

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ160102-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichterin
Prof. Dr. I. Jent-Sørensen und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga so-
wie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Beschluss und Urteil vom 10. Januar 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

betreffend **Regelung persönlicher Verkehr / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Winterthur vom
25. November 2016 i.S. B. _____, geb. tt.mm.2016; VO.2016.76 (Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)**

Erwägungen:

I.

1. B._____, geb. tt.mm.2016, ist die Tochter von A.____ und von C.____. Im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 445 Abs. 1 ZGB wurde von der KESB Winterthur ein Besuchsrecht von rund vier Stunden wöchentlich angeordnet. Dagegen beschwerte sich der Vater bei der Vorinstanz und verlangte eine Ausdehnung des Besuchsrechts: Sechs Stunden während der Woche, zu anderen Zeiten als angeordnet, sowie ein Wochenendbesuchsrecht von fünf Stunden, was von der Mutter sowie der anordnenden KESB abgelehnt wurde. Die Beschwerde des Vaters wurde von der Vorinstanz mit Urteil vom 25. November 2016 abgewiesen (act. 4/2 = act. 7/13 je S. 12, Dispositiv-Ziff. I des Urteils). Die Mutter hatte für das vorinstanzliche Verfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangt. Dieses Gesuch wurde von der Vorinstanz – zusammen mit dem Endentscheid – hinsichtlich der unentgeltlichen Prozessführung gutgeheissen, jedoch hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung abgewiesen (act. 4/2 = act. 7/13 je S. 12). Nur dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Beschwerde der Mutter (nachfolgend: Beschwerdeführerin) vom 12. Dezember 2016, mit den Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Die Ziff. 2 des Beschlusses des Bezirksrates Winterthur vom 3. November 2015 sei aufzuheben.
2. Der Gesuchstellerin sei eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person der Unterzeichnenden für das Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat Winterthur (VO.2016.76/3.02.00) zu bestellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten des Staates".

2. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2016 liess die Beschwerdeführerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren stellen (act. 9). Das Gesuch erfolgte zeitnah zur Beschwerde und zudem auf eigene Initiative ohne Zutun der Kammer, weshalb die anwaltschaftlichen Bemühungen im Zusammenhang mit der Beschwerdeschrift als eingeschlossen gelten.

3. Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege haben keine Gegenpartei (BGE 139 III 334 E. 4.2) und sind – auch im Rechtsmittelverfahren – nach den Regeln des summarischen Verfahrens zu entscheiden (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung damit begründet, dass es dafür neben der Mittellosigkeit und intakten Prozessaussichten das zusätzliche Kriterium gebe, dass die gesuchstellende Partei für die Führung des Prozesses auf fachkundigen Rat angewiesen sei. Bagatellverfahren und Prozesse ohne schwierige Fragen müssten ohne unentgeltliche Rechtsvertretung geführt werden. Für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung sprächen komplexe Sachverhalte, schwierige Rechtsfragen, die grosse Tragweite eines Verfahrens oder der Umstand, dass auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten sei. Wo die Oficialmaxime gelte, sei ein besonders strenger Massstab anzulegen (act. 4/2 E. 5.3). Die Beschwerdeführerin habe das Gesuch damit begründet, dass sie in juristischen Belangen unerfahren und die Gegenpartei anwaltlich vertreten sei (act. 4/2 E. 5.5). Hier gehe es weder um einen komplexen Sachverhalt noch um eine komplizierte Rechtsfrage, handle es sich doch nur um die Verlängerung des Besuchsrechts um wenige Stunden. Das Argument der Waffengleichheit allein reiche im Falle der Oficialmaxime nicht aus (act. 4/2 E. 5.5).

2. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde dagegen Folgendes an (act. 2): Ihr sei bereits von der KESB Winterthur die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt worden (act. 2 Rz 4; act. 4/3 E. 2.7). Die Vorinstanz habe denn auch die Beschwerdeschrift des Kindsvaters direkt an die Rechtsvertreterin gesandt, mit der Aufforderung, innert 12 Tagen dazu Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeschrift habe fast 10 Seiten umfasst und detaillierte anwaltliche Ausführungen zum Sachverhalt und zu Rechtsfragen enthalten. Weder zeitlich noch inhaltlich wäre es der Beschwerdeführerin möglich gewesen, sinnvoll Stellung zu

nehmen. Die Ausführungen der Gegenpartei hätten zudem über weite Strecken Unwahrheiten enthalten. Eine ausführliche, richtigstellende Stellungnahme sei auch im Anwendungsbereich der *Offizialmaxime* erforderlich. Der Kindsvater habe dann auf 13 Seiten repliziert, wozu der Beschwerdeführerin eine Frist von fünf Tagen zu einer freigestellten Duplik, in der wiederum Fakten hätten berichtigt werden müssen, angesetzt worden sei (act. 2 Rz 8-10). Die Beschwerdeführerin stehe ausserdem unter massivem Druck des Kindsvaters und seiner Familie (act. 2 Rz 11) und sei persönlich massiv angegriffen worden (act. 2 Rz 12). Der Kindsvater sei ebenfalls anwaltlich vertreten. Das Verfahren, bei dem es um ihre Tochter gehe, habe für die Beschwerdeführerin eine erhebliche Tragweite (act. 2 Rz 14). Eine weitere Frage sei, wie die Rechtsbeiständin in den Augen der Vorinstanz hätte vorgehen sollen. Sie sei von der KESB Winterthur zur unentgeltlichen Rechtsbeiständin ernannt worden und die Gegenseite habe eine Beschwerde bei der Vorinstanz eingereicht, welche der Rechtsbeiständin zur Beantwortung zugestellt worden sei. Die Weiterleitung der vor Vorinstanz erhobenen Beschwerde des Vaters (dort Beschwerdeführer) an die Mutter (als Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz) zur selbständigen Beantwortung wäre unverantwortlich gewesen und hätte das Vertrauensverhältnis zu ihrer Anwältin zerstört, zumal es der Beschwerdeführerin unmöglich sei, die Kosten für die anwaltliche Vertretung selber zu tragen.

3. Die Vorinstanz hat die unentgeltliche Rechtsbeiständung für ihr Verfahren abgelehnt, weil es im vorinstanzlichen Verfahren einzig um eine Ausdehnung der Besuchszeiten und damit nicht um komplexe Probleme und Fragen gehe. Ausserdem gelte die *Offizialmaxime*.

a) Was die Geltung der *Offizialmaxime* anbelangt, herrschte vor allem früher die Meinung vor, dass die behördliche Nachforschungspflicht gegen die Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes spreche. Das dürfte in neuerer Zeit mehrheitlich als überholt gelten, wie sich etwa aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt: "Die sachliche Notwendigkeit eines anwaltlichen Beistands wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der *Offizialmaxime* oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht

wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 V 32 E. 4b S. 36 mit Hinweisen; bestätigt in den Urteilen 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.4.2 und 5A_597/2010 vom 6. Oktober 2010 E. 2.2)".

b) Dazu kommt, dass in Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO der Fall, dass die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, als besonderer Fall der Notwendigkeit genannt wird. Dieses hier gesetzlich konkretisierte Gebot der Waffengleichheit führt dazu, dass Ausnahmen kaum (mehr) denkbar sind (KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 118; vgl. auch BGer 5A_395/2012 E. 4.3).

c) Anzumerken ist, dass das Bundesgericht in BGer 5A_395/2012 E. 4.3 auf einen weiteren Aspekt hingewiesen hat, nämlich die in der Person des Betroffenen liegenden Gründe, wie Alter, soziale Situation, Sprachkenntnisse und allgemein die Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 233; 123 I 145 E. 2b/cc S. 147, je mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin ist alleinerziehende Mutter von zwei Kleinkindern (act. 4/3 E. 2.2), die "aufgrund ihrer eigenen Vergangenheit psychisch belastet und durch die aktuelle Situation (Flucht von D._____, Geburt von B._____, Trennung von C._____, Wohnungssuche, Betreuung und Begleitung von E._____) stark gefordert" ist. Es sei wichtig, dass sie (bei der Erziehung der Kinder) Unterstützung und Entlastung erhalte. Die geschilderte Situation weist auf eine allgemeine Überforderung hin und lässt es deshalb durchaus angezeigt erscheinen, dass sie in der für Mutter und Kind keineswegs unbedeutenden Frage des Besuchsrechts Unterstützung erhält. Gründe zur Annahme, dass es der Beschwerdeführerin ohne grössere Schwierigkeiten möglich sein sollte, "sich im Verfahren zurechtzufinden", sind nicht ersichtlich. Sie hat das Rechtsmittel zudem nicht selbst ergriffen und musste sich jeweils innert kurzen Fristen äussern.

Dazu kommt, dass sie durch die KESB für das erstinstanzliche Verfahren einen unentgeltlichen Rechtsbeistand erhalten hatte (act. 8/54 = act. 4/3, je E. 2.5). Richtig ist, dass die Besuchsrechtsfrage nur einen Teil des umfangreichen und einschneidenden KESB-Verfahrens ausmacht und zutreffend ist auch, dass die Rechtsmittelinstanz jeweils für ihr Verfahren neu über die Gewährung der un-

entgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden hat (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Daraus ergeben sich beim Weiterzug von Endentscheidungen, die vor einer Instanz abgeschlossen sind, hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege keine Probleme. Bei der separaten Anfechtung von prozessleitenden Entscheidungen sowie Entscheidung betreffend vorsorglichen Massnahme im Rahmen eines pendenten Hauptprozesses und dgl. erscheint es einer kohärenten Prozessführung nicht zuträglich, wenn zum einen mit und zum anderen ohne unentgeltlichen Rechtsbeistand prozessiert werden muss. Jedenfalls trifft dies dann zu, wenn es – wie hier – um die Notwendigkeit der Rechtsverteidigung (und nicht um die Prozesschancen und allenfalls verbesserte finanzielle Verhältnisse) geht.

Unzulässig war das Vorgehen des Bezirksrats schliesslich auch insofern, als er das hängige Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege un beurteilt liess, und sie dabei zu einer weiteren Stellungnahme anhielt (BR-act. 9; BGer 4A_20/2011 E. 7.2.2.).

4. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es keinen ausreichenden Grund gab, der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung zu verweigern, so dass ihre Beschwerde gutzuheissen ist. Obwohl sie im vorinstanzlichen Verfahren obsiegte, wurde ihr praxisgemäss keine Entschädigung zugesprochen, weil die Kosten in Kinderangelegenheiten hälftig geteilt werden, so dass ihre Rechtsvertretung nicht auf die Entschädigung der Gegenpartei greifen kann. Das führt dazu, dass die Vorinstanz Rechtsanwältin Dr. X. _____ aus der Bezirksratskasse angemessen zu entschädigen haben wird. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

III.

1. Die Beschwerdeführerin ist mittellos, wovon bereits die KESB (act. 8/54 = act. 4/3 E. 2.5) und auch die Vorinstanz (act. 4/2 E. 5.4) ausgehen; sie lebt nach wie vor von der Sozialhilfe (act. 9 S. 1). Das Verfahren ist nicht aussichtslos, wie die Gutheissung der Beschwerde zeigt, und auf die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung wurde bereits hingewiesen (vgl. oben E. II./3.). Der Beschwerde-

führerin ist deshalb für das Beschwerdeverfahren vor der Kammer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

2. Die Beschwerdeführerin obsiegt, so dass für das vorliegende Verfahren keine Kosten erhoben werden. Rechtsanwältin Dr. X._____ ist aus der Staatskasse mit Fr. 800.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu entschädigen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Kammer die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwältin Dr. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
2. Rechtsanwältin Dr. X._____ wird für das Verfahren vor der Kammer aus der Gerichtskasse mit Fr. 800.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer entschädigt.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Beschluss des Bezirksrates Winterthur vom 25. November 2016 wird wie folgt geändert:

"II. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung wird gutgeheissen und Rechtsanwältin Dr. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt".
2. Der Bezirksrat wird ersucht, Rechtsanwältin X._____ für das bezirksrätliche Verfahren aus der Bezirksratskasse zu entschädigen.
3. Es werden für das Beschwerdeverfahren vor der Kammer keine Kosten erhoben.

4. Es wird keine Entschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am: