

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ200039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin lic. iur.  
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## **Beschluss und Urteil vom 18. August 2020**

in Sachen

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

gegen

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

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Affoltern vom 9. Juni 2020  
i.S. C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2014; VO.2019.8 (Kindes- und Erwachsenenschutz-  
behörde Bezirk Affoltern)**

## Erwägungen:

### I.

1. A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2014, für die sie die gemeinsame elterliche Sorge ausüben. Die Mutter lebte bis 2015 mit C.\_\_\_\_\_ und dem 10 Jahre älteren Kind D.\_\_\_\_\_, das aus einer früheren Beziehung der Mutter stammt, in E.\_\_\_\_\_ [Stadt in Deutschland]. Im August 2015 zog die Mutter mit den beiden Kindern in die Schweiz, zunächst nach F.\_\_\_\_\_. und alsdann nach G.\_\_\_\_\_, und führte dort mit dem Vater von C.\_\_\_\_\_ bis zum Sommer 2018 einen gemeinsamen Haushalt. Im August 2018 verlegte die Mutter ihren Wohnsitz wieder nach E.\_\_\_\_\_ und nahm die beiden Kinder mit. Die Rückübersiedlung der Mutter mit C.\_\_\_\_\_ hatte ein internationales Rückführungsverfahren im Sinne des Haager Kindesentführungsübereinkommens zur Folge, welches der Vater im August 2018 beim Bundesamt für Justiz einleitete. Im Oktober 2018 konnten sich die Eltern im Rahmen des Rückführungsverfahrens gemäss Haager Kindesentführungsübereinkommen einigen.

Seit dem Juli 2019 stehen die Eltern von C.\_\_\_\_\_ vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Affoltern (nachfolgend KESB) bzw. dem zuständigen Gericht in E.\_\_\_\_\_ einander gegenüber in der Auseinandersetzung um die Obhut von C.\_\_\_\_\_, nachdem zuvor offenbar Mediationsbemühungen stattgefunden hatten, die den Streit um die Obhut über C.\_\_\_\_\_ nicht beilegen konnten.

Mit Entscheid vom 8. August 2019 verzichtete die KESB auf die Zuständigkeit und verwies auf das laufende Verfahren vor dem Amtsgericht E.\_\_\_\_\_ (KESB-act. 107 S. 6, Dispositivziffer 2). Mit Eingabe vom 12. September 2019 erhob der Vater beim Bezirksrat Affoltern Beschwerde u.a. gegen Dispositivziffer 2 des Entscheides der KESB vom 8. August 2019 und damit gegen die (negative) Beurteilung der Zuständigkeit durch die KESB und beantragte in Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 2, die Abklärung des Sachverhaltes und die Beurteilung in der Sache durch die KESB (BR-act. 1).

2. Mit Entscheid vom 9. Juni 2020 wies der Bezirksrat Affoltern die Beschwerde des Vaters vollumfänglich ab, nahm die Entscheidgebühr aus Billig-

keitsgründen auf die Staatskasse und verpflichtete den Vater, der Mutter (und heutigen Beschwerdeführerin) eine Parteientschädigung von Fr. 600.-- zu bezahlen (BR-act. 47 = [act. 6] S. 19, Dispositivziffern I., II. und IV. des Urteils). Der Bezirksrat wies zudem das Gesuch der Mutter um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Befreiung von den Gerichtskosten als gegenstandslos geworden ab und wies im Übrigen ihr Armenrechtsgesuch im Sinne der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes infolge fehlender Mittellosigkeit ab (BR-act. 47 = [act. 6] S. 19, Dispositivziffer I. des Beschlusses).

Der Entscheid des Bezirkrates wurde der Beschwerdeführerin am 13. Juni 2020 zugestellt (act. 48/3). Mit Datum vom 10. Juli 2020 wurde die Eingabe der Beschwerdeführerin innerhalb der angezeigten 30-tägigen Frist der Schweizerischen Post übergeben (act. 2; Art. 143 Abs. 1 i.V.m. Art. 145 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass ihr für das Verfahren vor dem Bezirksrat kein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben worden sei (act. 2 S. 1). Sie wehrt sich damit einzig gegen die Abweisung ihres Gesuches um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes und ihre Beschwerde richtet sich demzufolge gegen Dispositivziffer I. des Beschlusses des Bezirkrates (act. 6 S. 19, Dispositivziffer I des Beschlusses).

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 121 ZPO der Entscheid, mit dem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen wird, mit Beschwerde angefochten werden kann. Wird ein im summarischen Verfahren ergangener Entscheid oder eine prozessleitende Verfügung angefochten, so beträgt die Beschwerdefrist 10 Tage, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Der Entscheid über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 321 Abs. 2 ZPO. Die Tatsache, dass der Beschluss des Bezirkrates vorliegend am gleichen Datum wie der Entscheid in der Hauptsache gefällt wurde, vermag an dieser Qualifikation nichts zu ändern (vgl. bspw. Urteil 4A\_507/2011 vom 1. November 2011 mit weiteren Hinweisen). Die Rechtsmittelbelehrung im Entscheid des Bezirkrates, der eine Beschwerdefrist von 30 Tagen angab, war demnach unrichtig. Da die Beschwerde, wie sogleich zu zeigen sein

wird, in der Sache keinen Erfolg hat, können Ausführungen dazu unterbleiben, ob die vor Bezirksrat noch anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vertrauen durfte oder ob sie bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können, dass die Rechtsmittelfrist gegen den abweisenden Entscheid betreffend das Armenrechtsgesuch 10 Tage beträgt, was zur Folge hätte, dass die Beschwerde nicht mehr innert Frist eingereicht worden und deshalb verspätet wäre (mit der Konsequenz des Nichteintretens auf die Beschwerde).

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3. Es wurden die Akten des Bezirkrats und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beigezogen (§§ 66 ff. EG KESR, act. 7/1-48, act. 8/0-118). Der Prozess ist spruchreif.

## II.

1. Streitgegenstand ist allein, ob der Bezirksrat der Beschwerdeführerin zu Recht keine unentgeltliche Rechtsvertretung für sein Verfahren gewährt hat.

Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege ist eine Art "Nothilfe", die Personen, die in knappen finanziellen Verhältnissen leben, den Zugang zum Gericht ermöglichen. Verändert sich die finanzielle Lage dieser Personen zum Besseren, sind sie zur Nachzahlung verpflichtet (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung des Rechts notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes damit, dass sie entgegen den Ausführungen des Bezirks-

rates keine Nettomietzinseinnahmen aus ihren beiden Eigentumswohnungen beziehe, und sie weist weiter darauf hin, dass ihre Rechtsschutzversicherung, anders als vom Bezirksrat angenommen, den Prozess vor dem Bezirksrat nicht bezahle (act. 6 S. 18, act. 2). Ausführungen zu ihren Einkommen und ihren Ausgaben was den täglichen Bedarf angeht, macht die vor dem Bezirksrat noch vertretene Beschwerdeführerin nicht. Vor Bezirksrat führte die Beschwerdeführerin diesbezüglich an, sie könne mit ihren aktuellen Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit als Projektmanagerin derzeit ihre monatlichen Ausgaben nicht decken (BR-act. 30).

3. Die Beschwerdeführerin ist eigenen Angaben zufolge Eigentümerin von zwei nicht selbst bewohnten (sondern vermieteten) Wohnungen in E. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ [Stadt in Deutschland]. Es ergeben sich Verpflichtungen aus den Hypotheken und dem Kredit per 31. Dezember 2019 von insgesamt rund 213'000 Euro. Die Verpflichtungen haben sich nicht erhöht, sondern die Beschwerdeführerin war in der Lage, die Schuld zu reduzieren. Es liegen keine Bestätigungen im Recht, welche die Möglichkeit einer zusätzlichen Kreditausschöpfung mittels Erhöhung der Hypothek auf den Wohnungen der Beschwerdeführerin verneinen. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass sie, wollte sie die in den Wohnungen steckenden Mittel realisieren, einen Verkauf unter dem Belastungswert und unter dem Kaufpreis gewärtigen müsste. Die Beschwerdeführerin hat somit nicht behauptet und glaubhaft dargetan, dass den Wohnungen die Verfügbarkeit abgeht, das heisst, dass sie die eigenen finanziellen Mittel zur Finanzierung des Prozesses ausgeschöpft hat. Die Beschwerdeführerin weist ausgehend von den Kaufpreisen und in Anbetracht der auf den Liegenschaften lastenden Schulden ein Reinvermögen im Betrag von rund 60'000 Euro aus.

Die Wohnungen sind auch unter dem Aspekt, dass sie der Altersvorsorge der Beschwerdeführerin dienen sollen, als Vermögen anrechenbar. Es ist auf die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Einreichung des Armenrechtsgesuchs abzustellen. Die 45-jährige Beschwerdeführerin hat im Rahmen der Beurteilung der zivilprozessualen Bedürftigkeit keinen Anspruch darauf, dass ihre beiden Eigentumswohnungen im Hinblick auf die erst viele Jahre

später eintretende Pensionierung unberücksichtigt bleiben. Sie hat lediglich Anspruch darauf, dass ihr Vermögen im Umfang einer Notreserve nicht angetastet wird. Im Rahmen der Prüfung der zivilprozessualen Bedürftigkeit sind die Wohnungen als Vermögen zu berücksichtigen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht als mittellos bezeichnet werden kann, was Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist (Art. 117 lit. a ZPO). Es fehlt damit an einer Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, weshalb der Bezirksrat das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu Recht abgewiesen hat.

5. Die Beschwerde ist abzuweisen.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 106 ZPO; §§ 5 i.V.m. 12 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Ihrem sinngemäss gestellten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch für das Verfahren vor Obergericht (act. 2 S. 1 unten) kann nicht entsprochen werden. Die vorstehenden Erwägungen zeigen auf, dass die Darstellung der Beschwerdeführerin, sie sei nach Massgabe von Art. 117 lit. a ZPO mittellos, von Anfang an keinen Erfolg haben konnte.

#### **Es wird beschlossen**

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Rechtsmittelverfahren wird auf Fr. 300.-- festgelegt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es wird nach keiner Seite eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Affoltern sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Affoltern, je gegen Empfangsschein.
5. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: