

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 22. April 2021

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

sowie

B._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Errichtung Beistandschaft**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Horgen vom 21. Januar 2021, i.S. A._____, geb. tt.mm.2018; VO.2019.26 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen)

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend A._____), geboren am tt.mm.2018, ist die Tochter von B._____. Der Vater von A._____ ist bis heute unbekannt. Mit Beschluss vom 22. Mai 2019 errichtete die KESB Horgen für A._____ eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB und betraute C._____ als Beiständin mit der Aufgabe, die Interessen von A._____ betreffend die Feststellung der Vaterschaft zu vertreten und allfällige Nebenpunkte (Unterhalt, persönlicher Verkehr) zu klären (act. 7/5/20-21).

2. Gegen diesen Beschluss erhob Rechtsanwalt Y._____ im Namen von A._____ fristgerecht Beschwerde beim Bezirksrat Horgen (nachfolgend Vorinstanz) (act. 7/1) und beantragte dessen Aufhebung, wobei auf die Errichtung einer Beistandschaft zu verzichten sei. Der Bezirksrat Horgen setzte Rechtsanwalt Y._____ am 24. Juni 2020 eine Frist von 30 Tagen an, um sich dazu zu äussern, wer Beschwerdeführerin sei – A._____ oder ihre Mutter B._____ (act. 7/7). In der gleichen Verfügung wurde der Beschwerdeführerin eine Frist von ebenfalls 30 Tagen angesetzt, um sich zur Bestellung einer Kindesverfahrensvertretung in der Person von Rechtsanwalt X._____ zu äussern.

Mit Schreiben vom 23. Juli 2020 (act. 7/8) stellte Rechtsanwalt Y._____ klar, dass er die verfahrensmässigen Interessen von A._____ vertrete (act. 7/8). Er sei von B._____ als Inhaberin der elterlichen Sorge dazu ermächtigt worden. Weiter führte er aus, dass und weshalb von der Einsetzung einer Kindesverfahrensvertretung abzusehen sei.

Am 20. August 2020 (act. 7/9) wurde von der Vorinstanz mit Beschluss festgehalten, dass das Verfahren mit A._____ als Beschwerdeführerin weitergeführt werde. Zugleich wurde festgestellt, dass Rechtsanwalt Y._____ nicht gehörig bevollmächtigt sei, um A._____ im Beschwerdeverfahren zu vertreten. B._____, die Mutter von A._____, wurde als "weitere Verfahrensbeteiligte" und Rechtsanwalt Y._____ als ihr Vertreter ins Rubrum aufgenommen. Sodann wurde Rechtsanwalt X._____ als „Kindesverfahrensvertreter“ von A._____ bestellt und ihm Frist angesetzt, um in deren Namen die Anträge im Beschwerdeverfahren zu stellen und zu begründen sowie zur Beschwerdeschrift von Rechtsanwalt Y._____ vom 28. Juni 2020 (act. 7/1) Stellung zu nehmen.

Mit Eingabe vom 20. November 2020 (act. 7/12) beantragte Rechtsanwalt X. _____ in der Folge im Namen von A. _____, es sei vom Rückzug der Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Horgen vom 22. Mai 2019 Vormerk zu nehmen und die angefochtenen Kindesschutzmassnahmen seien zu bestätigen.

Nachdem die Eingabe von Rechtsanwalt X. _____ dem Vertreter von B. _____ zugestellt worden war und dieser die Frist zur Stellungnahme ungenutzt verstreichen liess (act. 7/15, act. 7/15/2), schrieb die Vorinstanz das Beschwerdeverfahren infolge Rückzuges der Beschwerde mit Beschluss vom 21. Januar 2021 ab und bestätigte die Kindesschutzmassnahme der Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB gemäss Beschluss der KESB Horgen vom 22. Mai 2019. Die Entscheidgebühr sowie die Kosten der Kindesverfahrensvertretung wurden B. _____ auferlegt (act. 7/16 = act. 3/1 = act. 6).

3. Gegen diesen Beschluss erhob Rechtsanwalt Y. _____, wiederum im Namen von A. _____ und bevollmächtigt durch deren Mutter B. _____, Beschwerde und beantragte was folgt (act. 1):

"Es sei Beschluss und Urteil des Bezirksrates Horgen unter Verfahrensnummer VO.2019.26/3.02.02. vom 21. Januar 2021 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung (materielle Behandlung der Beschwerde vom 19. Juni 2029) an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Eventualiter:

Es seien Beschluss und Urteil gemäss Hauptantrag aufzuheben und von der Errichtung einer Beistandschaft für A. _____ zu verzichten;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

In formeller Hinsicht wird beantragt:

"Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Weiter wird beantragt:

"Es sei der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____, ... [Adresse], ein ebensolcher Rechtsbeistand zu bestellen."

4. Die Akten der Vorinstanz, welche die Akten des KESB-Verfahrens enthalten, wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3) geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZGB). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirkrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

Zur Beschwerde legitimiert ist, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist.

2. Die Vorinstanz hatte mit Beschluss vom 20. August 2020 festgestellt, dass die Bevollmächtigung von Rechtsanwalt Y._____ als Rechtsanwalt von A._____ durch deren Mutter und alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge aufgrund des bei ihr vorliegenden Interessenkonfliktes nicht möglich sei (act. 7/9 S. 3ff.). In der Folge wurde A._____ – nach Gewährung des rechtlichen Gehörs – Rechtsanwalt X._____ als Kindesverfahrensvertreter bestellt (act. 7/9 S. 8 Dispositivziffer IV.). Seine Bestellung stützt sich auf Art. 314a^{bis} ZGB.

3. Indem A._____ von der Vorinstanz in der Person von Rechtsanwalt X._____ ein Kindesverfahrensvertreter bestellt wurde, schränkte diese die Vertretungsmacht der Mutter B._____ in Bezug auf die Vertretung im vorliegenden Verfahren ein (BK - AFFOLTER/VOGEL, Art. 314a^{bis} ZGB N 64). Die Vorinstanz (der Bezirksrat)

erwog in ihrem Beschluss vom 20. August 2020, dass in der "Angelegenheit Feststellung Vaterschaft von A. _____" ein Interessenkonflikt gegeben sei, welcher dazu führe, dass die Mutter die Tochter nicht vertreten könne und A. _____ daher auch durch Rechtsanwalt Y. _____ (welcher von der Mutter beauftragt worden war) nicht gehörig vertreten sei (act. 7/9 S. 4ff.). Aufgrund seiner Bestellung als Kindesverfahrensvertreter wäre Rechtsanwalt X. _____ damit auch berechtigt gewesen, im Namen von A. _____ ein Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid einzureichen.

Rechtsanwalt Y. _____ erhebt nun wiederum im Namen von A. _____, beauftragt von der Mutter B. _____ (Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge), Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz (act. 1). Dabei ist seiner Beschwerdeschrift nicht klar zu entnehmen, ob, beziehungsweise dass die Ernennung von Rechtsanwalt X. _____ zum Kindesverfahrensvertreter (gemäss Art. 314a^{bis} ZGB) mit Beschluss vom 20. August 2020 ebenfalls angefochten werden soll. Vielmehr ficht er explizit den Beschluss/Urteil des Bezirksrates Horgen vom 21. Januar 2021 an, mit welchem vom Rückzug der Beschwerde (durch Rechtsanwalt X. _____) Vormerk genommen und das Verfahren abgeschrieben wurde (vgl. act. 2 S. 2).

Die Bestellung von Rechtsanwalt X. _____ zum Kindesverfahrensvertreter im prozessleitenden Beschluss vom 20. August 2020, konnte nicht selbständig angefochten werden, da die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils für eine eigenständige Anfechtung nicht gegeben waren (vgl. BK - AFFOLTER/VOGEL, Art. 314a^{bis} ZGB N 59ff.; DIGGELMANN/ISLER, SJZ 2015, 147f.). Die Bestellung hätte dagegen sowohl von A. _____ selbst als auch von ihrer Mutter zusammen mit dem Endentscheid (Beschluss und Urteil vom 21. Januar 2021) angefochten werden können.

4. Der von B. _____ beauftragte Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Y. _____, macht in der Beschwerdeschrift geltend, dass die Vorinstanz das Verfahren zu Unrecht aufgrund der Rückzugserklärung des von ihr ernannten Kindesverfahrensvertreter abgeschrieben und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs begangen habe (act. 2 S. 2). Die Mutter sei gemäss Art. 304 Abs. 1 ZGB berechtigt, die Interessen der Tochter zu vertreten, und vorliegend würden auch keine entgegenge-

setzten Interessen des Vaters bestehen, dieser sei ja unbekannt. Vor der Ernennung einer Kindesvertretung im Verfahren hätte die Vorinstanz – so Rechtsanwalt Y. _____ – die Sachlage abklären und diese aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin entscheiden müssen (act. 2 S. 3).

Die Vorinstanz weist in ihrem Beschluss vom 20. August 2020 zutreffend darauf hin, dass die Frage, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, abstrakt und nicht konkret beurteilt werden müsse (act. 7/9 S. 4). Sofern die Umstände auf eine Interessenkollision hindeuten, muss eine Beistandschaft errichtet werden, auch wenn die Eltern bzw. der Elternteil in tatsächlicher Hinsicht die besten Absichten haben, die Kindesinteressen nicht zu verletzen (BK - AFFOLTER/VOGEL, Art. 306 ZGB N 37). Betreffend die konkrete Fallkonstellation führt die Vorinstanz zutreffend aus, dass von einer Interessenkollision zwischen der Mutter und der Tochter ausgegangen werden müsse. Dies, da aus den Vorbringen von B. _____ geschlossen werden müsse, dass diese (in Bezug auf die Vaterschaft) möglicherweise zusätzliche sachdienliche Angaben als bisher zu machen in der Lage wäre, jedoch der Suche nach dem Vater ihrer Tochter gegenüber eine ablehnende Haltung einnehme (act. 7/9 S. 5).

Es ist– entgegen der in der Beschwerdeschrift vertretenen Ansicht – nicht ersichtlich, inwiefern es die Vorinstanz beim Entscheid betreffend die Ernennung des Kindesverfahrensvertreters unterlassen haben soll, die Sachlage abzuklären und diese in ihren Entscheid einzubeziehen. Die Beschwerdeschrift setzt sich mit den Erwägungen im Beschluss vom 20. August 2020 (act. 7/9) nicht auseinander. Ihre Rügen am Entscheid der Vorinstanz beziehen sich – soweit erkennbar – vielmehr mehrheitlich auf die Bestellung des Beistandes gemäss Art. 308 ZGB durch die KESB und nicht oder nur am Rande auf die Bestellung von Rechtsanwalt X. _____ zum Kindesverfahrensvertreter gemäss Art. 314a^{bis} ZGB durch den Bezirksrat Horgen (Vorinstanz). Die Ausführungen in Bezug auf die gemäss der Beschwerdeschrift nicht bestehende Interessenkollision können indessen bei einer wohlwollenden Auslegung auch als Rüge an der Einsetzung des Kindesvertreters verstanden werden, weshalb auf diese einzugehen ist.

Es stehen weder die Qualitäten von B._____ als Mutter, noch ihre Möglichkeit, aus eigener Kraft für ihre Tochter zu sorgen und finanziell für sie aufzukommen, in Frage. Vielmehr besteht ein grundlegendes Interesse von A._____ zu wissen, wer ihr Vater ist. Auch wenn derzeit aufgrund des jungen Alters naturgemäss kein diesbezügliches Bedürfnis des Kindes erkennbar sein mag, so muss doch davon ausgegangen werden, dass dies im Laufe seines Lebens ein essentieller Wunsch werden wird. Indem B._____ darauf besteht, keine weiteren Ausführungen zur Person des Vaters von A._____ machen zu können und gleichzeitig verhindern möchte, dass die Behörde, welche allenfalls über weitergehende Möglichkeiten der Nachforschung verfügt, diesbezüglich für A._____ tätig wird, wird offensichtlich, dass die Interessen von Mutter und Kind im Bereich des vorliegenden Verfahrens voneinander abweichen. Aufgrund dieses Interessenskonfliktes erfolgte die Einsetzung des Kindesverfahrensvertreters durch die Vorinstanz damit zu Recht.

Die Beschwerde gegen die Einsetzung des Kindesverfahrensvertreters ist damit abzuweisen.

5. Da die Vorinstanz damit korrekterweise Rechtsanwalt X._____ als Kindesverfahrensvertreter bestellt hat, ist eine Vertretung von A._____ im Beschwerdeverfahren durch die Mutter, beziehungsweise einen durch diese beauftragten Rechtsvertreter, nicht möglich, da deren elterliche Sorge in diesem Bereich aufgrund der Interessenkollision beschränkt wurde. Die Beschwerde wurde damit von einem nicht berechtigten Vertreter und daher nicht rechtswirksam erhoben.

Festzuhalten ist, dass B._____ als Verfahrensbeteiligte und vom Entscheid der Vorinstanz Betroffene selbständig hätte Beschwerde erheben können. Die Beschwerdeschrift hält aber ausdrücklich fest, dass die Beschwerde von A._____ selbst erhoben wird. Dies, nachdem die Vorinstanz bereits in ihrem Verfahren eine Klarstellung verlangte, wen Rechtsanwalt Y._____ vertrete (Mutter oder Tochter) und die Parteien sich der sich daraus ergebenden Fragestellung damit bewusst sein mussten. Eine erneute Anfrage bei den Parteien, in wessen Namen Rechtsanwalt Y._____ nun die Beschwerde erhoben habe, ist daher nicht angezeigt.

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 21. Januar 2021 wurde damit aufgrund der fehlenden Vertretungsbefugnis nicht rechtsgültig erhoben, weshalb auf sie nicht einzutreten ist. Im Rubrum wird weiterhin Rechtsanwalt X._____ als Vertreter von A._____ geführt. Wie schon vor Vorinstanz verbleibt B._____ als weitere Verfahrensbeteiligte im Rubrum, vertreten durch Rechtsanwalt Y._____.

6. Das Rechtsbegehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos geworden und abzuschreiben.

III.

1. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind auf Fr. 600.– festzulegen (§ 40 EG KESR i.V.m. Art. 96 ZPO sowie § 12 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG). Aufgrund der vorliegenden Umstände sind diese der weiteren Verfahrensbeteiligten B._____, welche die Beschwerde im Namen ihrer Tochter veranlasst hat, aufzulegen.

2. Auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches im Namen von A._____ gestellt worden war, ist aufgrund der fehlenden Vertretungsbefugnis von Rechtsanwalt Y._____ nicht einzutreten.

3. Parteientschädigungen sind bei dieser Ausgangslage keine zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für A._____ für das Beschwerdeverfahren wird nicht eingetreten
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird und der Beschluss des Bezirksrates vom 21. Januar 2021 bestätigt.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 600.– festgesetzt und der weiteren Verfahrensbeteiligten B._____ auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdeführerin zuhanden von Rechtsanwalt X._____ unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 3/1-3), die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, je gegen Empfangsschein.
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. S. Kröger

versandt am: