

# ZH\_OBERGERICHT RZ220010 vom 2. März 2023

ZH Obergericht, 2023-03-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RZ220010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RZ220010)

FR: ZH\_OBERGERICHT RZ220010 du 2 mars 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT RZ220010 del 2 marzo 2023

## Erwägungen

### E. 2

Eventualiter sei Dispositivziffer 11 des angefochtenen Urteils vom 22. Juni 2022 aufzuheben und es seien die Kindsvertreterkosten dem Beklagten und der Verfahrensbeteiligten je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei der Anteil der Verfahrensbeteiligten zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden soll.

### E. 3

Subeventualiter sei Dispositivziffer 11 des angefochtenen Urteils vom 22. Juni 2022 aufzuheben und es sei die Sache zur neuen Verteilung der Kindsvertreterkosten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### E. 4

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MWST) zu lasten des Beklagten, eventualiter zulasten des Gemeinwesens." Des Weiteren stellte die Beschwerdeführerin die folgenden prozessualen Anträge (Urk. 82 S. 3 und Urk. 88): " 5.1 Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Verfahrensbeteiligten die Gerichts- und Anwaltskosten, letztere mit CHF 3'000.00 zzgl. MWST, zu bevorschussen. 5.2 Eventualiter zu Ziff. 5.1 sei der Verfahrensbeteiligten die unentgeltliche Rechtspflege unter anwaltlicher Vertretung durch den Unterzeichneten zu gewähren und es sei von der Erhebung eines Gerichtskostenvorschusses abzusehen.

### E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Kosten für die Vertretung des Kindes vollumfänglich ihr auferlegt, wohingegen sie die Entscheidgebühr dem Beschwerdegegner und ihr je zur Hälfte auferlegt habe. Gegen letzteres sei nichts einzuwenden, aber die Grundsätze, welche die Vorinstanz für die Entscheidgebühr angewandt habe, müssten konsequenterweise auch für die Kindsvertreterkosten gelten. Die Vorinstanz habe aber mit keinem Wort begründet, weshalb sie bezüglich der Kindsvertreterkosten nicht die gleichen Grundsätze wie bei der Entscheidgebühr angewandt habe. Abgesehen davon handle es sich bei den Kindsvertreterkosten um Gerichtskosten im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO. Im vorliegenden Fall bestünden die Gerichtskosten folglich aus der Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 6'000.– sowie den Kindsvertreterkosten. Es sei nicht nachvollziehbar, warum nun ein Teil der Gerichtskosten hälftig auf die Kindseltern, aber ein anderer wesentlicher Teil vollumfänglich ihr überbunden worden sei. Vielmehr habe die Verteilung der Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) und den Kindsvertreterkosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen. Vorliegend habe die Vorinstanz zwar bezüglich der Entscheidgebühr von der ermessensweisen

«Kann-Vorschrift» gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO Gebrauch gemacht und jene den Kindseltern je zur Hälfte auferlegt. Hingegen habe die Vorinstanz die Kindsvertreterkosten – welche auch Bestandteile der Gerichtskosten seien – nicht auch ermessensweise im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO hälftig auf den Beschwerdegegner und sie verteilt. Folglich müsse davon ausgegangen werden,

- 6 - dass die Vorinstanz die Kindsvertreterkosten fälschlicherweise als Kosten einer berufsmässigen Vertretung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO betrachtet habe, mithin als Bestandteil der Parteientschädigung. Die Verteilung der Kindsvertreterkosten werde denn auch fälschlicherweise in Dispositiv-Ziffer 11 bei der Parteientschädigung vorgenommen statt richtigerweise in Dispositiv-Ziffer 10 unter den Gerichtskosten. Aber auch wenn man die Kindsvertreterkosten als Bestandteil der Parteientschädigung betrachte, hätten diese Kosten hälftig auf die Kindseltern verteilt werden müssen, zumal die Parteientschädigungen gemäss dem angefochtenen Entscheid nach den gleichen Regeln wie die Gerichtskosten zu verteilen seien. Schliesslich sei für sie unverständlich, dass die ihr auferlegten Kindsvertreterkosten nicht ebenfalls einstweilen auf die Gerichtskasse genommen worden seien, zumal die unentgeltliche Prozessführung gewährt worden sei. Diese beinhalte u.a. auch die Befreiung von den Gerichtskosten, welche auch die Kindsvertreterkosten umfassten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Somit hätten nebst dem hälftigen Anteil der Entscheidegebühr auch die Kindsvertreterkosten einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden müssen, ansonsten das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege ausgehöhlt werde (Urk. 82 S. 8 ff.).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner bringt dagegen vor, der Verweis in Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO auf Art. 299 f. ZPO stelle klar, dass nur die Kosten eines gerichtlich bestellten Beistands unter die Gerichtskosten fallen würden (mit Verweis auf BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 14). Eine Kindsvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO sei von der Vorinstanz jedoch nie angeordnet worden. Dementsprechend seien die Kindsvertreterkosten gemäss Dispositiv-Ziffer 11 des angefochtenen Entscheids thematisch bei den Parteientschädigungen anzusiedeln. Erhebe das Kind Klage auf Unterhalt, so seien die Kosten dem nicht beklagten Elternteil im Umfang des vom materiellen Recht vorgesehenen Anteils, den dieser zur Finanzierung des Barunterhalts beizusteuern habe, aufzuerlegen (mit Verweis auf Zogg, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019, S. 32). Wie sich aus Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des erstinstanzlichen Urteils ergebe, habe die Beschwerdeführerin ihm an den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes Barunter-

- 7 - haltsbeiträge zu entrichten. Daher erweise sich die angefochtene Regelung als legitim und nachvollziehbar. Im Übrigen habe die Vorinstanz von der in Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO vorgesehenen Möglichkeit zur ermessensweisen Festsetzung der Prozesskosten in familienrechtlichen Verfahren Gebrauch gemacht hat. Zwar sei formell gesehen der gemeinsame Sohn Kläger im erstinstanzlichen Verfahren gewesen, doch sei er von der Beschwerdeführerin als Inhaberin der elterlichen Sorge vertreten worden. Faktisch habe somit die Beschwerdeführerin das Verfahren vor der Vorinstanz erwirkt und sei schliesslich zu grossen Teilen unterlegen. Dass nun die Kosten für die von der Beschwerdeführerin mandatierte Vertretung der Beschwerdeführerin auferlegt worden seien, erweise sich als gerechtfertigt und es könne in der angefochtenen Dispositiv-Ziffer keinesfalls ein Ermessensfehler erkannt werden. So scheine es ihm mehr

als gerecht, dass er neben seinen eigenen Anwaltskosten, welche ihm das Verfahren vor Vorinstanz eingebracht habe, nicht auch noch diejenigen der Kindsvertretung bezahlen müsse (Urk. 97 S. 2).

### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, ihre gesetzliche Befugnis zur Vertretung des Kindes sei entfallen, nachdem zwischen dem Beschwerdegegner und ihr auch die Obhutsfrage strittig geworden sei. Ab diesem Zeitpunkt habe bezüglich Unterhaltsregelung eine konkrete Interessenskollision bestanden, weswegen auch eine Kindsvertretung habe eingesetzt werden müssen. Die prozessleitende Verfügung vom 15. November 2021 sei denn auch eine unmittelbare Reaktion der Vorderrichterin auf die Duplik des Beschwerdegegners bzw. die darin beantragte Obhutsumteilung gewesen. Folglich habe der Beschwerdegegner mit seinen entsprechenden Rechtsbegehren in dessen Duplik selber dafür gesorgt, dass die Voraussetzungen von Art. 299 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 2 ZPO geschaffen worden seien. Danach ordne das Gericht insbesondere dann eine Kindsvertretung an, wenn die Eltern bzgl. Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut unterschiedliche Anträge stellten. Dies habe die Vorinstanz dann auch getan, indem sie die Beschwerdeführerin als weitere Verfahrensbeteiligte in das vorinstanzliche Verfahren aufgenommen habe. In Dispositiv-Ziffer 11 habe die Vorinstanz zudem explizit festgehalten, dass die Kindsvertreterkosten ihr auferlegt würden. Auch die Vorinstanz sei somit davon ausgegangen, dass es sich bei den vorinstanzlichen

- 8 - Anwaltskosten des Kindes um Kindsvertreterkosten handle. Solche seien Bestandteil der Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), welche gemäss Dispositiv-Ziffer 10 des angefochtenen Entscheids hälftig auf die Kindseltern verteilt worden seien. Jene Grundsätze habe die Vorinstanz dann allerdings für die Kindsvertreterkosten in Dispositiv-Ziffer 11 nicht angewandt. Selbst wenn man aber davon ausgehe, dass es sich bei den Kindsvertreterkosten um Parteikosten und nicht um Gerichtskosten gehandelt habe, hätten diese nicht vollumfänglich ihr auferlegt werden dürfen. Einerseits fehle es dafür bereits an einer gesetzlichen Grundlage, nachdem sie förmlich gar nicht Partei im vorinstanzlichen Verfahren gewesen sei. Andererseits gehörten Prozesskosten zum materiellrechtlichen Unterhaltsanspruch des Kindes. Entsprechend seien solche Prozesskosten anhand der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern zu verteilen. Damit solche Kosten dem nichtbeklagten Elternteil auferlegt werden könnten, müsse dieser auch tatsächlich wirtschaftlich leistungsfähig sein (mit Verweis auf das Urteil ZK1 18 105/ZK1 18 107 des Kantonsgerichts Graubünden vom 1. Oktober 2020). Da sie im Gegensatz zum Beschwerdegegner nicht leistungsfähig sei, hätten die Kindsvertreterkosten (sofern sie denn überhaupt als Parteikosten anzuschauen seien) dem Beschwerdegegner auferlegt werden müssen. Schliesslich sei dieser wirtschaftlich leistungsfähig, zumal seine Unterhaltspflicht nach der Obhutsumteilung entfallen sei. Abgesehen davon hebbe die Vorinstanz die ihr gewährte unentgeltliche Rechtspflege aus, wenn sie die Kindsvertreterkosten nicht wie die Entscheidungsbüher auf die Gerichtskasse nehme (Urk. 99 S. 3 ff.). 5.1. Nach Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO handelt es sich bei den Kosten für die Vertretung des Kindes (Art. 299 und 300) um Gerichtskosten. Der Verweis auf Art. 299 f. ZPO stellt klar, dass die Kosten für die Vertretung des Kindes nur dann Gerichtskosten darstellen, wenn das Gericht eine solche Vertretung gemäss Art. 299 ZPO angeordnet hat (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 27; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 14; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 15; BK ZPO I-Sterchi, Art. 95 N 10). Da

vorliegend die Vertretung des Kindes nicht vom Gericht, sondern von der Beschwerdeführerin mandatiert wurde (vgl. Urk. 2 S. 2 und Urk. 3), handelt es sich bei den Vertretungskosten nicht um Gerichts-, sondern um Parteikosten.

- 9 - 5.2. Zur allgemeinen Fürsorgepflicht der Eltern gehört, dass sie ihrem Kind im Rahmen ihrer finanziellen Mittel für ein Gerichtsverfahren Beistand leisten und ihm zu einer Rechtsverteidigung verhelfen, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (BGE 119 Ia 134 E. 4). Vorliegend ging die Vorinstanz davon aus, beide Eltern seien dazu einstweilen nicht in der Lage (vgl. Urk. 83 S. 49 und S. 51), weshalb sie dem Kind die unentgeltliche Rechtspflege gewährte (Urk. 83 S. 52). Dies entband sie aber nicht davon, über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 3), zumal die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur einstweilen von der Bezahlung der Gerichts- und eigenen Anwaltskosten i.S.v. Art. 118 Abs. 1 lit. b und c ZPO befreit (Art. 123 Abs. 1 ZPO) und die aus der Unterhaltspflicht gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB abgeleitete Prozesskostenvorschussforderung des Kindes nach Art. 289 Abs. 2 ZGB auf den Staat übergeht, soweit dieser (anstelle der Eltern) für die Prozesskosten des Kindes aufkommt (BK ZPO I-Bühler, Art. 123 N 33; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 123 N 16; Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2015, S. 258 N 607 f.). Dementsprechend entschied die Vorinstanz grundsätzlich zu Recht über die Verteilung der Prozesskosten und insbesondere der Vertretungskosten des Kindes. Weshalb sie diese jedoch einzig der Beschwerdeführerin auferlegte, begründete sie allerdings nicht. Der vom Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort dafür ins Feld geführte Grund (Verteilung nach Massgabe des materiellen Rechts) verfährt nicht, da vorliegend nach (unangefochten gebliebener) Ansicht der Vorinstanz beide Elternteile im Zeitpunkt des Erlasses ihres Urteils (einstweilen) nicht in der Lage waren, für die Vertretungskosten des Kindes aufzukommen (vgl. Urk. 83 S. 49 und S. 51). Vielmehr sind in einem solchen Fall die Kosten den Eltern je zur Hälfte aufzuerlegen, da sie nach Art. 276 Abs. 2 ZGB gemeinsam für den gebührenden Unterhalt des Kindes aufzukommen haben. Im Rahmen der Subrogation des Staates in den Unterhaltsanspruch des Kindes besteht kein Raum, den Anteil der Beschwerdeführerin zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 5.3. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Kosten für die Vertretung des Kindes sind den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

- 10 -

## **E. 6**

Es seien die vorinstanzlichen Akten in das Verfahren zu edieren." 1.3. Mit Verfügung vom 24. Oktober 2022 wurde dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan: Beschwerdegegner) Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 89). Mit Eingabe vom 8. November 2022 ersuchte der Beschwerdegegner um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich un-

- 4 - entgeltlicher Rechtsverteidigung; Urk. 91). Daraufhin wurde dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 9. November 2022 Frist angesetzt, um seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und zu belegen (Urk. 93), welcher Aufforderung der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 18. November 2022 (Datum Poststempel) nachkam (Urk. 94 und Urk. 95/1-11). Mit Beschluss vom 23. November 2022 wurde sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen (Urk. 96). Mit

Schreiben vom 24. November 2022 er- stattete der Beschwerdegegner aufforderungsgemäss die Beschwerdeantwort, wobei er die Abweisung der Beschwerde beantragte (Urk. 97). Mit Schreiben vom 21. Dezember 2022 nahm die Beschwerdeführerin Stellung zur Beschwerdeant- wort (Urk. 99). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2022 wurde dem Beschwerde- gegner Frist zur freigestellten Ausübung des Replikrechts angesetzt (Urk. 100). Der Beschwerdegegner liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen, weshalb androhungsgemäss vom Verzicht auf eine Stellungnahme auszugehen ist. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. 2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Män- geln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht geprüft zu werden. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). 3. Mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen erwog die Vorinstanz, aufgrund der familienrechtlichen Natur der Streitigkeit und in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO erscheine es angemessen, die Gerichtskosten den Par- teien je zur Hälfte aufzuerlegen. Bei Unterhaltsklagen rechtfertige es sich indes, die Kosten aufgrund von dessen parteiähnlichen Stellung dem das Kind vertre- tenden Elternteil, statt dem Kind selbst, aufzuerlegen. Dies nicht zuletzt deshalb, da ansonsten allenfalls in einem Folgeprozess die Kostenverteilung unter den El- tern geregelt werden müsste, was es im Interesse der Prozessökonomie jedoch

- 5 - zu verhindern gelte (mit Verweis auf Zogg, Selbständige Unterhaltsklagen mit An- nexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019, S. 1 ff., 33). Ein solches Vorgehen erweise sich vorliegend ebenfalls als opportun, da der Kindsmutter als gesetzlicher Vertreterin des Kindes bzw. als weiterer Verfahrensbeteiligte eine parteiähnliche Stellung zukomme und es einen Folgeprozess betreffend die Kostenverteilung unter den Eltern zu ver- hindern gelte. Demzufolge seien die Gerichtskosten den Kindseltern je hälftig auf- zuerlegen. Da sodann die Parteientschädigungen nach den gleichen Regeln wie die Gerichtskosten zu verteilen seien (Art. 106 ZPO), seien diese wettzuschlagen (Urk. 83 S. 45).

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin beantragt die Verpflichtung des Beschwerdegeg- ners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltlicher Rechtsverbei- ständung; Urk. 82 S. 3).

### **E. 6.2**

Gestützt auf welche gesetzliche Grundlage der Beschwerdegegner verpflich- tet werden könnte, der Beschwerdeführerin den geforderten Prozesskostenvor- schuss zu leisten, ist weder dargetan (vgl. Urk. 82 S. 12) noch ersichtlich. Man- gels einer (familienrechtlichen) Beistands- oder Unterhaltspflicht des Beschwer- degegners gegenüber der Beschwerdeführerin kann jener nicht zur Leistung ei- nes Prozessvorschusses an die Beschwerdeführerin verpflichtet werden, weshalb der entsprechende Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen ist.

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführerin verfügt über keinerlei Vermögenswerte und wird von der Sozialhilfe unterstützt (vgl. Urk. 85/1). Sie ist daher als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO anzusehen. Weiter ist der Prozessstandpunkt der Beschwerdeführerin angesichts des Ausgangs des Verfahrens nicht als aussichtslos anzusehen und sie war als rechtsunkundige Partei auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihr auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsverteidigung) zu gewähren. 7.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 10'656.90 (Entschädigung von Rechtsanwältin Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin des Kindes; Urk. 74) ist die Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Anteil der Beschwerdeführerin ist jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 7.2. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner zufolge ihres je hälftigen Unterliegens, dem Verfahrensbeteiligten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

- 11 - Es wird beschlossen:

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