunden mit dem Begehren auf Vormerknahme, dass die vereinbarte Obhuts- und Betreuungsregelung nicht in Kraft getreten sei (Antrag 3; BR-act. 1). Der Präsident des Bezirkrates holte mit Verfügung vom 6. Juni 2024 eine Beschwerdeantwort beim Vater und eine Vernehmlassung bei der KESB ein (BR-act. 1 S. 2).

Der Bezirksrat nahm im Rubrum der Verfügung die Mutter als Beschwerdeführerin, den Vater als Beschwerdegegner und das Kind als Verfahrensbeteiligten auf (BR-act. 3 S. 1). Es gingen im Folgenden die Beschwerdeantwort des Vaters vom 28. Juni 2024 (BR-act. 5) und die Vernehmlassung der KESB vom 8. Juli 2024 (BR-act. 7) ein, welche der Bezirksrat wiederum der Mutter zustellte, unter Ansetzung der Frist zur Erstattung der Replik (BR-act. 9). Mit Eingabe vom 8. August 2024 liess Rechtsanwältin lic. iur. A._____ beantragen, es sei dem Beschwerdeführer (B._____) die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung in ihrer Person zu bewilligen, eventualiter sei D._____ (Mutter) die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu bewilligen; es sei vorab über die unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden und deshalb die Frist zur Erstattung der Replik einstweilen abzunehmen (BR-act. 10 S. 1). Der Präsident des Bezirkrates nahm mit Verfügung vom 9. August 2024 die Frist zur Einreichung der Replik ab (BR-act. 11).

3. Mit Verfügung vom 29. August 2024 trat der Bezirksratspräsident auf die Beschwerde von B._____ nicht ein und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. A._____ ab (BR-act. 13 = act. 3/1 = act. 9 S. 8 Dispositivziffern I. und IV. [nachfolgend nur noch als act. 9 zitiert]). Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- auferlegte der Bezirksrat Rechtsanwältin lic. iur. A._____ persönlich (act. 9 S. 8 Dispositivziffer II).

Am 13. September 2024 reichte Rechtsanwältin lic. iur. A._____ im eigenen Namen (Beschwerdeführerin 1) und im Namen von B._____ (Beschwerdeführer 2)

bei der Kammer Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksrats ein (act. 2) und stellt folgende

Anträge:

- "1. Disp. Ziff. II. der Verfügung des Bezirksratspräsidenten vom 29.8.24 (Geschäfts-Nr. VO.2024.54/3.02.16) sei aufzuheben.
2. Disp. Ziff. IV. der Verfügung des Bezirksratspräsidenten vom 29.8.24 (Geschäfts-Nr. VO.2024.54/3.02.16) sei aufzuheben. Es sei dem Beschwerdeführer 2 für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren (Verfahren Bezirksrat) die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin beizugeben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beschwerdegegner."

Weiter wurde der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Verfahren vor der Kammer für den Beschwerdeführer 2 gestellt, unter Verzicht auf Verpflichtung zur Bezahlung eines Kostenvorschusses (act. 2 S. 2 unten). Die Akten des Bezirksrats (act. 10/1-15, zitiert als BR-act.) sowie der KESB (act. 11/1-100, zitiert als KESB-act.) wurden von Amtes wegen beigezogen.

Es wurde mit Verfügung der Präsidentin der Kammer vom 9. Oktober 2024 dem Beschwerdegegner Frist zur Beschwerdeantwort und dem Bezirksrat zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (act. 12). Der Beschwerdegegner reichte in- nert Frist die Beschwerdeantwort am 21. Oktober 2024 (act. 15) ein. Der Bezirks- rat verzichtete unter Hinweis auf seine Begründung im angefochtenen Entscheid auf Vernehmlassung (act. 14). Die beiden Eingaben (act. 14 und 15) wurden wie- derum den Beschwerdeführern zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 16). Die Beschwerdeführer verzichteten auf eine Stellungnahme (act. 18).

Das Verfahren ist spruchreif. In prozessualer Hinsicht ist vorab zu bemerken, dass in Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde keine Kosten-

vorschüsse verlangt werden (§§ 73 i.V.m. 60 Abs. 1 EG KESR). Der Bezirksrat ist Vorinstanz und nicht Partei (§ 64 EG KESR).

II.

1. Der Bezirksrat begründete den Nichteintretensentscheid unter Hinweis auf Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB zusammengefasst damit, dass die elterliche Vertretungsmacht ausgeschlossen sei, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen hätten, die denen des Kindes widersprechen würden (BR-act. 9 S. 5). Mit der angefochtenen Verfügung habe die KESB die von den Eltern D._____C._____ unterzeichnete Vereinbarung vom 28. September 2023 und 4. Oktober 2023 über den Unterhalt von B._____ genehmigt. Darin hätten die Eltern neue Betreuungsanteile vereinbart und festgehalten, dass B._____ ab Antritt seiner Lehre bestimmte Kosten direkt aus seinem Lehrlingslohn zu bezahlen habe. Es liege auf der Hand, dass die Interessen von D._____ bei der Unterhaltsregelung, worin unter anderem die Bezahlung von Kosten zwischen ihr und B._____ geregelt würden, nicht notwendigerweise deckungsgleich seien mit denen von B._____ und die bloße Möglichkeit der Gefährdung der Interessen von B._____ bestehe (act. 9 S. 6). Bei Interessenkollision falle die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters dahin, und zwar schon bei Eintritt des Interessenkonflikts. Auf Grund der bei D._____ bestehenden Interessenkollision liege keine gültige Bevollmächtigung der Rechtsvertreterin von B._____ vor. Daher sei auf die Beschwerde nach Massgabe von Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO nicht einzutreten. Aufgrund der fehlenden Vertretungsmacht der Mutter sei die Beschwerde von Anfang an aussichtslos gewesen, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung abzuweisen sei. Die Kosten des Verfahrens auferlegte die Vorinstanz gestützt auf Art. 108 ZPO der Rechtsvertreterin (BR-act. 9 S. 7).

2. Die Beschwerdeführerin 1, Rechtsanwältin lic. iur. A._____, beanstandet vor der Kammer die Rechtsauffassung des Bezirkrates und weist auf Art. 279 ZGB hin. B._____ sei Unterhaltsgläubiger und durch zu niedrige Unterhaltsbeiträge beschwert. Eine Prozessstandschaft könne die Mutter nicht beanspruchen, weil die Eltern nicht verheiratet (gewesen) seien. Eine Interessenkollision sei weder abstrakt noch konkret ersichtlich. Es leuchte nicht ein, weshalb die obhutsberechtigte

und durch höhere Unterhaltsbeiträge entlastete Mutter andere, geschweige denn widersprechende Interessen gehabt haben könnte als B. _____. Der Bezirksrat argumentiere diesbezüglich mit dem Lehrlingslohn, welcher aber noch ein paar Jahre nicht verdient werden könne. Selbst wenn höhere Unterhaltsbeiträge die Aufteilung der Kosten zwischen Mutter und Kind tangieren würden, sei nicht ersichtlich, dass sich dies zum Nachteil von B. _____ auswirken könnte (act. 2 S. 9 unten f.), denn es liege auf der Hand, dass er umso weniger Kosten mit seinem Lehrlingslohn selber wird bestreiten müssen, je höher die vom Vater zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge seien (act. 2 S. 10). Eine Interessenkollision, welche die Vertretung des Kindes durch die Mutter verunmöglichen würde, ihre Vertretungsbefugnis dahinfallen liesse, liege nicht vor. Die Annahme einer Interessenkollision durch den Bezirksrat stelle eine Rechtsverletzung dar (act. 2 S. 10). Im Übrigen sei für den Fall der Bejahung einer Interessenkollision schon vor dem Bezirksrat beantragt worden, B. _____ nötigenfalls eine unabhängige Kindesverfahrensvertretung zur Seite zu stellen (act. 2 S. 10). Die Beschwerde an den Bezirksrat sei somit von der beschwerdelegitimierten Partei, vertreten durch die Mutter, vertreten durch eine gültig bevollmächtigte Rechtsvertreterin korrekt erhoben worden (act. 2 S. 12). Da die unterzeichnende Rechtsanwältin korrekt gehandelt habe, gebe es keinen Grund, ihr persönlich die Verfahrenskosten aufzuerlegen (act. 2 S. 12). Aus den dargelegten Gründen sei auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht aussichtslos und dem mittellosen Beschwerdeführer 2 sei die unentgeltliche Rechtspflege (auch) für das Verfahren vor dem Bezirksrat zu bewilligen (act. 2 S. 12 ff.).

3.1. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführer ist nachfolgend – soweit für die Entscheidungsfindung wesentlich – einzugehen.

3.2. Sodann ist der Klarheit halber folgendes festzuhalten: Die Eltern änderten mit der streitgegenständlichen Elternvereinbarung vom 28. September 2023 und 4. Oktober 2023 den Unterhaltsvertrag vom 30. Dezember 2017 bzw. 18. Januar 2018 ab. Sie vereinbarten neu eine alternierende (wochenweise) Obhut. Entsprechend basierte die neu vereinbarte Unterhaltsberechnung auf einer hälftigen Obhutsausübung beider Eltern (BR-act. 2 S. 9).

Gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers 2 vor Bezirksrat habe die hälftige Betreuungsregelung bereits im Zeitpunkt der Genehmigung der Elternvereinbarung nicht mehr bestanden. Die neue Wohnsituation habe sich nicht bewährt und B._____ habe wieder 100 % bei der Mutter gelebt, weshalb die Unterhaltsberechnung diesem neuen Umstand Rechnung zu tragen habe (BR-act. 2 S. 6 ff.). Im Laufe des vor Bezirksrat hängigen Verfahrens veränderte sich aber der Sachverhalt abermals. Am 19. Juli 2024 trat B._____ in das Schulinternat E._____ ein und hält sich fortan an den Wochenenden hälftig bei der Mutter bzw. beim Vater auf. Da nun offenbar doch wieder eine 50/50 Betreuung vereinbart wurde, stimmen die Betreuungsanteile und die Höhe des Unterhaltsbeitrages nach Massgabe der Elternvereinbarung wieder überein, womit die Genehmigung der Vereinbarung der Eltern vom 28. September bzw. 4. Oktober 2023 durch die KESB von beiden Eltern inzwischen unbestrittenermassen als korrekt akzeptiert wird. Die Beschwerdeführer wehren sich vor der Kammer nicht mehr gegen die Genehmigung der Vereinbarung durch die KESB (act. 2 S. 5). Diese wurde rechtskräftig.

3.3.1. Es geht heute alleine noch darum, ob der Bezirksrat zu Recht der Beschwerdeführerin 1 nach Massgabe von Art. 108 ZPO die Kosten seines Verfahrens von Fr. 600.-- hat auferlegen und dem Beschwerdeführer 2 wegen Aussichtslosigkeit die unentgeltliche Rechtspflege hat verweigern dürfen.

3.3.2. Indem die Beschwerdeführerin 1 beantragt, es seien ihr für das bezirksrätliche Verfahren keine Kosten aufzuerlegen, beantragt sie auch (sinngemäss), dass die Kosten den Parteien auferlegt werden. Dies führt je nach Beurteilung bzw. Ausgang des bezirksrätlichen Verfahrens dazu, dass der von der Beschwerdeführerin 1 vertretene Beschwerdeführer 2 kostenpflichtig werden würde (unter Vorbehalt der der Nachzahlungspflicht unterstehenden bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege). Angesichts dieses Interessenkonflikts ist fraglich, ob der Beschwerdeführer 2 rechtsgültig vertreten ist. Weiterungen können angesichts des Ausgangs des Verfahrens unterbleiben (E. III.).

4.1. Die Mutter des Beschwerdeführers 2, D._____, trat als Partei vor der KESB auf und schloss im eigenen Namen (und im Bereich der Unterhaltsbeiträge für den Beschwerdeführer 2) die Elternvereinbarung ab; in der angefochtenen, die

Vereinbarung genehmigende Verfügung der KESB vom 14. Dezember 2023 wurde allerdings einzig B. _____ als Partei im Rubrum aufgenommen (BR-act. 2/2 S. 1). Die Mutter war am Abschluss der Elternvereinbarung beteiligt und stellte gemeinsam mit dem Vater der KESB den Antrag, es sei die Elternvereinbarung zu genehmigen. Sind (wie vorliegend) finanzielle (Unterhalt) und nicht finanzielle Kinderbelange (Obhut) in ihrer Gesamtheit zu regeln, stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung der elterlichen Vertretungsrechte. Das Bundesgericht lässt entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin 1 (act. 2 S. 7) die Prozessstandschaft in finanziellen Kinderbelangen zu (BGer 5A 782/2021 vom 29. Juni 2022, E. 3.1. m.w.H.; bereits BGE 136 III 365 = Pra 2011 Nr. 17; BK-Affolter/Vogel, Zürich 2016, N. 36a zu Art. 301 ZGB, S. 195.). Die Eltern von B. _____ haben in diesem Sinne und in Nachachtung der Möglichkeit der Prozessstandschaft als Parteien und somit im eigenen Namen die Unterhaltsbeiträge in der Elternvereinbarung festgelegt. Kinderbelange nicht finanzieller Natur sind Elternstreite, das heisst, die Eltern nehmen eigene Rechte und Ansprüche wahr, was die Eltern von B. _____ mit der Vereinbarung ebenfalls geregelt haben. Die KESB genehmigte (antragsgemäss) die Elternvereinbarung, und die Eltern waren an die Vereinbarung gebunden.

4.3. Vor Bezirksrat liess der Beschwerdeführer 2, wie erwähnt, die vollumfängliche Aufhebung des Genehmigungsentscheides der KESB beantragen (BR-act. 1 S. 2; Rechtsbegehren 1). B. _____ ist als von der angefochtenen Verfügung der KESB direkt betroffene Person nach Massgabe von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zur Beschwerde legitimiert. Als Minderjähriger handelt er grundsätzlich durch seinen gesetzlichen Vertreter bzw. seine gesetzliche Vertreterin. Die Thematik des Interessenkonflikts (und damit der Bestellung einer Kindesverfahrensvertretung) kann letztlich offen gelassen werden, auch wenn zu betonen ist, dass in familienrechtlichen Streitigkeiten nicht leichthin und sofort von Interessenkonflikten auszugehen ist (anstatt vieler: BGE 145 III 393). Die Interessen des Kindes werden auch durch die strenge Untersuchungsmaxime (Erforschung des Sachverhalts, Art. 296 ZPO) sowie die Officialmaxime (keine Bindung an Parteianträge) geschützt (BGE 145 III 393 E. 2.7.3.). Von der Frage der Legitimation ist aber die Frage des Inhalts der Beschwerde zu unterscheiden. Die Beschwerde an den Be-

zirksrat hatte die vollständige Aufhebung des Genehmigungsentscheides zum Inhalt. Sie bezweckte aufgrund der veränderten Betreuungssituation die Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge. Da B._____ ab November 2023 wieder die ganze Zeit bei der Mutter lebte (bis sich dann die Situation im Sommer 2024 erneut veränderte), waren die auf einer hälftigen Betreuung basierenden Unterhaltsbeiträge zu tief angesetzt (BR-act. 1 S. 11). Der Beschwerdeführer 2 beantragte explizit vor Bezirksrat, es sei der von den Eltern unterzeichneten Unterhaltsvereinbarung die Zustimmung zu verweigern (BR-act. 1 S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 3; ohne die neue Unterhaltsforderung allerdings zu beziffern) und stützte seine Beschwerde explizit auf Art. 276 ff. ZGB (BR-act. 1 S. 3). Die Unterhaltsbeiträge sind damit strittig geworden. Strittige Unterhaltsbeiträge fallen unabhängig vom Zivilstand in die Zuständigkeit der Gerichte (Scheidungs- und Abänderungsklagen: Art. 133 und Art. 134 Abs. 3 ZGB; selbständige Unterhaltsklagen: Art. 279 ZGB in Verbindung mit Art. 298b Abs. 3 und Art. 285 ZGB; zum Verfahren: Art. 295, 296 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Bezirksrates war damit nicht gegeben.

4.4. Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass der Bezirksratspräsident den Prozess nicht materiell behandelte und auf die Beschwerde nicht eintrat. Der Bezirksrat war sachlich nicht zuständig. Nach dem Gesagten muss der Prozess vor Bezirksrat auch als aussichtslos bezeichnet werden. Die Qualifikation der Kosten als unnötig im Sinne von Art. 108 ZPO und Auferlegung derselben an die Rechtsvertreterin (der heutigen Beschwerdeführerin 1) ist deshalb im Ergebnis ebenfalls nicht zu beanstanden (vgl. E. 4.3.).

III.

1. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet. Die Kosten für das Verfahren sind der Beschwerdeführerin 1 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dies rechtfertigt sich einerseits deshalb, weil die Beschwerde die Auferlegung der bezirksrätlichen Kosten zum Inhalt hat und andererseits ein persönlicher Interessenkonflikt bei der Beschwerdeführerin 1 vorliegt, weil die Wahrung der eigenen Interessen der Wahrung der Interessen des Beschwerdeführers 2 zuwiderlaufen (E. II./3.3.2).

Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, den Beschwerdeführern aufgrund des Unterliegens, dem Beschwerdegegner mangels entschädigungsfähiger Aufwände (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

2. Das Gesuch des Beschwerdeführers 2 um unentgeltliche Rechtspflege ist als gegenstandslos abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers 2 um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung in der Person von Rechtsanwältin lic.iur. A._____ wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr des zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahrens wird auf Fr. 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin 1 auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich und an den Bezirksrat Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die beigezogenen Akten an den Bezirksrat 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: