

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU160074-O/U

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

## Beschluss vom 9. Februar 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Inhaber der elterlichen Sorge B. \_\_\_\_\_,

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

gegen

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Uster

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 3. November 2016 (ED160016-I)**

### **Erwägungen:**

1. B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sind die Eltern der am tt.mm 2007 geborenen A.\_\_\_\_\_ (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin; fortan Gesuchstellerin). Die Eltern waren nie verheiratet, üben indessen die elterliche Sorge über A.\_\_\_\_\_ seit September 2015 gemeinsam aus. Am 28. September 2016 leitete B.\_\_\_\_\_ (fortan Kindsvater) ein Schlichtungsgesuch betreffend Abänderung des Kindesunterhalts beim Friedensrichteramt D.\_\_\_\_\_ ein (Urk. 12/2). Gleichentags stellte er beim Bezirksgericht Uster ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für vorprozessualen Aufwand seines Rechtsbeistandes. Das angerufene Einzelgericht hiess das Begehren mit Urteil vom 26. Oktober 2016 gut (Urk. 4/10).

2. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2016 ersuchte Rechtsanwalt lic. iur. E.\_\_\_\_\_ namens und mit Vollmacht von C.\_\_\_\_\_ (fortan Kindsmutter) um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für die Gesuchstellerin als Beklagte im Abänderungsprozess. Am 2. November 2016 fand die Schlichtungsverhandlung statt. Am 3. November 2013 erliess die Vorinstanz den folgenden Entscheid (Urk. 10 S. 3 f.):

1. Der Gesuchstellerin wird mit Wirkung ab 31. Oktober 2016 für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt D.\_\_\_\_\_ die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Rechtsanwalt lic. iur. E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], wird der Gesuchstellerin mit Wirkung ab 31. Oktober 2016 für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt D.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Die Kosten fallen ausser Ansatz.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Beschwerde).

3. Mit Eingabe vom 17. November 2016 erhob die Gesuchstellerin, vertreten durch den Kindsvater, Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 9 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 3. November 2016 (ED160016-I) sei aufzuheben.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten des Beschwerdegegners."

eventualiter:

- "1. Es sei aufsichtsrechtlich und von Amtes wegen die unrechtmässige Anordnung in Dispositivziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 3. November 2016 aufzuheben."

Prozessualer Antrag (Urk. 9 S. 2):

"Dem gesetzlichen Vertreter der Beschwerdeführerin, B.\_\_\_\_\_, sei die unentgeltliche Rechtspflege für dieses Beschwerdeverfahren zu gewähren und es sei ihm der Unterzeichnende als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

4. Die Gesuchstellerin als beschwerdeführende Partei lässt zusammengefasst das Folgende vortragen: Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei vom Rechtsanwalt der Kindsmutter namens der minderjährigen Gesuchstellerin gestellt worden. Der Kindsvater sei mit der Vertretung der Gesuchstellerin durch die Kindsmutter und den durch sie beauftragten Rechtsanwalt nicht einverstanden. Der Kindsvater sei im Hauptprozess Gegenpartei und könne daher in der Hauptsache die Gesuchstellerin nicht vertreten. Dies gelte aber nicht automatisch auch für das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege. Zumindest müsse es entweder für beide Elternteile oder für niemanden gelten. Der mit dem angefochtenen Urteil eingesetzte Rechtsbeistand sei von der Mutter alleine mandatiert worden und nicht als Vertreter der Gesuchstellerin bezeichnet worden. Der Rechtsanwalt könne nicht Mutter und Kind, welche vorliegend unterschiedliche Interessen hätten, gleichzeitig vertreten. Ein durch die KESB eingesetzter Beistand nach Zivilgesetzbuch (Art. 306 Abs. 2 ZGB, Art. 308 Abs. 2 ZGB) wäre unter Umständen alleine legitimiert, für die Gesuchstellerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen oder Beschwerde zu erheben. Im Sinne eines Notbehelfs sei der Kindsvater zumindest legitimiert, den der Gesuchstellerin durch die Einsetzung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes unmittelbar drohenden Schaden durch Beschwerde zu erheben. Ganz unabhängig von der Frage des Interessenkonflikts sei es nicht im Interesse der Gesuchstellerin, dass ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nach ZPO bestellt werde. Durch die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB oder Art. 308 Abs. 2 ZGB und der Einsetzung ei-

nes rechtskundigen Beistands werde ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nach ZPO überflüssig. Die Gesuchstellerin habe ein Interesse daran, einen Beistand nach ZGB zur Seite gestellt zu erhalten. Dieser sei nämlich für sie in der Regel kostenlos, während beim unentgeltlichen Rechtsbeistand ein Nachzahlungsvorbehalt bestehe. Auch könne die Kindsmutter als gesetzliche Vertreterin die Instruktion nicht übernehmen (Urk. 9 S. 4 ff.).

5. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs.1 ZPO). Dagegen sind Noven, die das Prozessrechtsverhältnis betreffen, weder neue Tatsachen und Beweismittel noch neue Begehren und vor Bundesgericht deshalb voraussetzungslos zulässig (vgl. BGE 138 III 532 E. 1.2), weshalb das in der Sache grundsätzlich geltende Novenverbot diesbezüglich keine Gültigkeit beanspruchen kann.

6.1 Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Diese sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 59 Abs. 1, Art. 60 ZPO). Für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen ist, von Ausnahmen abgesehen, der Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils massgebend (Zürcher, in : Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 60 N 10 ff.). Art. 59 Abs. 1 ZPO erfasst auch die durch die ZPO geregelten Rechtsmittel- und Rechtsbehelfsverfahren (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 24). Für die Rechtsmittelvoraussetzungen ist daher der Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides massgebend.

6.2 Die Schlichtungsverhandlung fand am 2. November 2016 statt (Urk. 9 S. 3). Allerdings ergibt sich aus einem Schreiben des Kindsvaters an die KESB Uster vom 15. November 2016, dass der Hauptprozess beim Friedensrichteramt noch hängig ist (Urk. 12/7 S. 5). Der zeitliche Ablauf spricht somit nicht gegen das Eintreten auf die Beschwerde.

7.1 Eine von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung ist die Frage, ob eine Partei partei- und prozessfähig ist (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Für handlungsunfähige Personen, wie die Gesuchstellerin eine ist, handelt ihre gesetzliche Vertretung (Art. 67 Abs. 2 ZGB). Steht den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zu, wird die gesetzliche Vertretung von beiden Eltern ausgeübt (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Gutgläubige Dritte dürfen davon ausgehen, dass ein allein handelnder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB). Weiter sieht das Recht vor, dass in Fällen, wo die Eltern am Handeln verhindert sind oder sie in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen, die Kindesschutzbehörde einen Beistand ernennt oder diese Angelegenheit selber regelt (Art. 306 Abs. 2 ZGB). Sie kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen (Art. 308 Abs. 2 ZGB), namentlich die Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft, bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruchs und anderer Rechte. Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit (Art. 306 Abs. 3 ZGB).

7.2 Ob eine Interessenkollision vorliegt, ist abstrakt und nicht konkret zu bestimmen, d.h. es ist nicht darauf abzustellen, wie viel Vertrauen der gesetzliche Vertreter im Einzelfall verdient. Eine Interessenkollision liegt vor, wenn die Interessen des Kindes denen der Eltern unmittelbar widersprechen (direkte Interessenkollision), sowie wenn die Interessen des Kindes denen eines Dritten widersprechen, der den Eltern besonders nahe steht (indirekte Interessenkollision; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 306 N 4). Entscheidend muss immer die Frage bleiben, ob und inwieweit sich die Interessen des Vertretenen und diejenigen des gesetzlichen Vertreters widersprechen (BGE 118 II 101 E. 4b).

7.3 Anfechtungsobjekt ist das Urteil der Vorinstanz vom 3. November 2016 betreffend die unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren. Gemäss Schlichtungsgesuch vom 28. September 2016 will der Kindsvater den Unterhaltsvertrag abändern, da er einerseits praktisch die Hälfte der Betreuung der Gesuchstellerin übernehme und andererseits sich sein Einkommen reduziert habe (Urk. 3/14/). In dieses von ihm selber angestrebte Verfahren möchte der Kindsvater eingreifen, und zwar mit dem Ziel, dass in diesem Verfahren nicht der von der

Vorinstanz bezeichnete Anwalt als Vertreter der Gegenpartei auftreten soll. Um in dieses Verfahren eingreifen zu können - auf Seiten der Gegenpartei (und der formalen Gesuchstellerin als Beschwerdeführerin) notabene - beruft er sich auf seine Befugnisse als (Teil-)Inhaber der elterlichen Sorge. Wie erwähnt, sind die Elternbefugnisse - unter Vorbehalt von Art. 301<sup>bis</sup> ZGB - gemeinsam auszuüben (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Dritte, wie z.B. das Gericht, können bei der hier gegebenen Konstellation keinesfalls davon ausgehen, dass der Kindsvater im Sinne von Art. 304 Abs. 2 ZGB "im Einvernehmen" mit der Kindsmutter handelt.

7.4 Nach dem Ausgeführten liegt im Vorgehen des Kindsvaters klar eine Interessenkollision vor, so dass "in der entsprechenden Angelegenheit" seine Elternbefugnisse ohne weiteres "von Gesetzes wegen" entfallen (Art. 306 Abs. 3 ZGB). Daher liegt eine Vertretungsbefugnis des Kindsvaters nicht vor.

7.5 Dazu kommt Folgendes: Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO muss die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse haben. In Bezug auf ein Rechtsmittel ist erforderlich, dass die Partei beschwert ist [Beschwer als Ausdruck des Rechtsschutzinteresses am Rechtsmittel (Zürcher, a.a.O., Art. 59 N 90)]. Das Erfordernis der Beschwer hat die Wirkung, dass nur derjenige zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt ist, welcher ein (von der Rechtsordnung geschütztes, d.h. ein schutzwürdiges) Interesse (tatsächlicher oder rechtlicher Natur) an der Abänderung eines erstinstanzlichen Entscheids besitzt. Fehlt es an der von Amtes wegen zu prüfenden Beschwer, ist auf das erhobene Rechtsmittel nicht einzutreten. Formelle Beschwer liegt vor, wenn das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheids von den Rechtsbegehren der rechtsmittelwilligen Partei abweicht. Materielle Beschwer bedeutet, dass die Rechtsstellung einer (rechtsmittelwilligen) Partei durch den erstinstanzlichen Entscheid tangiert wird, indem dieser in seinen rechtlichen Wirkungen nachteilig für die Partei ist und dadurch der Partei ein Interesse seiner Abänderung verschafft (Reetz, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 30 ff.).

7.6 Die Gesuchstellerin ersuchte vor Vorinstanz um unentgeltliche Prozessführung für das Schlichtungsverfahren und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz hiess das Gesuch gut, weshalb es

an der formellen Beschwer fehlt. Auch eine materielle Beschwer ist zu verneinen, da der Gesuchstellerin kein rechtlicher Nachteil entsteht. Die verfassungsmässige Garantie der unentgeltlichen Rechtspflege gewährleistet den Zugang zu den Gerichten. Ziel der unentgeltlichen Rechtspflege ist es, eine gewisse Waffengleichheit zu gewährleisten; jeder Betroffene soll grundsätzlich ohne Rücksicht auf seine finanzielle Situation unter den von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen Zugang zum Gericht und Anspruch auf Vertretung durch einen Rechtskundigen haben (BGE 131 I 350 E. 3.1 mit Hinweisen). Mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist der verfassungsmässig garantierte und auf Gesetzesstufe (Art. 117 ff. ZPO) geregelte Anspruch für die Gesuchstellerin gewährleistet. Soweit mit finanziellen Aspekten argumentiert wird, nämlich, dass ein Beistand nach ZGB in der Regel kostenlos sei, während bei einem unentgeltlichen Rechtsbeistand ein Nachzahlungsvorbehalt bestehe und der Gesuchstellerin im Umfange der Verfahrens- und Anwaltskosten Schulden beim Staat auflaufen würden (Urk. 9 S. 5, 9), handelt es sich um ein sachfremdes Kriterium, da es allfällige finanzielle Folgen und nicht die unmittelbare Rechtsstellung der Gesuchstellerin betrifft. Zudem ist bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege regelmässig ungewiss, ob die betreffende Partei dereinst die für die Entstehung der Nachzahlungspflicht aufgestellten Voraussetzungen erfüllen wird; es handelt sich um eine eigentlich suspensiv-bedingte und nicht bloss in ihrer Fälligkeit aufgeschobene, öffentlich-rechtliche Forderung (vgl. BGer 2C\_195/2016 vom 26. September 2016, E. 2.2). Daher fehlen der Gesuchstellerin sowohl die formelle wie die materielle Beschwer.

7.7 Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde im Sinne des Hauptantrages nicht einzutreten.

8.1 Eventualiter macht die Gesuchstellerin eine Aufsichtsbeschwerde nach § 82 ff. GOG geltend. Sie lässt vortragen, sofern das Gericht die Beschwerdelegitimation des Kindsvaters als nicht gegeben erachten sollte, so wäre die angefochtene Dispositiv-Ziffer 2 von Amtes wegen aufzuheben. Die Beschwerdeinstanz habe den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und die nötigen Massnahmen zu ergreifen (Urk. 9 S. 14).

8.2 Gemäss § 80 Abs. 1 lit. b GOG und § 18 lit. k Ziff. 1 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts (LS 212.51) übt die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich die Aufsicht über die dem Obergericht unterstellten Gerichte aus. Entgegen der Annahme in der Beschwerdeschrift ist es nicht die Rechtsmittelinstanz, welche für Aufsichtsbeschwerden im Sinne von § 82 ff. GOG zuständig ist. Für eine Überweisung besteht indessen keine gesetzliche Grundlage, abgesehen davon, dass die Aufsichtsbeschwerde nicht eigens begründet ist (vgl. § 83 Abs. 1 GOG). Im Übrigen ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes klarerweise eine Frage der Rechtsprechung und nicht eine solche der Justizverwaltung. Somit ist auch auf den Eventualantrag nicht einzutreten.

9. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

10.1 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig, da die Kostenfreiheit im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nur für das Gesuchs-, nicht hingegen für das entsprechende Rechtsmittelverfahren gilt (BGE 137 III 470 E. 6). Die Entscheidegebühr ist in Anwendung von §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 500.– festzusetzen.

10.2 Der Kindsvater ist formal Dritter, materiell aber Beschwerdepartei. Er hat dieses Verfahren und damit auch die mit diesem Verfahren verbundenen Gerichtskosten veranlasst. In Anwendung von Art. 108 ZPO bzw. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO e contrario sind ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

11.1 Der Kindsvater beantragt für sich persönlich die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren und einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 9 S. 2).

11.2 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Der Kindsvater erhebt die Beschwerde im Namen seiner Tochter als Inhaber der elterliche Sorge. Im Beschwerdeverfahren ist er weder

Partei, noch ist er Prozessstandschafter oder Streitgenosse. Folglich ist er nicht legitimiert, im eigenen Namen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Auf das Gesuch ist daher nicht einzutreten.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Auf das Gesuch von B.\_\_\_\_\_ um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden B.\_\_\_\_\_ persönlich auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien im Beschwerdeverfahren sowie an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt lic. iur. E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], und an die Vorinstanz unter Beilage einer Kopie von Urk. 9, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. Februar 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: rr