

## **BGE 145 III 393**

Bundesgericht (BGE), 2019-08-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_145\\_III\\_393](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_145_III_393)

FR: ATF 145 III 393

IT: DTF 145 III 393

### **Regeste**

Regeste Art. 279 Abs. 1, 304, 306 Abs. 2 und 3 ZGB, Art. 299 ZPO; Vertretung des minderjährigen Kindes im selbständigen Kindesunterhaltsprozess durch den obhutsberechtigten Elternteil; Frage der Interessenkollision. Die Alleininhaberin der elterlichen Sorge kann in Vertretung des Kindes ohne Weiteres eine Rechtsanwältin mit der Einleitung einer Unterhaltsklage mandatieren (E. 2.3). Wird das Kind während des Unterhaltsprozesses unter die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern gestellt, so begründet dieser Umstand allein keine abstrakte Interessenkollision zwischen Mutter und Kind, aufgrund derer die Vertretungsmacht der Mutter entfielen und dem Kind ein Beistand für den Unterhaltsprozess bestellt werden müsste (E. 2.7.2). Dies gilt auch dann, wenn Betreuungsunterhalt gefordert wird (E. 2.7.3).

Regeste Art. 279 al. 1, 304, 306 al. 2 et 3 CC, art. 299 CPC; représentation de l'enfant mineur par le parent au bénéficiaire de la garde dans un procès indépendant portant sur l'entretien de l'enfant; question du conflit d'intérêts. La détentrice de l'autorité parentale exclusive sur un enfant peut, en sa qualité de représentante de ce dernier, mandater une avocate et l'instruire d'introduire une action alimentaire pour l'enfant (consid. 2.3). Si, durant cette procédure, l'enfant est placé sous l'autorité parentale conjointe de ses deux parents, cette seule circonstance ne suffit pas à admettre l'existence d'un conflit d'intérêts abstrait entre la mère et l'enfant qui lui ferait perdre son pouvoir de représentation et nécessiterait la nomination d'un curateur à l'enfant pour la procédure relative à son entretien (consid. 2.7.2). Cela vaut également lorsqu'une contribution de prise en charge est requise (consid. 2.7.3).

Regesto Art. 279 cpv. 1, 304, 306 cpv. 2 e 3 CC, art. 299 CPC; rappresentanza del figlio minorenne, nella procedura indipendente sul suo mantenimento, da parte del genitore che ne ha la custodia; questione della collisione di interessi. La detentrica dell'autorità parentale esclusiva può senz'altro, in rappresentanza del figlio, conferire ad un'avvocata il mandato di introdurre un'azione di mantenimento (consid. 2.3). Se durante questa procedura il figlio è posto sotto l'autorità parentale di entrambi i genitori, questa sola circostanza non costituisce una collisione di interessi astratta tra madre e figlio, in base alla quale il potere di rappresentanza della madre decadrebbe ed al figlio andrebbe nominato un curatore per la procedura di mantenimento (consid. 2.7.2). Ciò vale anche nel caso in cui sia chiesto un contributo di mantenimento per la cura del figlio (consid. 2.7.3).

### **Erwägungen**

#### **E. 2.1**

In erster Linie macht der Beschwerdeführer geltend, die Klage sei nicht gültig eingeleitet worden. Die Kindsmutter hätte die BGE 145 III 393 S. 395 Rechtsvertreterin der

Beschwerdegegnerin nicht mandatieren dürfen, da ihr die Entscheidungsbefugnis hierfür als gemeinsam Sorgeberechtigter nicht allein zustehe ( Art. 304 ZGB ). Ohnehin sei ihre Vertretungsmacht wegen Interessenkollision von Gesetzes wegen entfallen ( Art. 306 Abs. 3 ZGB ).

### **E. 2.2**

Die Eltern leiten gemäss Art. 301 ZGB im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen (Abs. 1). Der Elternteil, der das Kind betreut, kann allein entscheiden, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist (Abs. 1 bis Ziff. 1) oder der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist (Abs. 1 bis Ziff. 2). Laut Art. 304 ZGB haben die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge (Abs. 1). Sind beide Eltern sorgeberechtigt, so dürfen gutgläubige Drittpersonen voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelte (Abs. 2). Art. 306 ZGB bestimmt für den Fall, dass die Eltern am Handeln verhindert sind oder in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen, dass die Kindesschutzbehörde einen Beistand ernennt oder diese Angelegenheit selber regelt (Abs. 2). Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit (Abs. 3). Die Kindesschutzbehörde kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches ( Art. 308 Abs. 2 ZGB ). Nach Art. 299 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (Abs. 1). Es prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Eltern unterschiedliche Anträge bezüglich des Unterhaltsbeitrages stellen (Abs. 2 lit. a Ziff. 5). Diese Bestimmung war bis zum 31. Dezember 2016 nur auf eherechtliche Verfahren anwendbar (AS 2010 1809), gilt seit dem 1. Januar 2017 nun aber auch für selbständige Unterhaltsklagen (AS 2015 4304-4306; Art. 407b Abs. 1 ZPO ).

### **E. 2.3**

Im Zeitpunkt der Einleitung der Unterhaltsklage (19. Mai 2016) war die Kindsmutter Alleininhaberin der elterlichen Sorge. In Anwendung von Art. 304 Abs. 1 ZGB konnte sie somit die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin mit der Einleitung der Unterhaltsklage BGE 145 III 393 S. 396 gültig beauftragen (zur Problematik des Interessenkonflikts vgl. hinten E. 2.7). Der diesbezügliche Vorwurf, auf die Klage hätte nicht eingetreten werden dürfen, erweist sich als unbegründet.

### **E. 2.4**

Seit dem 6. September 2016 haben der Beschwerdeführer und die Kindsmutter die elterliche Sorge gemeinsam inne. Es stellt sich die Frage, ob für den weiteren Verlauf des Unterhaltsprozesses für die Beschwerdegegnerin ein Beistand hätte ernannt werden müssen. Die Alleinentscheidungsbefugnis der obhutsberechtigten Mutter nach Art. 301 Abs. 1 bis Ziff. 1 ZGB fällt ausser Betracht, da das Führen eines Unterhaltsprozesses keine alltägliche oder dringliche Angelegenheit darstellt (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 36a zu Art. 301 ZGB ; BRÄNDLI, Kinderunterhalt: Interessenkollisionen bei der Vertretung, Plädoyer 2019 S. 38; GEISER, Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts, AJP 2016 S. 1289; MARANTA/FASSBIND, Interessenkollisionen im Kindesunterhaltsrecht?, ZKE 2016 S. 460).

## **E. 2.5**

Die Vorinstanz erwog, ein Interessenkonflikt sei nicht ersichtlich, denn es liege sowohl im Interesse der Beschwerdegegnerin als auch ihrer Mutter, dass sich der Beschwerdeführer am Kindesunterhalt beteilige. Umgekehrt verliere der Beschwerdeführer seine Verwaltungskompetenz insoweit, als sein eigener Unterhaltsbeitrag für die nicht unter seiner Obhut stehende Tochter betroffen sei. Gemeinsame elterliche Sorge bedeute nicht, dass die Eltern bei der Verwaltung des Kindesvermögens stets gemeinsam handeln müssten.

## **E. 2.6**

Die Lehre ist sich mit Bezug auf die Zulässigkeit einer Vertretung des Kindes durch den obhutsberechtigten Elternteil uneinig (bejahend: AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 36a zu Art. 301 ZGB ; FOUNTOULAKIS/BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl. 2018, N. 7 zu Art. 279 ZGB ; MARANTA/FASSBIND, a.a.O., S. 459 ff.; ROELLI, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 279 ZGB ; SENN, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, FamPra.ch 2017 S. 982; ZOGG, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019 S. 16; verneinend: BRÄNDLI, a.a.O., S. 41; GEISER, a.a.O., S. 1288 f.; Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz, Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2017, Rz. 14.51; SCHWEIGHAUSER/STOLL, Neues Kindesunterhaltsrecht - Bilanz nach einem Jahr, FamPra.ch 2018 S. 649). BGE 145 III 393 S. 397

## **E. 2.7**

Nach der im Wesentlichen unbestritten gebliebenen Rechtsprechung ist grundsätzlich abstrakt zu bestimmen, ob eine Interessenkollision im Sinn von Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB vorliegt oder nicht. Von einer solchen ist die Rechtsprechung ausgegangen, wenn sich die Interessen des Vertretenen und des gesetzlichen Vertreters widersprechen ( BGE 118 II 101 E. 4c) oder wenn sich der gesetzliche Vertreter von Interessen ihm nahestehender Dritter, die nicht mit jenen des Vertretenen übereinstimmen, beeinflussen lassen könnte ( BGE 107 II 105 E. 4). Entscheidend ist die Frage, ob die Möglichkeit besteht, dass der gesetzliche Vertreter zum Nachteil des Vertretenen handelt (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 36 zu Art. 306 ZGB ; s.a. schon SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, 1984, N. 83 zu Art. 392 ZGB ).

### **E. 2.7.1**

Offensichtlich ist die Interessenkollision zwischen dem Kind und dem auf Unterhalt eingeklagten Elternteil (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 36a zu Art. 301 ZGB ; MARANTA/FASSBIND, a.a.O., S. 460; ZOGG, a.a.O.); dessen Vertretungskompetenz fällt weg ( Art. 306 Abs. 3 ZGB ), was grundsätzlich zum Alleinvertretungsrecht des anderen Elternteils führt (vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 36a zu Art. 301 ZGB ). Im Kontext des Kindesunterhalts wird in der Doktrin auch von einer Interessenkollision des anderen Elternteils ausgegangen, wenn Ehegatten- bzw. nahehehlicher Unterhalt in Konkurrenz zum Kindesunterhalt steht (vgl. GEISER, a.a.O., S. 1284) oder wenn Betreuungsunterhalt gefordert wird (GEISER, a.a.O., S. 1288 f.; MARANTA/FASSBIND, a.a.O., S. 457; SCHWEIGHAUSER/STOLL, a.a.O.). Soweit ersichtlich wird dagegen nicht postuliert, es bestehe eine Interessenkollision, wenn es

lediglich um den Barunterhalt des Kindes geht. Keine Interessenkollision ist schliesslich im Interesse des fordernden Elternteils zu sehen, selbst weniger Unterhalt in Geld leisten zu müssen, denn diesfalls sind die Interessen des Kindes und jene des klagenden Elternteils gleichgerichtet.

### **E. 2.7.2**

Die in der Doktrin zur Annahme einer Interessenkollision Anlass gebenden Konstellationen können teils nur bei verheirateten bzw. geschiedenen Eltern (Ehegatten- bzw. nachehelicher Unterhalt), teils aber gleichermassen bei nicht bzw. nie miteinander verheirateten Eltern vorkommen (Betreuungsunterhalt). Sind bzw. waren die Eltern verheiratet, spielt sich der Kindesunterhaltsprozess im Rahmen eines Eheschutzverfahrens ( Art. 176 ZGB ), eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens ( Art. 276 ZPO ), eines Scheidungsverfahrens ( Art. 133 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB ) oder eines BGE 145 III 393 S. 398 Abänderungsverfahrens ( Art. 134 Abs. 2 bzw. Art. 179 Abs. 1 i.V.m. Art. 286 ZGB sowie Art. 276 i.V.m. Art. 268 ZPO ) ab. In diesen eherechtlichen Verfahren (zum Begriff vgl. den 6. Titel der ZPO) stehen sich die Eltern gegenüber und das Kind hat keine eigentliche Parteistellung; es wird von jenem Elternteil vertreten, der für das Kind Unterhalt fordert. In den eherechtlichen Verfahren ist dem Gericht aufgegeben, die Notwendigkeit der Vertretung des Kindes zu "prüfen" und eine solche "wenn nötig" anzuordnen ( Art. 299 ZPO ). Mithin hat der Gesetzgeber für den eherechtlichen Kindesunterhaltsprozess im Normalfall entweder keine relevante Interessenkollision zwischen dem vertretenden Elternteil und dem vertretenen Kind erkannt, oder er hat diese zumindest in Kauf genommen, ansonsten er die Vertretung des Kindes durch einen Beistand zur Regel hätte erklären müssen. Im selbständigen Kindesunterhaltsprozess ist das Kind Partei und damit seine prozessuale Stellung stärker als im eherechtlichen Verfahren. Wenn das Kind aber im eherechtlichen Verfahren, wo die Gefahr der Interessenkollision nicht nur gleichermassen, sondern noch intensiver lauert, nach dem gesetzgeberischen Willen nicht in jedem Fall eine Vertretung benötigt, so hat dies erst recht für den selbständigen Unterhaltsprozess zu gelten. Es ist in der Tat nicht einzusehen und es werden auch in der Doktrin keine Argumente dafür vorgetragen, weshalb im selbständigen Kindesunterhaltsprozess andere Massstäbe gelten sollten als im eherechtlichen.

### **E. 2.7.3**

Dieses Ergebnis lässt sich auch unter folgenden Gesichtspunkten rechtfertigen: Sowohl im eherechtlichen als auch im selbständigen Kindesunterhaltsprozess gilt die strenge Untersuchungsmaxime, welche das Gericht verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ). Ebenso sind beide Prozesse von der Officialmaxime beherrscht; das Gericht entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge ( Art. 296 Abs. 3 ZPO ). Mit anderen Worten hängt das Urteil des Gerichts weder von den Tatsachenbehauptungen der Parteien noch von deren Rechtsbegehren ab und kann das Gericht auf unangemessene Vorbringen bzw. Anträge reagieren. Bereits aus diesen Gründen sind die Interessen des Kindes grundsätzlich genügend geschützt; Handlungsbedarf besteht erst, wenn ein konkreter Interessenkonflikt vorliegt oder die Handlungen des die Vertretung beanspruchenden Elternteils ungenügend erscheinen (vgl. ROELLI, a.a.O.). Anders als in den von der Rechtsprechung bisher behandelten Fällen bleibt eine allfällige Interessenkollision nicht BGE 145 III 393 S. 399 verborgen, sondern sie liegt offen und für alle erkennbar auf dem Tisch (vgl. dazu MARANTA/FASSBIND, a.a.O., S. 458). Ausserdem geht die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind

in aller Regel allen anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor ( Art. 276a ZGB ; so bereits unter dem alten Recht: BGE 137 III 59 E. 4.2.2). Mit anderen Worten ist die Konkurrenz zwischen Ehegatten- bzw. nahehelichem Unterhalt und Kindesunterhalt durch das Gesetz mit einer klaren Hierarchisierung geregelt; der Kindesunterhalt genießt von Gesetzes wegen Priorität. Sodann hat das Kind Anspruch auf Betreuungsunterhalt, wenn es einer persönlichen Betreuung durch einen Elternteil bedarf und es diesem aufgrund der Betreuungsleistung nicht möglich ist, durch Arbeitserwerb für seinen eigenen Lebensunterhalt aufzukommen ( BGE 144 III 481 E. 4.3, BGE 144 III 377 E. 7.1.3). Da der Betreuungsunterhalt - und damit die Ermöglichung der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil - in erster Linie im Interesse des Kindes liegt, ist in diesem Kontext eine Interessenkollisionsproblematik nicht augenfällig (gl.M. ZOGG, a.a.O.). Freilich ist der Betreuungsunterhalt wirtschaftlich für den betreuenden Elternteil bestimmt. Insoweit hat dieser ein eigenes Interesse an den entsprechenden Unterhaltsleistungen; unter Umständen haben sie zur Folge, dass er keine Sozialhilfe beanspruchen muss. Seine Interessen laufen jenen des Kindes aber nicht zuwider. Da der Barunterhalt dem Betreuungsunterhalt vorgeht ( BGE 144 III 481 E. 4.3), tritt die Deckung der Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils nicht in Konkurrenz zur Finanzierung des Bedarfs des Kindes. Ferner geht es im Rahmen des Betreuungsunterhalts nicht darum, einen anspruchsvollen Lebensstandard des betreuenden Elternteils zu sichern ( BGE 144 III 377 E. 7.1.4).

#### **E. 2.7.4**

Im Ergebnis sind im selbständigen Kindesunterhaltsverfahren hinsichtlich der Vertretungsmacht eines Elternteils mit Blick auf Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB die Grundsätze des Art. 299 ZPO analog anzuwenden; ein Vertreter des Kindes ist durch das Gericht oder die KESB nur zu bestellen, wenn dies im konkreten Fall notwendig erscheint.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.