

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU180014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

## Urteil vom 29. Mai 2018

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

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

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

gegen

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht,

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 29. März 2018 (ED180011-L)**

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Urteil vom 29. März 2018 wies das Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) das von der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 12. Februar 2018 gestellte Gesuch um (vorprozessuale) Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 7 = Urk. 11).

1.2. Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 16. April 2018 innert Frist (Urk. 8) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 10 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. März 2018 aufzuheben und der Gesuchstellerin für das Schlichtungsverfahren per 15. November 2017 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Vorinstanz."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Dem Beklagten im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2, BGE 139 III 334 E. 4.2), weshalb von ihm keine Beschwerdeantwort einzuholen ist. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz (Art. 324 ZPO) wird verzichtet.

2.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, im Schlichtungsverfahren, wofür die Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege ersuche, erhebe sie - die Gesuchstellerin - Klage gegen ihren Vater (Urk. 6/9). Ihre Eltern seien unverheiratet. Die Gesuchstellerin - ein zweijähriges Kleinkind - sei eine handlungsunfähige Person (Art. 17 ZGB), für welche ihre gesetzliche Vertretung handle. Da sie unter der gemeinsamen elterlichen Sorge beider Eltern stehe (Urk. 6/2, Urk. 1 S. 2, Urk. 6/9 S. 3), seien ihre Mutter und der beklagte Kindsvater gemeinsam Vertreter. Die Vollmacht an Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ vom 23. November 2017 sei nur von der Mutter der Gesuchstellerin und lediglich betreffend Unterhalt erteilt worden. Dass die Mutter im Sinne von Art. 304 Abs. 2 ZGB im Einvernehmen mit dem Kindsvater gehandelt habe, sei nicht anzunehmen. Vielmehr liege bereits hinsichtlich der Unterhaltssache eine klassische Interessenkollision vor, die von

Gesetzes wegen zur Aufhebung der Befugnis zur Interessenwahrung beider Eltern führe. Darüber hinaus würden mit dem Schlichtungsgesuch Ansprüche gestellt, die erstens nicht von der Vollmacht abgedeckt seien, nämlich Obhut und Besuchsrecht, und zweitens Themen umfassten, die zwischen den Kindseltern als Rechtsträger dieser Ansprüche zu regeln seien (Urk. 11 S. 6 f.). Mangels Vertretungsbefugnis der Kindsmutter und gültiger Vollmacht sei anzunehmen, dass das Sachgericht fehlende Prozessfähigkeit der Gesuchstellerin annehmen und auf die Klage nicht eintreten werde, weshalb die Klage als aussichtslos zu betrachten und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen sei (Urk. 11 S. 7).

2.2. Dagegen wendet die Gesuchstellerin beschwerdeweise ein, bei der vorliegenden Unterhaltsklage bestehe ein direkter Interessenskonflikt beim beklagten Unterhaltsschuldner, weshalb die elterliche Sorge insofern beschränkt sei und der andere Elternteil (die Kindsmutter) das Kind alleine vertreten könne. Die Vertretungsbefugnis der Kindsmutter im Unterhaltsprozess gegen den Kindsvater sei zu bejahen und damit sei die Klage nicht aussichtslos. Da sodann das für die Unterhaltsklage zuständige Gericht gemäss Art. 298b Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 304 Abs. 2 ZPO auch über die Regelung der elterlichen Sorge und weiterer Kinderbelange entscheide, es mithin beim selben Verfahren bleibe, würden die Gesuchstellerin und der Kindsvater Prozesspartei bleiben, wobei die Kindsmutter als Verfahrensbeteiligte im Rubrum aufgenommen werden könne. Soweit die Vollmacht an die Rechtsanwältin die weiteren Kinderbelange nicht abdecke, habe die Vorinstanz Nachfrist zu deren Ergänzung anzusetzen (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Mangels Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren und zufolge Mittellosigkeit der Gesuchstellerin sowie der Notwendigkeit einer Rechtsvertretung sei daher das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Schlichtungsbegehren gutzuheissen (Urk. 10 S. 3 ff.).

2.3. Für die rechtlichen Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, namentlich zur Mittellosigkeit und fehlenden Aussichtslosigkeit, ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 11 S. 3 f.) zu verweisen.

Prozessparteien im Hauptsachenprozess sind die Gesuchstellerin (Klägerin) und ihr Vater (Beklagter). Die Gesuchstellerin beantragt die Zusprechung von Kinderunterhalt (Bar- und Betreuungsunterhalt, Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2, Urk. 6/9 S. 2 f.), die Anrechnung von Erziehungsgutschriften zugunsten ihrer Mutter (Rechtsbegehren Ziff. 3), die Obhutszuteilung an diese (Rechtsbegehren Ziff. 4) und die Einräumung des Besuchsrechts für den Kindsvater (Rechtsbegehren Ziff. 5).

2.4. Mit Blick auf den weiteren Gang des Verfahrens rechtfertigen sich vorab folgende Ausführungen:

Die Eltern üben die Vertretung des Kindes im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge aus. Sind - wie vorliegend - beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge (Urk. 6/2, Urk. 1 S. 2, Urk. 6/9 S. 3), steht ihnen mithin die Vertretung des Kindes gemeinsam zu. Insofern ist den Erwägungen der Vorinstanz beizupflichten. Auch trifft zu, dass die Vertretungsbefugnis von Gesetzes wegen erlischt, wenn und soweit in der betreffenden Angelegenheit ein Interessenskonflikt besteht (Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB), sowie, dass dessen Beurteilung abstrakt erfolgt. Wohl besteht nun bei der selbständigen Unterhaltsklage in jedem Fall ein direkter Interessenskonflikt beim beklagten Unterhaltsschuldner. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz führt dieser indes nicht zur Aufhebung der Befugnis zur Interessenwahrung beider Eltern. Vielmehr wird die gemeinsame Sorge mit Bezug auf die Unterhaltsfrage einzig beim beklagten Unterhaltsschuldner ex lege beschränkt, während der andere Elternteil das Kind in diesem Punkt alleine vertreten kann, soweit nicht auch bei ihm eine Interessenskollision vorliegt. Dazu wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass von der reflexartigen bzw. systembedingten Bejahung eines Interessenskonflikts des nicht unterhaltsbeklagten Elternteils in Unterhaltssachen abzusehen resp. ein solcher nur in Ausnahmefällen zu bejahen sei (Zogg, in: FamPra 2017 S. 427; Senn, in: FamPra 2017, S. 982 f.). Vorliegend ist denn auch bei der Kindsmutter kein Konflikt mit den Interessen der Gesuchstellerin augenscheinlich. Vielmehr sind ihrer beider Interessen gleichlaufend auf einen möglichst hohen Kinderunterhalt des Beklagten gerichtet. Auch

sind keine Hinweise auf eine besondere persönliche Nähe der Kindsmutter zum von ihr offenbar seit mehreren Jahren getrennt lebenden Beklagten aktenkundig (vgl. Urk. 6/9 S. 4, Urk. 6/10). Folglich ist die Vertretungsbefugnis der Kindsmutter für die Gesuchstellerin im Unterhaltsprozess zu bejahen. Entsprechend ist auch die von der Kindsmutter an die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin erteilte Vollmacht (Urk. 2) nicht zu beanstanden. In diesem Punkt erweist sich die Rüge der Gesuchstellerin als stichhaltig.

Anders verhält es sich hinsichtlich der ebenfalls eingeklagten Regelung der Obhut und des persönlichen Verkehrs sowie der Anrechnung der Erziehungsgutschriften an die Kindsmutter (Urk. 6/9 S. 2 f.). Gemäss Art. 298b Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 304 Abs. 2 ZPO ist das für den Unterhaltsprozess zuständige Gericht auch für die Regelung der weiteren Kinderbelange zuständig. Es bleibt somit für die per Kompetenzattraktion angezogenen übrigen Kinderbelange bei ein und demselben Verfahren. Insofern ist der Gesuchstellerin beizupflichten (Urk. 10 S. 5). Von dieser Frage gesondert zu prüfen ist jedoch die Sachlegitimation der klagenden Partei. Rechtsträger der genannten Obhuts- und Besuchsrechtsansprüche sind die Eltern, nicht das Kind. Will somit die Mutter - wie vorliegend geschehen - im Rahmen des Unterhaltsprozesses den persönlichen Verkehr und die Obhut zum Thema machen, muss sie sich als Partei im Verfahren konstituieren, um ihre Begehren einzubringen. Sie kann dies nicht über die Gesuchstellerin tun, da dieser insofern die Aktivlegitimation fehlt (vgl. zum Ganzen Senn, a.a.O., S. 980 ff.). Die von der Gesuchstellerin angeführte Ansicht, wonach die bisherigen Parteien Prozessparteien bleiben würden, die Kindsmutter als Verfahrensbeteiligte im Rubrum aufgenommen werden könne und der (Annex-)Entscheid über die weiteren Kinderbelange dennoch materielle Rechtskraft gegenüber der Kindsmutter entfalte (Urk. 10 S. 5), ist in dieser Konstellation nicht einschlägig. Ein solches Vorgehen wäre gegebenenfalls dann sinnvoll, wenn die Erweiterung der Prozess-themen durch die beklagte Partei erfolgte. Dann könnten die Ansprüche in Anlehnung an die actio duplex im Eheschutz- und Scheidungsverfahren grundsätzlich zugelassen und dem nicht bereits am Prozess beteiligten (diesbezüglich beklagten) Elternteil im genannten Sinne Parteistellung eingeräumt werden. Vorliegend

aber, da die Gesuchstellerin mit Einreichung ihres Schlichtungsgesuches Ansprüche einklagt, hat ihre Aktivlegitimation, mithin die materiell-rechtliche Begründetheit des eingeklagten Anspruchs, wie in jedem anderen Zivilprozess vorzuliegen.

2.5. Zusammengefasst ist die Kindsmutter zur Vertretung der Gesuchstellerin für die Geltendmachung ihres Unterhaltsanspruchs gegen den Beklagten berechtigt. Insofern ist die Rüge der Gesuchstellerin stichhaltig. Anders verhält es sich mit den ebenfalls geltend gemachten Ansprüchen betreffend die übrigen Kinderbelange. Diese sind zwar zufolge der gesetzlichen Kompetenzattraktion annexweise ebenfalls im Unterhaltsprozess zu regeln, bedürfen jedoch der Geltendmachung durch die materiell-rechtlich anspruchsberechtigte Partei, mithin durch einen Elternteil. In diesem Punkt verfängt die Argumentation der Gesuchstellerin nicht.

2.6. Die Beschwerde ist insgesamt indes aufgrund folgender Überlegungen unbegründet:

Sind die Voraussetzungen nach Art. 117 ZPO und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO erfüllt, hat eine Person - wie erwähnt - grundsätzlich Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Verbeiständung. Hervorzuheben ist jedoch, dass die elterliche Unterhalts- bzw. Unterstützungspflicht dem Anspruch gegen das Gemeinwesen auf unentgeltliche Rechtspflege vorgeht. Zur allgemeinen Fürsorgepflicht der Eltern gehört, dass sie ihrem Kind im Rahmen ihrer finanziellen Mittel für ein Gerichtsverfahren Beistand leisten und ihm zu einer Rechtsverbeiständung verhelfen, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (BGE 119 Ia 134 E. 4). Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Es liegt sodann bei Fehlen entsprechender Ausführungen nicht am Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den vorinstanzlichen Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf Prozesskostenvor-

schuss nicht besteht. Es darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege explizit darlegt, weshalb die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abzuweisen (vgl. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.).

Die Gesuchstellerin hat mit ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gestellt, noch hat sie dargelegt, weshalb sie auf einen solchen verzichtet (Urk. 1). Allein aus ihren Behauptungen, wonach der Kindsvater seit ca. Anfang Juni 2017 seiner Unterhaltspflicht nur noch eingeschränkt nachkomme (Urk. 1 S. 4), derzeit arbeitslos sei (Urk. 1 S. 5) und sich nicht kooperativ bei den Vergleichsverhandlungen verhalten habe (Urk. 1 S. 6), lässt sich jedenfalls nichts ableiten, was einen Anspruch der Gesuchstellerin gegen den Beklagten auf finanzielle Unterstützung im Prozess als ausgeschlossen und einen entsprechenden Antrag der Gesuchstellerin deshalb als obsolet erscheinen liesse (vgl. auch Urk. 6/9 S. 5). Das Armenrechtsgesuch für das Schlichtungsverfahren ist daher insgesamt aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

2.7. Damit ist der angefochtene Entscheid im Ergebnis zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

3. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470). Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren sind in Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 300.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 3 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 GebV OG) und ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädi-

gungen sind keine zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. auch BGE 139 III 334).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_, an den Beschwerdegegner und das Friedensrichteramt unter Beilage der Doppel von Urk. 10, Urk. 12 und Urk. 13, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.



Zürich, 29. Mai 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur .G. Ramer Jenny

versandt am:  
mc