

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin MLaw S. Meisel

Beschluss vom 2. Dezember 2021

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,

Verfahrensbeteiligte und Berufungskläger

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

1. **D.** _____,
2. **E.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____,

2 vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Z. _____,

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 27. Juli 2021
(FP200076-L)**

Erwägungen:

1. Die Berufungsbeklagten 1 und 2 stehen vor Vorinstanz in einem Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils vom 31. Oktober 2014. Sie haben drei gemeinsame Kinder, die Berufungskläger 1 bis 3. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen regelte die Vorinstanz das Besuchsrecht des Berufungsbeklagten 1 von Mitte August bis Mitte November 2021 neu und belies es für die Zeit danach bei der bisherigen Regelung (Urk. 2 S. 33). Der Kindesvertreter erhob namens der Berufungskläger mit Eingabe vom 11. August 2021 Berufung und beantragte die Sistierung des Besuchsrecht, eventualiter die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts (Urk. 1). Mit Schreiben vom 13. Oktober 2021, gleichentags zur Post gegeben und beim Obergericht eingegangen am 14. Oktober 2021, zog der Kindesvertreter seine am 11. August 2021 eingereichte Berufung zurück (Urk. 12 S. 2). Das Berufungsverfahren ist demgemäss abzuschreiben (Art. 241 ZPO).

2.1. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidegebühr von Fr. 1'000.–. Die Entschädigung für die Vertretung des Kindes gehört ebenfalls zu den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und ist im Entscheiddispositiv festzusetzen. Die Bemessung der Entschädigung ist bundesrechtlich nicht geregelt. Vielmehr setzen die Kantone die Tarife fest (Art. 96 ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung für die anwaltliche Kindesvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2). Mit Schreiben vom 13. Oktober 2021 reichte der Kindesvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, seine Honorarnote für das Berufungsverfahren ins Recht, und stellte eine Honorarrechnung über Fr. 4'133.10 (14.68 Stunden à Fr. 250.–; 0.10 Stunden à Fr. 200.– zzgl. Barauslagen von Fr. 147.60 und MwSt., Urk. 13). Die Honorarnote des Kindesvertreters wurde den Parteien zur fakultativen Stellungnahme zugestellt (Urk. 14). Der Berufungsbeklagte 1 äusserte sich mit Eingabe vom 1. November 2021 (Urk. 16); die Berufungsbeklagte 2 liess sich nicht vernehmen. Der Berufungsbeklagte 1 macht geltend, ihm sei kein Fall bekannt, bei dem ein Kindesvertreter einen über Fr. 220.– hinausgehenden Stundenansatz erhalten habe und es gebe auch vorliegend kei-

nen sachlich gerechtfertigten Grund, um vom gerichtlichen Stundenansatz von Fr. 220.– abzuweichen (Urk. 16 S. 4 f.). Richtet sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, beträgt sie in der Regel Fr. 150.– bis Fr. 350.– pro Stunde, für unentgeltliche oder amtliche Rechtsvertretungen in der Regel Fr. 220.– pro Stunde (§ 3 AnwGebV). Da der vom Kindesvertreter geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 250.– grundsätzlich noch in diesem Ermessensspielraum liegt, kann dem Berufungsbeklagten 1 in dieser pauschalisierenden Form zwar nicht gefolgt werden. Allerdings führt in Anbetracht des notwendigen Zeitaufwands und der Verantwortung des Kindesvertreters sowie der Schwierigkeit des Falls vorliegend die Berücksichtigung eines Stundenansatzes von Fr. 220.– zu einer angemessenen Entschädigung. Überdies begründet der Kindesvertreter den höheren Stundenansatz damit, dass die Kindseltern über ausreichend finanzielle Mittel zur Tragung der Kosten des Kindesvertreters verfügen würden, weshalb eine Ungleichbehandlung in Bezug auf den anwendbaren Stundensatz mit den Rechtsvertretern der Eltern nicht angemessen erscheine (Urk. 13 S. 3). Angesichts dessen, dass der Berufungsbeklagten 2 – wie nachfolgend zu zeigen sein wird (E. 4.1.-4.4.) – die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist, verfängt dieses Argument nicht. Hinzu kommt, dass der Kindesvertreter eine Aufwandsposition selber gar zu einem Stundenansatz von Fr. 200.– verbucht (vgl. auch Urk. 16 S. 5). Abgesehen davon erscheint – entgegen der Auffassung des Berufungsbeklagten 1 (Urk. 16 S. 5) – der geltend gemachte Zeitaufwand angemessen. Die Barauslagen sind zusätzlich zu entschädigen. Da jedoch nur notwendige, effektive (nicht pauschale) Auslagen entschädigt werden (§ 22 Abs. 1 und § 23 Abs. 2 AnwGebV), können die verlangten Auslagen in der Höhe von 4% des Honorars von Fr. 147.60 nicht vergütet werden. Entsprechend ist die Entschädigung des Kindesvertreters auf total gerundet Fr. 3'500.– (Fr. 3'251.60 [Fr. 220.– x 14.78 Stunden] zzgl. 7.7% MwSt.) festzusetzen.

2.2. Die Prozesskosten wären grundsätzlich ausgangsgemäss den Berufungsklägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei den Berufungsklägern handelt es sich jedoch um Kinder, von denen von den Berufungsbeklagten nicht behauptet wird, dass sie über Vermögen verfügen. Der Kindesvertreter beantragt, dass die Kosten den Eltern bzw. dem Berufungsbeklagten 1 und der Berufungsbeklagten 2

je zur Hälfte auferlegt werden (Urk. 12 S. 3). Demgegenüber verlangt der Berufungsbeklagte 1, dass die Kosten vollumfänglich der Berufungsbeklagten 2 auferlegt werden. Zur Begründung führt er im Wesentlichen an, da die Kinder nach wie vor unter der alleinigen Obhut der Berufungsbeklagten 2 stünden und deren Anträge in der unter Geschäfts-Nr. LY210037 geführten Berufung zu denjenigen des Kindsvertreters nahezu identisch seien, liege es auf der Hand, dass die Berufung der drei Kinder massgeblich dem Willen der Kindsmutter entsprungen sei (Urk. 16 S. 3 f.). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Wie dem Schreiben des Kindesvertreters vom 13. Oktober 2021 entnommen werden kann, hätten die Kinder bzw. insbesondere A._____ geäussert, von dem vorinstanzlich angeordneten Besuchsrecht ins kalte Wasser geworfen worden zu sein und dass sie insbesondere die angeordneten unbegleiteten Besuche weniger beängstigend gefunden hätten, wenn eine Begleitperson dabei gewesen wäre. Sodann wird ausgeführt, dass sie die angeordneten Besuche individuell angepasst hätten; so sei etwa C._____ erst beim dritten Besuch mitgekommen und würden die Kinder auch in Zukunft noch nicht beim Beklagten 1 übernachten wollen. Der Vater mache ihnen aber keinen Druck und im Allgemeinen seien die Besuche beim Vater nicht so schlimm und angsteinflössend wie erwartet (Urk. 13 S. 1 f.). Diese Ausführungen wurden vom Berufungsbeklagten 1 nicht bestritten und lassen durchaus darauf schliessen, dass die Anpassung des vorinstanzlich angeordneten Besuchsrechts und demnach das Erheben der Berufung ein eigens geäussertes Wunsch der Kinder war. Für ein angemessenes Besuchsrecht zu sorgen, liegt sodann in der Verantwortung beider Elternteile, weshalb es sich rechtfertigt, in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO die Kosten den Berufungsbeklagten je zur Hälfte aufzuerlegen. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen.

3.1. Die Berufungsbeklagte 2 ersucht für das Rechtsmittelverfahren mit Eingabe vom 1. Oktober 2021 um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwalt Z._____ (vgl. Urk. 9 S. 2).

3.2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbe-

gehen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, sind ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchsstellung zu berücksichtigen (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Ist es der gesuchstellenden Partei nicht möglich, die anfallenden Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert Jahresfrist, bei aufwändigeren innert zwei Jahren zu tilgen, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege nach ständiger Bundesgerichtspraxis zu bewilligen (vgl. statt vieler BGE 141 III 369 E. 4.1).

3.3. Die Berufungsbeklagte 2 führt zur Begründung des Gesuchs im Wesentlichen aus, per Ende Mai 2021 habe das befristete Arbeitsverhältnis bei der F._____ AG (60%-Pensum) geendet. Seither sei sie grundsätzlich arbeitslos, habe jedoch seit Juni 2021 vereinzelt Einsätze als freie Mitarbeiterin für die F._____ AG wahrnehmen können. Von der Arbeitslosenkasse erhalte sie daneben eine Arbeitslosenentschädigung von Fr. 2'223.50. Diesem Einkommen stehe ein Bedarf von Fr. 4'249.65 gegenüber (Fr. 1'687.50 um 25% erhöhter Grundbetrag, Fr. 647.20 Wohnkosten und Parkplatz, Fr. 311.85 Krankenkasse, Fr. 103.90 Gesundheitskosten, Fr. 30.– Haftpflicht- und Mobiliarversicherung, Fr. 150.– Kommunikation, Fr. 27.90 Serafe, Fr. 600.– Mobilität, Fr. 200.– Steuern, Fr. 491.30 Schulden [Urk. 9 S. 4]). Sodann verfüge sie über keine Vermögenswerte, weshalb sie nicht in der Lage sei, die Prozesskosten zu bezahlen. Zur Wahrung ihrer Interessen sei sie ferner auf anwaltliche Unterstützung angewiesen, zumal ihre Inte-

ressen in schwerwiegender Weise betroffen seien und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten aufweise. Ferner seien auch die Berufungskläger sowie der Berufungsbeklagte 1 anwaltlich vertreten (Urk. 9 S. 7).

3.4. Die Ausführungen zu den Einkommensverhältnissen der Berufungsbeklagten 2 sind durch die Lohnabrechnungen Juli und September 2021 (Urk. 11/5 und 11/11), die Taggeldabrechnung des RAV vom Juli 2021 (Urk. 11/7) sowie die Arbeitgeberbescheinigungen über Zwischenverdienste der Monate August und September 2021 (Urk. 11/8-10) belegt. In den Monaten Juni bis September 2021 hat die Berufungsbeklagte mit den Einzeleinsätzen durchschnittlich netto Fr. 1'030.– verdient, womit zusammen mit der Arbeitslosenentschädigung von einem Nettoeinkommen von Fr. 3'253.– auszugehen ist. Auch die Vermögenslosigkeit ist anhand der Steuererklärungen 2019 und 2020 (Vermögen Fr. 0.–; Urk. 11/1 und 11/2) sowie dem Postfinance Privatkonto, welches per 28. September 2021 ein Minussaldo von Fr. 954.23 aufführt (Urk. 11/22), ausgewiesen. Mit Blick auf den prozessualen Notbedarf und insbesondere die Betreuung von drei minderjährigen Kindern ist der von der Berufungsbeklagten 2 vorgenommene Zuschlag von 25% auf den Grundbetrag nicht zu beanstanden (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 56), indes sind die Kommunikationskosten gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 1. Juli 2009 bereits im Grundbetrag enthalten und nicht zusätzlich zu berücksichtigen. Sie sind im Übrigen auch nicht belegt. Sodann können die geltend gemachten Fr. 600.– Mobilitätskosten im Bedarf der Berufungsklagten nicht berücksichtigt werden, da sie aktuell keiner (bzw. zeitlich einer nur sehr beschränkten) Erwerbstätigkeit nachgeht und nicht näher ausführt, inwiefern sie hierfür auf ein Fahrzeug angewiesen ist. Demnach sind lediglich Fr. 80.– für ÖV-Kosten anzurechnen. Ferner werden nur effektiv bestehende und tatsächlich bezahlte Schuldverpflichtungen berücksichtigt (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, N 134). Die Berufungsbeklagte 2 reicht zwar diverse Ratenzahlungsvereinbarungen ein (vgl. Urk. 11/18-21), doch ist damit noch nicht belegt, dass sie diese auch effektiv einhält. So lässt sich etwa dem Schreiben der Stadt Winterthur vom 29. August 2020 entnehmen, dass sich die

Berufungsbeklagte mit der Zahlung in Verzug befand (Urk. 11/19). Damit besteht kein Raum, die Schuldentilgung im prozessualen Notbedarf der Berufungsbeklagten 2 zu berücksichtigen. Die übrigen Bedarfspositionen sind belegt (Urk. 11/12-16) oder gerichtsüblich. Insgesamt ist demnach von einem Bedarf der Berufungsbeklagten 2 von Fr. 3'088.35 auszugehen, womit ihr ein Überschuss von Fr. 164.65 bleibt. Folglich ist es ihr nicht möglich, die Prozesskosten, zu welchen auch die Kosten der Kindsvertretung gehören, innert Jahresfrist zu tilgen. Ihre Mittellosigkeit ist ausgewiesen und ihr (mutmasslicher) Prozesstandpunkt nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Mit der Regelung des persönlichen Verkehrs waren sodann gewichtige Interessen der Berufungskläger und damit indirekt auch der Berufungsbeklagten 2 als deren Mutter betroffen. Sie ist rechtsunkundig und die Gegenpartei war anwaltlich vertreten. Deshalb ist ihr im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt Z._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Der Berufungsbeklagten 2 wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Z._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Das Verfahren wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 1'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 3'500.00 Kosten der Kindesvertretung
CHF 4'500.00 Kosten total.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungsbeklagten 1 und der Berufungsbeklagten 2 je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Berufungsbeklagten 2 wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage des Doppels von Urk. 16, an die Berufungsbeklagte 2 unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 3, Urk. 4/2-3 und Urk. 16 sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Zürich, 2. Dezember 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Meisel

versandt am:
Im