

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ200008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

## Urteil vom 13. Februar 2020

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beschwerdegegner

betreffend **Beistandschaft nach Art. 394 i. V. m. Art. 395 ZGB für B.\_\_\_\_\_,  
geb. tt. September 1928 / Kosten**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Zürich vom 19. Dezember 2019; VO.2018.9 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Beschwerdeführerin ist die Tochter von B. \_\_\_\_\_. Dieser hat ausser der Beschwerdeführerin eine weitere Tochter, C. \_\_\_\_\_, und einen Sohn, der ebenfalls D. \_\_\_\_\_ heisst. Seine Ehefrau ist im Dezember 2017 gestorben.
2. Mit Beschluss vom 4. Januar 2018 erklärte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (KESB) einen von B. \_\_\_\_\_ am 8. November 2017 errichteten Vorsorgeauftrag, der die Beschwerdeführerin als Vorsorgebeauftragte vorsah, nicht für wirksam. Stattdessen wurde eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB errichtet (KESB act. 29).
3. Gegen diesen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. Februar 2018 Beschwerde beim Bezirksrat und verlangte sinngemäss, sie sei als Vorsorgebeauftragte einzusetzen. Der Bezirksrat wies die Beschwerde mit Urteil vom 19. Dezember 2019 ab und auferlegte der Beschwerdeführerin die Entscheidgebühr von CHF 1'000.00 (BR act. 17 = act. 7).
4. Gegen diesen Entscheid, der ihr am 23. Dezember 2019 zugestellt wurde (BR act. 19/2), lässt die nun anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. Januar 2020 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer führen mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):
  1. Es seien der Beschwerdeführerin im Verfahren VO.2018.9/3.02.03 vor Bezirksrat keine Kosten aufzuerlegen.
  2. Eventualiter seien der Beschwerdeführerin im Verfahren VO.2018.9/3.02.03 vor Bezirksrat um mindestens die Hälfte reduzierte Kosten aufzuerlegen.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Bezirkrates bzw. des Staates.
5. Die Vorakten wurden beigezogen (KESB act. 1-34; BR act. 1-19). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Da die Beschwerde ohnehin unbegründet sei, liess die Vorinstanz offen, ob die Beschwerdeführerin nach der Anhörung von B.\_\_\_\_\_ an ihrer Beschwerde festhalten wollte (act. 7 S. 4 E. 2). In der Folge wies die Vorinstanz die Beschwerde ab und auferlegte die Kosten ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin (act. 7 S. 10 E. 4).

2. Mit ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe mit ihrer Stellungnahme vom 30. November 2019 zur Anhörung und zum Schreiben von B.\_\_\_\_\_ vom 15. April 2018 klar und eindeutig einen Rückzug formuliert. Bei Unsicherheit hätte die Vorinstanz im Rahmen ihrer richterlichen Fragepflicht nachfragen müssen, wie ihre Äusserung zu werten sei. Stattdessen habe die Vorinstanz die Angelegenheit materiell beurteilt und damit unnötigen Aufwand verursacht. Aus diesen Gründen seien der Beschwerdeführerin keine, eventualiter reduzierte Gerichtskosten aufzuerlegen (act. 2 S. 5 f. Ziff. 27 ff.).

3. In ihrer Stellungnahme vom 30. November 2019 führte die Beschwerdeführerin einleitend aus, sie habe soeben ihren Vater gefragt, was er gestern gemacht habe. Er habe es nicht mehr gewusst, bis er in seiner Agenda nachgeschaut und vorgelesen habe, dass diese Anhörung stattgefunden habe. Nach weiteren Ausführungen zu einzelnen Erinnerungslücken schreibt sie schliesslich (BR act. 15):

"Ich verzichte aber auf alles weitere und lasse es so bestehen. Mein Vater bleibt bei der KESP. Gegen meinen Willen, denn ich wurde nicht gefragt."

4. Damit sagt die Beschwerdeführerin, sie verzichte darauf, etwas zu ändern, und lasse alles so bestehen, wie es ist, obwohl sie damit nicht einverstanden sei. Ihre Erklärung scheint somit ihrem eigentlichen Willen zu widersprechen.

Dass die Vorinstanz daraus nicht ohne Weiteres auf einen Rückzug schloss, ist nicht zu beanstanden. Stattdessen hätte Anlass bestanden zu einer klärenden Nachfrage in Ausübung der richterlichen Fragepflicht, umso mehr als die Beschwerdeführerin damals nicht anwaltlich vertreten war.

5. Im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gilt gemäss Art. 446 Abs. 3 ZGB die Oficialmaxime. Der Rückzug eines Rechtsmittels ist aber grundsätzlich möglich.

Die Beschwerdeführerin betont, sie habe die vorinstanzliche Beschwerde "auf ausdrücklichen Wunsch des betroffenen B.\_\_\_\_\_" eingereicht (act. 2 S. 2 Ziff. 4). Bei den Akten des vorinstanzlichen Verfahrens befindet sich ein von B.\_\_\_\_\_  
unterzeichnetes Schreiben vom 15. April 2018, mit dem er sich ihrer Beschwerde anschloss (BR act. 10).

Anlässlich der Anhörung vom 29. November 2019 distanzierte sich B.\_\_\_\_\_  
davon (vgl. BR act. 12). Um dies festzustellen, musste sich die Vorinstanz auf die Sache einlassen und durfte das Verfahren nicht ohne jegliche materielle Prüfung "als Erledigung von der Kontrolle ab(...)schreiben", wie die Beschwerdeführerin verlangt (act. 2 S. 4 Ziff. 15).

Aus Sicht der Prozessökonomie ist daher vertretbar, dass die Vorinstanz auf eine Klärung der widersprüchlichen Parteierklärung der Beschwerdeführerin verzichtete und stattdessen in der Sache entschied.

6. Wenn sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, für ein Verfahren ohne Anspruchsprüfung betrage die Gebühr die Hälfte der ordentlichen Gebühr (act. 2 S. 4 Ziff. 16 und S. 5 Ziff. 23 m.H. auf § 10 GebV OG), verkennt sie, dass es sich bei der entsprechenden Vorschrift um eine Kann-Bestimmung handelt und dass eine Reduktion um die Hälfte das Maximum darstellt.

Die Beschwerdeführerin muss sich entgegen halten lassen, dass sie die Beschwerde auch nach eigener Darstellung erst in einem fortgeschrittenen Stadium der Bearbeitung zurückzog, nach der Durchführung einer Anhörung und als das Verfahren spruchreif war. Eine wesentliche Vereinfachung des Verfahrens, welche eine grössere Reduktion der Entscheidgebühr rechtfertigen würde, war damit nicht verbunden.

7. Der Rückzug der Beschwerde gilt als Unterliegen. Die Beschwerdeführerin musste daher auch bei einem Rückzug mit einer Kostenaufgabe rechnen. Dem

Umstand, dass die materielle Überprüfung von Amtes wegen erfolgte, wäre mit einer teilweisen Kostenübernahme durch den Staat bzw. einer Reduktion der Kostenaufgabe zulasten der Beschwerdeführerin Rechnung zu tragen. Da der Rückzug erst in einem späten Verfahrensstadium erfolgte, als das Verfahren bereits spruchreif war, war allerdings nur eine geringfügige Reduktion angebracht.

Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten beträgt die Gebühr in der Regel CHF 300.00 bis CHF 13'000.00. Mit einer Entscheidgebühr von CHF 1'000.00 bewegt sich die Vorinstanz im untersten Zehntel dieses Rahmens. Damit hat sie ihr Ermessen nicht überschritten, auch wenn berücksichtigt wird, dass sich die Beschwerdeführerin zuletzt von ihrer Beschwerde distanzierte. Ihre Beschwerde gegen die vorinstanzliche Kostenaufgabe ist daher abzuweisen.

### III.

1. Die Beschwerdeführerin beantragt für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Die 63jährige Beschwerdeführerin sei arbeitslos. Sie beziehe keine Sozialhilfe, sondern sei vom zuständigen Sozialamt aufgefordert worden, ihr Pensionskassenguthaben auszahlen zu lassen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Sie habe monatliche Auslagen von CHF 3'169.00 (act. 2 S. 6 f.).

Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist ein Pensionskassenguthaben bei der Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu berücksichtigen, solange die Beschwerdeführerin dieses nicht bezogen hat, was anscheinend (noch) nicht geschehen ist (vgl. BGE 144 III 531). Sie ist daher in diesem Verfahren als mittellos i.S. von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten.

2. Zweite Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege neben der Mittellosigkeit ist, dass der vertretene Standpunkt nicht aussichtslos ist. Als aussichtslos gelten Verfahren, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll ei-

nen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 138 III 217 E. 2.2.4).

Die Beschwerdeführerin hält ihre Beschwerde für nicht aussichtslos (act. 2 S. 7 Ziff. 40). Wie oben ausgeführt, kann die Parteierklärung der Beschwerdeführerin entgegen ihrer Ansicht nicht als klar bezeichnet werden, doch hätte das gerade deswegen die richterliche Fragepflicht auslösen müssen, wie die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend macht. In diesem Sinn ist ihr Standpunkt zumindest in Bezug auf ihren Eventualantrag auf Reduktion der Kosten nicht als aussichtslos i.S. von Art. 117 lit. b ZPO zu betrachten.

3. Die vorliegende Beschwerde bezieht sich auf eine Kostenaufgabe von CHF 1'000.00. Da die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Beschwerde erst nach einer Verfahrensdauer von fast zwei Jahren und der Durchführung einer Anhörung zurückzog, bestand keine realistische Aussicht auf einen vollständigen Verzicht auf die Erhebung von Kosten, sondern sie konnte bestenfalls auf eine Reduktion hoffen.

In Anbetracht der mutmasslichen Anwaltskosten, welche den Streitwert dieses Beschwerdeverfahrens übersteigen dürften, ist der ökonomische Nutzen eines solchen Verfahrens grundsätzlich zweifelhaft. Auch unter Berücksichtigung der Kostengutsprache ihrer Rechtsschutzversicherung für Beratungskosten von CHF 500.00 (vgl. act. 4/6.8) handelt es sich im besten Fall um ein Nullsummenspiel, so dass fraglich ist, ob eine vernünftige Partei, welche über die nötigen Mittel verfügt und den Prozess selbst finanzieren müsste, sich dazu entschliessen würde.

Bei der Beurteilung der Aussichtslosigkeit im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege haben solche ökonomischen Überlegungen aber keinen Platz. Die Aussichtslosigkeit i.S. von Art. 117 lit. b ZPO hängt nur vom Verhältnis zwischen Gewinnchancen und Verlustgefahren ab. Der Streitgegenstand wird nicht quantifiziert und im Sinne einer Kosten-Nutzen-Rechnung mit den zu erwartenden Kosten verglichen. Dass ein Prozess aus ökonomischer Sicht sinnlos ist, macht ihn nicht aussichtslos i.S. von Art. 117 lit. b ZPO.

4. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei nicht in der Lage, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Die "systematische Auflistung der tatsächlichen Gegebenheiten, die Formulierung von Anträgen und insbesondere die Untermauerung dieser Anträge durch die entsprechenden Unterlagen und Beweise / Beweisofferten" sei für die Beschwerdeführerin schlicht unmöglich. Dieser Fall werfe tatsächliche Fragen auf, denen sie alleine nicht gewachsen wäre und die eine anwaltliche Vertretung notwendig machten (act. 2 S. 7 Ziff. 42).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe eine Parteierklärung, die sie ohne anwaltliche Vertretung verfasst hatte, falsch ausgelegt bzw. die Vorinstanz habe in Verletzung der richterlichen Fragepflicht nicht nach dem Willen der Beschwerdeführerin gefragt. Ist ihre Parteierklärung tatsächlich so klar und eindeutig, wie sie geltend macht, müsste es möglich sein, dies ohne anwaltliche Hilfe richtigzustellen. Sind ihre Vorbringen unklar, greift hingegen die richterliche Fragepflicht ein, auf welche sie sich ebenfalls beruft. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet, braucht sie dafür keinen anwaltlichen Beistand, sondern der Massstab ist im Gegenteil sogar grosszügiger, wenn eine Partei nicht anwaltlich vertreten ist.

Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht konkretisiert, welche tatsächlichen Gegebenheiten systematisch aufzulisten waren und welche Anträge durch Unterlagen und Beweise zu untermauern waren, was sie als Laiin überfordert hätte. Diese inhaltsleeren Textbausteine stützen ihren Standpunkt nicht, sondern führen im Gegenteil vor Augen, dass eine anwaltliche Verbeiständung nicht nötig war.

5. Der Beschwerdeführerin ist die unentgeltliche Rechtspflege demnach beschränkt auf die Befreiung von den Gerichtskosten zu bewilligen, während ihr Gesuch mit Bezug auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abzuweisen ist.

6. Angesichts des Streitwerts von CHF 1'000.00 sind die Verfahrenskosten auf CHF 200.00 festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin zu auferlegen, wobei sie jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht i.S. von Art. 123 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksrats Zürich vom 19. Dezember 2019 wird bestätigt.
2. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von Verfahrenskosten bewilligt.
3. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin und an den Verfahrensbeteiligten, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, 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  
Fr. 1'000.—.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: