

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130049-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 22. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X. _____

gegen

Bezirksgericht Hinwil,

Beschwerdegegnerin

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht
Hinwil vom 19. September 2013 in Sachen A. _____ gegen B. _____ betref-
fend Ehescheidung (FE090119-E)**

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) steht seit dem 25. Juni 2009 in einem Scheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Hinwil (fortan Vorinstanz). Zu Beginn wurde sie von Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X._____ vertreten, welcher ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung gestellt hatte (VI-Urk. 12; VI-Urk. 14). Am 25. August 2010 setzte die Gesuchstellerin die Vorinstanz über die Beendigung dieses Mandats in Kenntnis (VI-Prot. S. 10; auch VI-Urk. 51). Mit Schreiben vom 17. Januar 2011 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ die Übernahme der Vertretung der Gesuchstellerin per 14. Januar 2011 an. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung (VI-Urk. 62). Vorerst unterliess es die Vorinstanz, über die Gesuche der Rechtsanwälte X._____ und Y._____ einen formellen Entscheid zu treffen.

2. Am 13. August 2013 gelangte X._____ mit der Erklärung an die Vorinstanz, die Gesuchstellerin werde wieder von ihm vertreten. Zugleich ersuchte er erneut um Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Gesuchstellerin. Zur Begründung führte er aus, er spreche ihre Muttersprache Portugiesisch und er kenne sich mit dem brasilianischen Unterhaltsrecht aus, welches infolge Wohnsitzverlegung der Gesuchstellerin von der Schweiz nach Brasilien im hiesigen Scheidungsverfahren zur Anwendung gelange (VI-Urk. 109; VI-Urk. 112 S. 1). Nach Kenntnisnahme des Gesuchs von X._____ teilte Y._____ als bisheriger Vertreter der Gesuchstellerin mit, er habe keine Kenntnis von einer Beendigung seines Mandats (VI-Urk. 118).

3. Am 19. September 2013 verfügte die Vorinstanz wie folgt (VI-Urk. 123 = Urk. 2):

- "1. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Der Gesuchstellerin wird
 - mit Wirkung vom 25. Juni 2009 bis 25. August 2010 Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt,

- mit Wirkung ab 14. Januar 2010 [recte 2011] Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt."

Damit wies die Vorinstanz implizit auch das Gesuch von X. _____ um neuerliche Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Gesuchstellerin ab.

4. Gegen diese Verfügung erhob die Gesuchstellerin am 27. September 2013 fristgerecht Beschwerde und stellte folgende Beschwerdeanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 2 der Verfügung vom 19. September 2013 zu ergänzen und der Beklagten/Beschwerdeführerin ab 13.08.2013 die (erneute) unentgeltliche Rechtsverteiständung zu gewähren sowie der unterzeichnete Rechtsanwalt X. _____ ab 13.08.2013 (erneut) als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Beklagten/Beschwerdeführerin einzusetzen;
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte/Beschwerdeführerin spätestens seit 14. August 2013 nicht mehr von Rechtsanwalt Y. _____ gültig vertreten wird und er entsprechend aus dem Verfahren zu entlassen ist.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen; eventualiter unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteiständung."

II.

1. Am 1. Januar 2011 trat die eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft. Während das davor eingeleitete vorinstanzliche Scheidungsverfahren bis zu dessen Abschluss nach dem bisherigen zürcherischen Verfahrensrecht weiterzuführen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO), richtet sich die Zulässigkeit und das Verfahren der vorliegenden Beschwerde nach den Bestimmungen der eidgenössischen ZPO (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Gegen den Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen wird, steht von Gesetzes wegen die Beschwerde zur Verfügung (Art. 121 ZPO in Verbindung mit Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Auch die Ablehnung der Person des Vertreters bzw. der nicht bewilligte Anwaltswechsel gilt nach der überwiegenden Lehrmeinung als Entscheid im Sinn von Art. 121 ZPO (BSK ZPO-Rüegg, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 121 N 1; BK ZPO-Bühler, Art. 121 N 4e; CPC-Tappy, Art. 121 N 2). Eine abweichende Literaturmeinung (Huber-DIKE-Komm-ZPO, Art. 121 N 4)

ist nicht überzeugend, weil die Bezeichnung des gewünschten Rechtsvertreters Teil des Armenrechtsgesuchs ist (Art. 119 Abs. 2 Satz 2 ZPO) und eine Nichternennung bzw. ein verweigerter Anwaltswechsel als teilweise Ablehnung des Gesuchs zu verstehen ist. Daher ist auch die Ernennung eines anderen als des gewünschten unentgeltlichen Rechtsvertreters als Entscheid im Sinn von Art. 121 ZPO zu verstehen, gegen den von Gesetzes wegen eine Beschwerde zur Verfügung steht.

3. Nach der Rechtsprechung besteht im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege kein verfassungsmässiger Anspruch auf freie Anwaltswahl. Ein einmal bestellter unentgeltlicher Rechtsvertreter hat das Mandat grundsätzlich bis zum Abschluss des Prozesses zu führen. Ein Wechsel ist lediglich dann zu bewilligen, wenn dargetan ist, dass aus objektiven Gründen eine sachgerechte Rechtsvertretung einer Partei nicht mehr gewährleistet ist (vgl. BGE 116 Ia 102 E. 4b, 114 Ia 101 E. 3, je mit Hinweisen; BGer 5A_234/2009 E. 1.2.1 in fine). Auch in der Literatur wird einhellig die Meinung vertreten, dass ein Anwaltswechsel nur mit grosser Zurückhaltung zu bewilligen ist (BSK ZPO-Rüegg, a.a.O., Art. 119 N 15 mit Hinweisen).

a. Soweit die Gesuchstellerin geltend macht, im vorliegenden Fall sei gar kein "Anwaltswechsel" zu beurteilen (Urk. 1 S. 4 Rz. 5), erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet. Mit der angefochtenen Verfügung wird Y._____ mit Wirkung ab 14. Januar 2011 als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Diese Anordnung wird nicht angefochten und hat damit Bestand. Wenn aber Y._____ seit 14. Januar 2011 Vertreter der Gesuchstellerin ist, verlangt die Gesuchstellerin mit der Ernennung von X._____ einen "Anwaltswechsel". Der Umstand, dass die Gesuchstellerin das Mandat mit Y._____ angeblich am 20. Juli 2012 gekündigt haben soll (so Urk. 1 S. 3 Rz. 3 mit Hinweis auf VI-Urk. 112), ändert daran nichts, weil ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat steht, über welches die vertretene Partei nicht nach eigenem Gutdünken bestimmen kann (BGE 122 I 1 E. 3a mit Hinweisen).

b. Als objektiven Grund für einen Anwaltswechsel macht die portugiesisch sprechende Gesuchstellerin in erster Linie Verständigungsschwierigkeiten zwi-

schen ihr und Y._____ geltend (Urk. 1 S. 5 f. Rz. 4). Auch diese Argumentation ist verfehlt. Zu Beginn des Scheidungsverfahrens wurde die Gesuchstellerin vom portugiesisch sprechenden X._____ vertreten. Dennoch entschied sich diese, X._____ das Vertrauen zu entziehen (VI-Prot. S. 10; auch VI-Urk. 51) und sich fortan von Y._____ vertreten zu lassen, dessen Sprachkenntnisse ihr von Anfang an bekannt waren. Im Übrigen ist auch nicht dargetan, dass es während der bisherigen Vertretung durch Y._____ zu Verständigungsschwierigkeiten kam. Offensichtlich verfehlt ist der Hinweis, Y._____ habe nicht einmal die am 20. Juli 2012 erfolgte Kündigung des Mandats verstanden (Urk. 1 S. 6 Rz. 4c), weil Y._____ keine Kenntnis von einer angeblichen "Kündigung" hatte (Urk. 118) und eine solche auch nicht aktenkundig ist. Im Übrigen sprechen auch verschiedene Umstände dafür, dass die Gesuchstellerin in der Lage ist, mit Y._____ in deutscher Sprache zu kommunizieren. Erstens lebte die Gesuchstellerin mehrere Jahre mit ihrem Schweizer Ehemann in der Deutschschweiz. Zweitens lässt sich den Akten entnehmen, dass die Gesuchstellerin ohne Weiteres selbstständig mit der Vorinstanz in deutscher Sprache telefonisch kommunizieren konnte; insbesondere war es ihr auch möglich, unterschiedliche Sachverhalte zu ihrer Rechtsvertretung oder ihrem Aufenthaltsstatus zu erklären (VI-Prot. S. 10). Drittens spricht die Gesuchstellerin auch nach der Übersiedlung nach Brasilien mit ihren - zum grossen Teil in der Schweiz aufgewachsenen - Kindern zumindest teilweise Deutsch, weil diese nur ungenügende portugiesische Sprachkenntnisse haben (VI-Urk. 102 S. 2). Und viertens kommuniziert der Sohn C._____ mit seinem Vater in deutscher Sprache (VI-Urk. 106), weshalb auch dieser der Gesuchstellerin bei der Kommunikation mit Y._____ behilflich sein könnte. Insgesamt sind keine sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten erkennbar, welche aus objektiven Gründen einen Anwaltswechsel rechtfertigen würden. Im Gegenteil verhält sich die Gesuchstellerin widersprüchlich - wenn nicht gar rechtsmissbräuchlich -, wenn sie ihrem ursprünglich portugiesisch sprechenden Anwalt zunächst das Vertrauen entzieht und sich in Kenntnis der sprachlichen Fähigkeiten für einen neuen Rechtsvertreter entscheidet, den sie dann später unter Hinweis auf Verständigungsschwierigkeiten durch den ursprünglichen Anwalt ersetzen will, obwohl solche Schwierigkeiten überhaupt nicht ersichtlich sind.

c. Völlig verfehlt ist der Hinweis der Gesuchstellerin, Y._____ könne sie in Brasilien auch nicht mehr telefonisch erreichen (Urk. 1 S. 6 Rz. 4 f. mit Hinweis auf VI-Urk. 118). Wenn die Gesuchstellerin beschliesst, nach Brasilien auszureisen, ist es ihre Sache, ihrem in der Schweiz ernannten unentgeltlichen Rechtsvertreter ihre Koordinaten bekannt zu geben.

d. Nicht überzeugend ist auch der Hinweis, ein Anwaltswechsel sei angezeigt, weil X._____ vertiefte Kenntnisse über das neu anwendbare brasilianische Unterhaltsrecht habe und daher zur Vertretung prädestiniert sei (Urk. 1 S. 7 Rz. 5). Abgesehen davon, dass im vorliegenden Verfahren eine Aussage über das anwendbare Recht im Scheidungsprozess nicht angebracht ist, müsste ein patentierter Rechtsanwalt in einem Verfahren vor Schweizer Behörden in der Lage sein, sich zum jeweils anwendbaren Recht zu äussern. Weshalb Y._____ diese Fähigkeit abgehen soll, wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich.

e. Schliesslich geht auch der Hinweis auf mögliche Synergien aus Rechtsöffnungs- und Strafverfahren für das Scheidungsverfahren an der Sache vorbei. Einerseits müsste sich X._____ in die Materie des langjährigen Scheidungsverfahrens einarbeiten, was mit Zeitaufwand und Mehrkosten verbunden ist. Andererseits ist auch nicht klar, weshalb zwischen dem vorliegenden Scheidungsprozess und allfälligen Parallelverfahren Synergien zu verzeichnen sein sollen.

4. Aus diesen Gründen kommt ein Anwaltswechsel nicht in Frage. Die Beschwerde ist abzuweisen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entschädigungen sind nicht zuzusprechen.

2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist abzuweisen. Der Standpunkt der Beschwerdeführerin ist zum grossen Teil widersprüchlich und damit an der Grenze der Rechtsmiss-

bräuchlichkeit (vgl. insbes. E. III/3b), weshalb ihr Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen ist (Art. 117 lit. b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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.

Zürich, 22. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
dz