



<b>Fall-Nr.:</b>	KES.2021.3-EZE2
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	02.07.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	05.05.2021

### **Entscheid Kantonsgericht, 05.05.2021**

**Art. 287 Abs. 1 ZGB, Art. 117 ZPO, Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO: Das Verfahren gemäss Art. 287 Abs. 1 ZGB bei der KESB zur Genehmigung eines Unterhaltsvertrages bzw. zum vorherigen Aushandeln dieses Vertrages ist zwar nicht ein förmliches Schlichtungsverfahren. Es ersetzt aber gemäss Art. 198 lit. bbis ZPO das Schlichtungsverfahren. Entsprechend wird keine unentgeltliche Rechtsverteiständung dafür bewilligt. In diesem Verfahren kann zwar auch vorfrageweise über die Kinderbelange diskutiert werden. In welchem Umfang diese Diskussion aber zuzulassen ist, kann einzig die verfahrensführende KESB im konkreten Fall bestimmen. Am Ende dieses Verfahrens kann die KESB nur entweder den Unterhaltsvertrag genehmigen oder das Verfahren ohne Einigung abschliessen (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 5. Mai 2021, KES.2021.3-EZE2).**

Zusammenfassung des Sachverhalts:

1. A. B. ist Vater von C. D., geb. 2020. C. D. lebt bei seiner Mutter, E. D., die bisher die alleinige elterliche Sorge für C. hatte bzw. hat. Am 30. Juni 2020 ernannte die KESB Region Gossau X. Y. zur Beiständin von C. mit dem Auftrag, (u.a.) die Unterhaltspflicht des Vaters zu regeln und nötigenfalls Unterhaltsklage zu stellen. Am 3. November 2020 stellte A. B. bzw. sein Rechtsanwalt beim Sicherheits- und Justizdepartement folgendes Gesuch:

Dem Gesuchsteller sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnete als Rechtsvertreter beizuordnen.



Das Sicherheits- und Justizdepartement traf am 20. November 2020 folgende Verfügung:

1. Das Gesuch von A. B., um unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Region Gossau betreffend Unterhalt und persönlicher Verkehr wird teilweise gutgeheissen, soweit es hinsichtlich der Regelung des persönlichen Verkehrs nicht abgewiesen wird.
  
2. A. B. wird von der Tragung der Verfahrenskosten gemäss Ziffer 1 befreit.
  
3. Das Gesuch von A. B. um unentgeltliche Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
  
2. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies die Verwaltungsrekurskommission am 18. Januar 2021 ab.
  
3. Gegen den Entscheid der Verwaltungsrekurskommission erhebt A. B. erneut Beschwerde mit folgenden Anträgen:
  1. Der vorinstanzliche Entscheid sei in Dispositivziffern 1 und 3 aufzuheben.



2. Der Beschwerdeführer sei für das Verfahren vor der KESB Region Gossau die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zu gewähren.

3. Dem Beschwerdeführer sei für das erst- und zweitinstanzliche Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zu gewähren.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt) zulasten des Staates.

Aus den Erwägungen:

2. a) Zum einen beantragt A. B. die Aufhebung von Ziffer 1 des Entscheides der Vorinstanz bzw. die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren vor der KESB Region Gossau. Der Antrag zielt auf die Aufhebung der Einschränkung betreffend den *Verfahrensgegenstand* gemäss dem Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes. Dieses gewährte das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege lediglich für das Verfahren betreffend Unterhalt, nicht aber für ein allfälliges Verfahren betreffend Regelung des persönlichen Verkehrs. Die Vorinstanz erklärte dazu, dass im Moment bei der KESB Region Gossau einzig ein Verfahren betreffend Regelung des Unterhalts hängig sei. Die konkreten Verhältnisse und Fragestellungen könnten sich von Verfahren zu Verfahren indessen verändern. Deshalb bestehe grundsätzlich kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung für noch nicht eingeleitete, zukünftige Verfahren. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, dass Art. 119 Abs. 1 ZPO die Gewährung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege auch zur Vorbereitung eines Verfahrens erlaube. Überdies verkenne die Vorinstanz, dass die Regelung der Betreuungsanteile sachlogisch zu einem einheitlichen Verfahren gehöre, da nämlich



zuerst diese festzusetzen seien und erst anschliessend der Unterhalt bestimmt werden könne.

b) Vorliegend ist unzweifelhaft ein Verfahren bei der KESB Region Gossau hängig. Aus den bisherigen wenigen Akten dieses Verfahrens geht hervor, dass es dabei bis anhin nur um den Kindesunterhalt ging. Es ist davon auszugehen, dass die KESB sich bisher einzig gestützt auf Art 287 Abs. 1 ZGB mit der Regelung der Unterhaltspflicht des Vaters befasst hat, um nämlich den Eltern einen Unterhaltsvertrag vorschlagen zu können, der nach der Zustimmung durch die Eltern von der KESB zu genehmigen wäre. Klar ist, dass die KESB oder die Eltern vorfrageweise die Regelung der übrigen Kinderbelange zur Sprache bringen darf bzw. dürfen und die KESB bei der Genehmigung des Vertrages deren Übereinstimmung mit dem Unterhaltsvertrag überprüfen muss. Mit einer vorfrageweisen Diskussion über die Kindesbelange im Rahmen des Aushandelns eines Unterhaltsvertrages werden die Kinderbelange bzw. die Kindesschutzmassnahmen aber in keiner Weise bei der KESB hängig. Überschreitet die Auseinandersetzung der Eltern über z.B. die Betreuung oder ein kindesschutzrechtliches Thema die Intensität, die die KESB im Rahmen der vorfrageweisen Prüfung der Kinderbelange zulassen möchte, wird sie mit den Eltern klären müssen, wie diese zu einer Lösung ihrer Streitfrage kommen wollen. Dafür steht insbesondere der Weg ans Gericht offen, das bei einer Unterhaltsklage im Rahmen seiner Annexzuständigkeit gemäss Art. 304 Abs. 2 ZPO alle Kinderbelange zusammen mit dem Unterhalt regeln kann. Möglich ist aber auch, dass einer der Elternteile bei der KESB beantragt, dass diese die Kindesschutzbelange regelt. Spätestens dann wird die KESB ihre (freiwilligen) Bemühungen zum Aushandeln eines Unterhaltsvertrages gemäss Art. 287 Abs. 1 ZGB einstellen und ein neues Verfahren z.B. betreffend Kindesschutzmassnahmen eröffnen. Diesem Verfahren liegt dann die Kompetenz gemäss Art. 298a ff. ZGB zugrunde. Entsprechend ist es auseinanderzuhalten vom Verfahren gestützt auf Art. 287 Abs. 1 ZGB (Genehmigung des Unterhaltsvertrages). Der Ansicht, dass während des Verfahrens betr. Aushandeln eines Unterhaltsvertrages gleich auch schon die übrigen Kinderbelange rechtshängig seien, wird mit dieser Begründung ausdrücklich nicht gefolgt.



c) Im Grundsatz wird das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege für ein ganzes Verfahren erteilt (vgl. z.B. Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, Rz 687), vorliegend für das Verfahren gemäss Art. 287 Abs. 1 ZGB zum Aushandeln eines Unterhaltsvertrages. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass dies keineswegs bedeutet, dass eine vorfrageweise geführte Diskussion über die Kinderbelange keinen Raum haben dürfte. In welchem Umfang und in welcher Intensität diese Diskussion zuzulassen ist, kann allerdings nur die verfahrensführende KESB im konkreten Fall bestimmen. Am Ende dieses Verfahrens steht aber einzig die Genehmigung des Unterhaltsvertrages oder die Einstellung der Bemühungen der KESB unter (allenfalls) gleichzeitiger Zustellung der Bescheinigung gemäss Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO. In diesem Sinne ist die Verfügung des SJD vom 20. November 2020 zu präzisieren.

d) Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, wenn er geltend macht, dass Art. 119 Abs. 1 ZPO auch das Stellen eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit erlaubt. Hier ist es allerdings so, dass der Gesuchsteller nicht präzise erklärt, vor welcher Behörde (KESB oder Gericht) er denn eine Regelung der Kinderbelange suchen will. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeit für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein Gerichtsverfahren nicht bei der hier anfänglich verfügenden Behörde liegt, sondern beim Gericht oder dessen verfahrensleitendem Richter bzw. dessen verfahrensleitender Richterin (Art. 17 Abs. 1 lit. c EG ZPO). Für den Fall, dass er in erster Linie an die KESB gelangen will, erklärt er nicht, warum dieser Weg aus seiner Sicht zu bevorzugen wäre. Ebenso wenig stellt der Beschwerdeführer klar, wo die Probleme in tatsächlicher Hinsicht genau liegen und welche Kinderbelange er deshalb einer Regelung zuführen möchte. Deshalb lassen sich weder Prozessaussichten noch mutmassliche Prozesskosten abschätzen. Ist das bevorstehende Verfahren nicht genau umschrieben, kann dafür kein Recht auf unentgeltliche Rechtspflege erteilt werden.



3. Zum anderen rügt der Beschwerdeführer die Verweigerung des Rechts auf unentgeltliche Rechtsverteidigung während des Verfahrens zum Abschluss eines Unterhaltsvertrages. Die Vorinstanz erwog dazu, dass die KESB hier nur zuständig sei, wenn eine Einigung zwischen den Eltern vorliege (vgl. den vi-Entscheid, E 4b). Angesichts der geltenden Official- und Untersuchungsmaxime sowie des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen seien die Beteiligten nicht unbedingt auf einen Rechtsvertreter angewiesen. Der Fall erscheine nicht als besonders kompliziert. Schliesslich sei der Grundsatz der Waffengleichheit nicht verletzt, da das Kind von einer nicht juristisch ausgebildeten Beiständin und nicht von einer Rechtsanwältin bzw. einem Rechtsanwalt vertreten werde. Der Beschwerdeführer erachtet eine unentgeltliche Rechtsverteidigung aber als notwendig. Auch die Mutter des Kindes sei Teil des Verfahrens und gleichzeitig würde ein Verfahren betreffend Kinderangelegenheiten betreffend seine beiden ersten Kinder laufen, wobei hier auch die Obhut für diese Kinder umstritten sei. Er sei nicht juristisch gebildet und sogar das Zusammenstellen der geforderten Unterlagen über seine finanziellen Verhältnisse sei für ihn nicht einfach gewesen. Weder die Beiständin noch die KESB könnten sich Informationen aus dem Parallelverfahren beschaffen. Deshalb sei die unentgeltliche Rechtsverteidigung für ihn notwendig.

Gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO muss die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes zur Wahrung der Rechte "notwendig" sein. Das vorliegende Verfahren ist mit einem Schlichtungsverfahren zu vergleichen. Es dient zur Vorbereitung einer Unterhaltsvereinbarung und kann nicht mit einer autoritativen Festsetzung von Rechten und Pflichten der Eltern enden. Es ist zwar nicht ein förmliches Schlichtungsverfahren. Es ersetzt aber gemäss Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO das Schlichtungsverfahren. In diesen Verfahren ist eine Rechtsverteidigung höchstens dann angezeigt, wenn die Parteien nicht in der Lage sind, den Prozessstoff zu überblicken, und deshalb Gefahr laufen, einer Vereinbarung zuzustimmen, deren Tragweite sie nicht abschätzen können (vgl. BGer 4A\_238/2010 E. 2.3.2; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., Rz 475, und Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A. 2016, Art. 118 N 11a). Entsprechend erklären die Richtlinien des Kantonsgerichtes St. Gallen zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im



Strafprozess vom Mai 2011 ([www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)) in Ziffer I/4, 6. Abschnitt, 5. Spiegelstrich, dass Schlichtungsverfahren typischerweise als einfach gelten und entsprechend keine unentgeltliche Rechtsverteidigung anzuordnen sei. In diesem Verfahren besteht zwar eine Patchworksituation. Weshalb die Verhältnisse deshalb aus rechtlicher Sicht so kompliziert sein sollten, dass sie eine Rechtsverteidigung auch für das Schlichtungsverfahren notwendig machen sollten, erklärt der Beschwerdeführer nicht. Er verweist zwar auf das Schreiben der KESB Region Gossau vom 11. November 2020. Dieses spricht sich aber nicht darüber aus, inwiefern genau der Fall komplex sei. Für den Fall, dass die Komplexität auf menschlicher Ebene wäre, wäre eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt ohnehin nicht die richtige Fachperson. Weiter gebieten Schwierigkeiten bei der Zusammenstellung der Unterlagen über die eigenen finanziellen Verhältnisse nicht die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin bzw. eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Worin diese Schwierigkeiten genau bestanden haben, erklärt der Beschwerdeführer überdies nicht. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Gegenpartei ebenfalls nicht rechtsanwaltlich vertreten ist, weshalb daraus nichts abzuleiten wäre. Diese Argumente führen zur Abweisung des Antrages auf unentgeltliche Rechtsverteidigung.