

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ130031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Beschluss und Urteil vom 8. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

betreffend **Sistierung des Besuchsrechts / Kosten / unentgeltliche Rechts-
pflege**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 6. August
2013 i.S. C. _____, geb. tt.mm.1998; VO.2013.15 (Kindes- und Erwachsenen-
schutzbehörde Bezirk Hinwil)**

Erwägungen:

I.

1.

Am 11. Juli 2013 traf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil (fortan: KESB Hinwil) den folgenden Entscheid (act. 9/2 S. 3):

1. Das Besuchsrecht der Kindsmutter A._____ für C._____ wird mit sofortiger Wirkung für die Dauer des Verfahrens sistiert.
2. Die Sistierung wird umgehend aufgehoben, falls die Kindsmutter der KESB Hinwil die Identitätskarte von C._____ einreicht.
3. Der Kindsmutter wird untersagt, mit C._____ ins Ausland zu reisen.
4. Die Kindsmutter wird unter Androhung von Art. 292 StGB zur Herausgabe der Identitätskarte von C._____ an die KESB Hinwil verpflichtet.
5. Dieser Entscheid wird für vollstreckbar erklärt.
6. Den Kindseltern und der mit heutigem Datum eingesetzten Kindesvertreterin wird Frist zur Stellungnahme bis 24. Juli 2013 angesetzt.
7. Die Gebühren für diesen Entscheid betragen Fr. 200.--. Über die Auflage der Verfahrenskosten ist beim Neuentscheid nach Art. 445 Abs. 2 ZGB zu befinden.
8. (Mitteilung)

2.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin beim Bezirksrat Hinwil mit Eingabe vom 12. Juli 2013 (act. 9/1) Beschwerde. Sie beantragte damit, den angefochtenen Entscheid ersatzlos aufzuheben (act. 9/1 S. 2).

Mit Entscheid vom 12. Juli 2013 nahm die KESB Hinwil von der Deponierung von C._____s ID bei der Kantonspolizei Zürich (Kreis ...) Kenntnis, und hob die Sistierung des Besuchsrechts der Beschwerdeführerin auf (act. 9/6 S. 2).

Mit Schreiben vom 16. Juli 2013 (act. 9/5) äusserte sich die Beschwerdeführerin zur Frage, wie das Beschwerdeverfahren beim Bezirksrat Hinwil angesichts des vorgenannten Aufhebungsentscheids der KESB Hinwil (act. 9/6) zu erledigen sei. Dabei stellte sie den Antrag, es sei für den Fall der Gegenstandslosigkeit der Beschwerde diese samt den übrigen Akten der Direktion der Justiz und des Innern im Sinne einer aufsichtsrechtlichen Beschwerde zur Beurteilung weiterzuleiten (act. 9/5 S. 3).

Die KESB Hinwil liess sich zur Beschwerde der Beschwerdeführerin mit Zuschrift an den Bezirksrat Hinwil vom 17. Juli 2013 (act. 9/8) vernehmen. B. _____, der Beschwerdegegner, sandte dem Bezirksrat Hinwil am 18. Juli 2013 unaufgefordert eine schriftliche Stellungnahme (act. 9/10).

Am 6. August 2013 beschloss der Bezirksrat Hinwil, die Beschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben und wies den Antrag auf Überweisung der Beschwerde als Aufsichtsbeschwerde an die Aufsichtsinstanz der KESB Hinwil ab. Sodann auferlegte er die Entscheidgebühr von Fr. 300.-- der Beschwerdeführerin und wies das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ab (act. 8 S. 6).

3.

Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegend zu beurteilende Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. September 2013 (act. 2). Sie stellt folgende Anträge (act. 2 S. 2):

In Aufhebung von Ziff. III und IV des angefochtenen Beschlusses

- seien die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen; evtl. der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, unter Berücksichtigung der ihr zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen;
- sei das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren vor Bezirksrat gutzuheissen, wobei die diesfalls dem Unterzeichnenden zustehende Entschädigung von der II. Zivilkammer festzusetzen sei; unter Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates Zürich;

- sei die Sache eventualiter zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Gleichzeitig stellte sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren vor der II. Zivilkammer (act. 2 S. 3).

Da der Beschwerdegegner von den Beschwerdeanträgen nicht betroffen ist, ist von der Einholung einer Beschwerdeantwort abzusehen.

II.

1.

Die Beschwerdeführerin bezeichnet die KESB Hinwil in ihrer Beschwerdeschrift als Beschwerdegegnerin (act. 2 S. 1 und S. 3 f. Ziff. I/3). Dies ist unzutreffend. Die KESB Hinwil ist sowohl im erst- wie im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht Partei, sondern Vorinstanz (vgl. Art. 450 Abs. 1 ZGB, § 63 Abs. 1, § 64 und § 68 Abs. 1 EG KESR).

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass über die Beschwerde, welche sie persönlich gegen den Entscheid der KESB Hinwil vom 11. Juli 2013 erhoben habe, vom Bezirksrat Hinwil noch nicht befunden worden sei, und dass ihr Rechtsvertreter Rechtsanwalt lic.iur. X. _____ in jenes Verfahren nicht einbezogen worden sei (act 2 S. 4 f.).

Diese Rüge zielt ins Leere. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist nur der Beschluss des Bezirksamtes Hinwil vom 6. August 2013 betreffend die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Entscheid der KESB Hinwil vom 11. Juli 2013 betreffend Sistierung des Besuchsrechts (act. 8; act. 2 S. 2: "... erhebe ich namens und auftrags der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss des Bezirksamtes Hinwil vom 6. August 2013 Beschwerde ..."). Entgegen der Behauptung in der vorliegenden Beschwerdeschrift (act. 2 S. 4 Ziff. 4) bezog sich die dort

erwähnte persönliche Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. Juli 2013 (act. 9/9/243) auf den Entscheid der KESB Hinwil vom 10. Juli 2013 (act. 9/9/227/1), welcher die Herausgabe / Sicherstellung der Identitätskarte von C._____ bei der Beschwerdeführerin betraf. Es ist somit auf diese Ausführungen unter Ziffer I/4 der Beschwerdeschrift (act. 2 S. 4 f.) nicht näher einzugehen.

3.

Die KESB Hinwil hat den fraglichen Entscheid betreffend Sistierung des Besuchsrechts vom 11. Juli 2013 (act. 9/2) bereits am folgenden Tag, d.h. am 12. Juli 2013, wieder aufgehoben (act. 9/9/244). Gestützt auf diesen Sachverhalt schrieb der Bezirksrat Hinwil das Beschwerdeverfahren mit dem angefochtenen Beschluss wegen Gegenstandslosigkeit ab (act. 8 S. 3 Ziff. 1 und S. 6 Ziff. I.).

Unter diesen Umständen erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, es seien im vorinstanzlichen Verfahren die Kinderrechte verletzt worden, weil die Vertreterin von C._____ nicht ins Verfahren einbezogen worden sei, als haltlos (act. 2 S. 5 Ziff. 5). Es besteht kein Anlass, das Verfahren deswegen an die Vorinstanz zurückzuweisen, wie die Beschwerdeführerin meint (act. 2 S. 5 Ziff. 5).

4.

Die Vorinstanz auferlegte "ausgangsgemäss" die Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 300.-- der Beschwerdeführerin (act. 8 S. 6). Diese beantragt, es sei diese Ziffer aufzuheben und die Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen (act. 2 S. 2).

Die Beschwerdeführerin begründet diesen Antrag in keiner Weise. Sie kommt damit ihrer Begründungspflicht gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO nicht nach, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten ist. Anzuführen ist, dass über die Verteilung der Prozesskosten (bzw. die Kostenauflage) auch dann zu entscheiden ist, wenn eine Partei ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat, sofern diese gemäss den Verteilungsgrundsätzen von Art. 106 ZPO oder Art. 107 ZPO Kosten zu tragen hat. Werden einer Partei, welcher die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, die Kosten auferlegt, so führt

dies nicht dazu, dass gar keine Gerichtskosten (Entscheidgebüher) festgesetzt werden, sondern die kostenpflichtige Partei wird in diesem Fall – im Hinblick auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO nur einstweilen - von der *Bezahlung* der Gerichtskosten befreit (Art. 118 Abs.1 lit. b ZPO).

III.

1.

Wie oben erwähnt (Ziffer I/2) wies der Bezirksrat Hinwil im angefochtenen Entscheid das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ab (act. 8 S. 6 IV). Er begründete dies damit, dass die Beschwerde von Anfang an aussichtslos gewesen sei (act. 8 S. 3 ff. Ziff. 2).

Die KESB Hinwil begründete ihren Entscheid, das Besuchsrecht der Beschwerdeführerin für C._____ für die Dauer des Verfahrens betreffend die Reisepapiere zu sistieren, im Wesentlichen damit, dass ein Risiko bestehe, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Tochter ins Ausland wegziehe. Dieses Entführungsrisiko soll mit der Sicherung der Reisedokumente bzw. der Identitätskarte verhindert werden. Konkret betreffe dies C._____s Identitätskarte, in deren Besitz die Beschwerdeführerin auf ungeklärte Weise gelangt sei und deren Herausgabe sie verweigert habe. Durch den Besitz dieser ID sei eine völlig neue Situation entstanden und die Gefahr des dauernden Verbringens der Tochter ins Ausland konkret geworden. Dieser Gefahr könne nur mit einer Sistierung des Wochenend- wie auch des Ferienbesuchsrechts begegnet werden. Bei einer Interessenabwägung gelte es festzuhalten, dass ein nicht ausgeübtes Besuchsrecht weniger schwer wiege als der mit dem Verbringen des Kindes ins Ausland entstehende Nachteil (act. 9/2 S. 2).

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin begründete ihre Beschwerde, mit welcher sie diese vorübergehende Aufhebung des Besuchsrechts beim Bezirksrat anfocht, im Wesentlichen damit, dass es zutrefte, dass sie mit der noch minderjährigen Tochter C._____ nach Brasilien auswandern möchte, da sowohl ihr Vater wie auch weitere Verwandte dort lebten. Andere Länder seien in diesem Zusammenhang weder von ihr noch von den Behörden je genannt worden und stünden somit bezüglich eines Gefährdungspotenzials nicht zur Diskussion. In den Sommerferien habe sie zwar ins Ausland fahren wollen, jedoch nur – entsprechend dem Wunsch von C._____ – für Ferien ans Meer, wobei diese Auslandferien auch mit dem Beschwerdegegner abgesprochen gewesen seien. Es hätte daher höchstens die Gefahr des Wegzugs bzw. der Entführung von C._____ nach Brasilien bestanden. Da für die Ab- wie auch die Einreise nach Brasilien ein Reisepass nötig gewesen wäre, bedeutete der Besitz der ID von C._____ bzw. die verweigerter Herausgabe an die KESB kein besonderes Entführungsrisiko. Daher sei es unverhältnismässig, das gesamte Besuchsrecht zu sistieren, nur weil sie die Herausgabe der Identitätskarte verweigert habe (act. 9/1 S. 6 ff.).

Angesichts dieser Vorbringen kann nicht gesagt werden, die Beschwerde der Beschwerdeführerin an den Bezirksrat Hinwil wäre aussichtslos gewesen. Denn der Entscheid der KESB Hinwil hatte den Zweck, einen Wegzug der Beschwerdeführerin mit der Tochter ins Ausland, d.h. eine Auswanderung, und nicht einen Ferienaufenthalt ausserhalb der Schweiz zu verhindern. Dabei kann der Besitz einer Identitätskarte für die Tochter keine entscheidende Rolle spielen, da für eine Reise in das konkret genannte Auswanderungsland Brasilien eine Identitätskarte untauglich gewesen wäre. Für ein Verbringen der Tochter zwecks Wohnsitznahme in ein Land, in welches zur Einreise eine Identitätskarte genügt, gab es keine konkreten Anhaltspunkte. Kommt hinzu, dass der Besitz einer Identitätskarte für die Einreise in die meisten solcher Länder der Europäischen Union und andere Schengen-Staaten faktisch nicht notwendig ist, da keine Grenzkontrollen stattfinden. Unter diesen Umständen wäre also von der Vorinstanz genau zu prüfen gewesen, ob die vollständige Aufhebung des Besuchsrechts eine taugliche und da-

mit eine verhältnismässige Massnahme gewesen wäre, um der Gefahr, dass die Beschwerdeführerin ihren Wohnsitz zusammen mit ihrer Tochter ins Ausland, insbesondere nach Brasilien, verlegt, zu begegnen.

Nach dem Gesagten verweigerte die Vorinstanz zu Unrecht der Beschwerdeführerin die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands - und damit implizite die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 118 Abs. 1 ZPO) - , weil die Beschwerde zum Vorneherein aussichtslos gewesen sei. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und Ziff. IV des angefochtenen Entscheids ist aufzuheben.

2.2 Gemäss Art. 327 Abs. 3 lit. c ZPO kann die Kammer als Rechtsmittelinstanz neu entscheiden, wenn sie die Beschwerde gutheisst und die Sache spruchreif ist.

Dabei ist noch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mittellos ist, was die weitere Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist (Art. 117 lit. b ZPO).

Die Beschwerdeführerin begründete die Mittellosigkeit mit dem Hinweis darauf, dass ihr Gesamteinkommen ca. Fr. 2'400.-- pro Monat betrage (act. 2 S. 11 f. Ziff. 6, act. 9/9/188/2 S. 5). Damit dürfte ihr Existenzminimum höchstens knapp gedeckt sein. Hinsichtlich des Vermögens ist zu berücksichtigen, dass gemäss ihren Ausführungen ihr von der II. Strafkammer des Obergerichts wegen Überhaft eine Genugtuung von Fr. 20'900.-- ausbezahlt worden ist (act. 2 S. 12 Ziff. 6). Zwar sind solche Genugtuungleistungen keine unpfändbaren Werte im Sinne von Art. 92 SchKG, welche bei der Prüfung der verfügbaren Mittel nach der Praxis nicht zu berücksichtigen sind (Gasser/Rickli, Kurzkomentar ZPO, N. 5 zu Art. 117 ZPO). Dennoch sind diese Vermögenswerte im Sinne der Praxis, wonach Vermögenswerte in einem begrenzten Umfang einer Gesuchstellerin als Notreserve ("Notgroschen") zu belassen bzw. bei der Bemessung des massgeblichen Vermögens nicht zu berücksichtigen sind (ZK ZPO, Emmel, N. 7 zu Art. 117; Dike-Komentar ZPO, Lukas Huber, N. 37 zu Art. 117), hier der Beschwerdefüh-

lerin nicht anzurechnen. Es ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist.

2.3 Sind somit die Voraussetzungen von Art. 117 ZPO gegeben, so ist der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat Hinwil die unentgeltliche Rechtspflege (inklusive Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als Rechtsbeistand) zu gewähren. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist durch den Bezirksrat Hinwil festzusetzen.

Demzufolge ist die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.-- einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen unter dem Vorbehalt der Nachzahlung gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO.

IV.

1.

Bei diesem Ausgang des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens sind für dieses keine Gerichtskosten zu erheben und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

2.

Auf Grund der obigen Erwägungen unter Ziffer III/2.2 bzw. des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens ergibt sich ohne weiteres, dass die Voraussetzungen für die von der Beschwerdeführerin auch für das vorliegende Rechtsmittelverfahren angebehrte Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 3) gegeben sind.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Beschwerdeantrag betreffend Aufhebung von Dispositivziffer III des angefochtenen Entscheids wird nicht eingetreten.
2. Der Beschwerdeführerin wird für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (inklusive Bestellung von Rechtsanwalt lic.iur. X. _____ als Rechtsbeistand) gewährt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat Hinwil die unentgeltliche Rechtspflege (inklusive Bestellung von Rechtsanwalt lic.iur. X. _____) gewährt.

Der unentgeltliche Rechtsbeistand ist für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren durch den Bezirksrat Hinwil zu entschädigen.
2. Die Entscheidungsbüher von Fr. 300.-- gemäss Ziffer III des angefochtenen Entscheids wird einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlung nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des

Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Hinwil, je gegen Empfangsschein.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim 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. Bohli Roth

versandt am: