

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE110010-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
S. Notz

Beschluss vom 25. Oktober 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Eheschutz (Entlassung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 25. Juli 2011 (EE100158)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung vom 25. Juli 2011 wies das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur das Entlassungsgesuch von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beklagten ab (Urk.

2). Mit Eingabe vom 15. August 2011 erhob Rechtsanwältin X. _____ namens des Beklagten Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

1. Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und es sei die Unterzeichnete als unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beklagten zu entlassen, unter gleichzeitiger Bestellung von Rechtsanwalt Z. _____ zum neuen unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beklagten.
2. Dem Beklagten sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
3. Unter Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse.

2. In der Beschwerdeschrift bemerkte Rechtsanwältin X. _____, dass sie vor Erstinstanz ein Wiedererwägungsgesuch gestellt habe (Urk. 1 S. 3). Dieses wurde mit Verfügung vom 18. August 2011 abgewiesen (Urk. 6).

II.

1. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO). In Bezug auf das Verfahren gilt indes das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind - da sich Fragen zum erstinstanzlichen Verfahren stellen - für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

2. Am 15. September 2010 fand die Hauptverhandlung in der Eheschutzstreitigkeit A. _____-B. _____ statt. Anlässlich dieser Verhandlung stellte u.a. die Klä-

gerin das Begehren um einen Prozesskostenvorschuss, eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege, der Beklagte ersuchte ebenso um unentgeltliche Rechtspflege. Mit Verfügung vom 25. Juli 2011 wurden sowohl der Klägerin wie dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wurde Rechtsanwältin X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beklagten bestellt. In derselben Verfügung wurde das von Rechtsanwältin X. _____ am 19. Juli 2011 eingereichte Gesuch um Entlassung abgewiesen (Urk. 1 S. 5). Die Erstinstanz erwog dazu, einen Anspruch auf Ernennung eines anderen bzw. neuen Anwalts als unentgeltlichen Rechtsvertreter bestehe nur, wenn objektive Gründe für das verloren gegangene Vertrauen zum unentgeltlichen Rechtsvertreter geltend gemacht werden könnten. Rechtsanwältin X. _____ vermöge in ihrem Schreiben vom 19. Juli 2011 nicht darzutun, welche objektiven Gründe das Vertrauen zwischen ihr und dem Beklagten beeinträchtigen würden. Auch aus den Akten könnten keine solchen entnommen werden (Urk. 2 S. 4).

3. In der Beschwerde macht Rechtsanwältin X. _____ geltend, das Entlassungsgesuch sei mit dem zerstörten Vertrauensverhältnis zwischen ihr und dem Beklagten begründet worden, welches eine weitere Zusammenarbeit verunmögliche, wobei auf die konkreten Gründe für das nicht mehr länger bestehende Vertrauensverhältnis angesichts der anwaltlichen Schweigepflicht nicht näher eingetreten werden können. Diese Hemmung bestehe nach wie vor. Das Problem könne auch nicht dadurch, dass der Beklagte seine Rechtsvertreterin von der beruflichen Schweigepflicht entbinden würde, gelöst werden. Denn ein Aufzeigen der Konflikte, die zwischen dem Beklagten und ihr entstanden seien, könnte theoretisch dazu führen, dass die Prozessaussichten des Beklagten geschmälert würden. Sie könne daher nach wie vor einzig darauf hinweisen, dass sie und der Beklagte derart unterschiedliche Vorstellungen hätten, dass eine konstruktive Zusammenarbeit nicht mehr möglich sei. Sie sehe sich deshalb gezwungen, die gewissenhafte Erklärung abzugeben, dass eine Weiterführung des Mandates mit ihren anwaltlichen Pflichten nicht länger zu vereinbaren sei. In Fällen wie dem vorliegenden müsse dem Rechtsvertreter durch das Gericht ein gewisses Vertrauen entgegengebracht werden, ein Vertrauen darauf, dass nicht grundlos behauptet werde, das Vertrauensverhältnis reiche für eine weitere Vertretung nicht mehr

aus. Immerhin dürfe angenommen werden, dass ein Anwalt nicht grundlos ein Mandat niederlege bzw. den Wunsch des Klienten auf Anwaltswechsel nicht grundlos schütze. Die Autoren Frank/Sträuli/Messmer würden davon sprechen, dass Klienten ihre Anwälte nicht "der Reihe nach ersetzt haben" könnten. Von einem reihenweisen Anwaltswechsel könne vorliegend nicht die Rede sein, daure das vorliegende Verfahren doch bereits rund ein Jahr, und trotz gewisser Unstimmigkeiten zwischen dem Beklagten und der Unterzeichnenden sei eine Zusammenarbeit während dieses Jahres möglich gewesen. In der Zwischenzeit sei diese Zusammenarbeit nicht mehr möglich. Bezüglich des finanziellen Aspekts sei zudem darauf hingewiesen, dass das Verfahren nun angesichts des zu erstellenden Gutachtens während Monaten geruht habe. Sie müsse sich praktisch neu einarbeiten in diesen Fall, so dass der Aufwand für einen neuen Vertreter praktisch gleich hoch sei, wie er auch für die Unterzeichnende wäre. Die durchaus verständliche Argumentation, dass dem Staat durch einen Vertreterwechsel keine zusätzlichen Kosten entstehen sollten, verfange in diesem speziellen Fall nicht (Urk. 1).

4. Die Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung vom 25. Juli 2011 (Urk. 2). Nicht einzugehen ist auf den Entscheid betreffend Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs durch die Erstinstanz, da diese Verfügung nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens ist (Urk. 6).

5. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 326 N 3 f.). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8).

6. Nach Art. 12 lit. g BGFA sind die Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Pflichtverteidigungen und im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege Rechtsvertretungen zu übernehmen. Die Bestellung eines Anwalts zum unentgeltlichen Rechtsbeistand stellt sowohl im Zivilprozess wie auch im Strafprozess und im streitigen und nicht streitigen Verwaltungsverfahren eine Verfügung dar, die zwischen Anwalt und Staat ein besonderes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründet. Ungeachtet der besonderen öffentlich-rechtlichen Beziehung zwischen dem unentgeltlichen Rechtsvertreter und dem Staat untersteht das Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und dem unentgeltlich Vertretenen dem Privatrecht. Es qualifiziert sich als einfacher Auftrag. Auch der unentgeltlich vertretene Klient kann seinem Anwalt daher Weisungen erteilen und ihn für Sorgfaltspflichtverletzungen haftbar machen. In der Berufspflicht des Art. 12 lit. g BGFA, im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege Rechtsvertretungen zu übernehmen, ist die Pflicht mitzuenthalten, solche Mandate nach bestem Wissen und Gewissen zu führen (vgl. Fellmann, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 142 ff).

7. Ein wesentliches Merkmal des Auftrags ist die Treuepflicht. Der Anwalt hat das ihm übertragene Mandat sorgfältig und gewissenhaft auszuführen und die Interessen seiner Klientschaft in jeder Hinsicht zu wahren. Die Pflicht zur unbedingten Interessenwahrung gilt jedoch nicht schrankenlos. Der Anwalt ist zwar Verfechter von Parteiinteressen und als solche einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Er soll aber seine Tätigkeit nur insoweit auf das vom Auftraggeber gewünschte oder angestrebte Ziel ausrichten, als dies aufgrund der eigenen Beurteilung überhaupt möglich und mit der Rechtsauffassung vereinbar ist. Gemäss Praxis des Bundesgerichts soll der Anwalt dem Klienten als "objektiv urteilender Helfer" dienlich sein. Nach Auffassung des Bundesgerichts schätzt der Anwalt eigenständig ab, wie im Prozess vorzugehen ist, und versucht, den Klienten von seiner Betrachtungsweise zu überzeugen bzw. von einer unzweckmässigen Handlungsweise abzuhalten (Fellmann, a.a.O. Art. 12 N 31 mit Verweis auf BGE 130 II 95).

8. Der einmal bestellte unentgeltliche Rechtsvertreter hat sein Mandat grundsätzlich bis zum Abschluss des Prozesses zu führen. Eine vorzeitige Entlassung bzw. ein Wechsel der unentgeltlichen Rechtsvertretung vor Prozessende kommt gemäss Praxis dann in Betracht, wenn der bisherige Rechtsbeistand die wesentlichen Interessen seiner Partei nach objektiven Kriterien nicht mehr wahrnehmen kann. So ist der unentgeltliche Rechtsvertreter auf sein Gesuch hin zu entlassen, wenn sich zwischen ihm und seinem Klienten so schwere Spannungen ergeben, dass das Vertrauensverhältnis vollständig zerstört ist und die Weiterführung des Auftrags als unzumutbar erscheint. Gewisse Unstimmigkeiten zwischen vertreterner Partei und Rechtsbeistand sind aber in Kauf zu nehmen, solange dieser die wesentlichen Interessen seiner Klientschaft ausreichend wahrnimmt. Wegen der regelmässig mit einer Neubestellung verbundenen Mehrkosten zulasten des Staates ist bei der Auswechslung von Rechtsbeiständen Zurückhaltung am Platz (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, § 87 ZPO/ZH N 1; BSK ZPO-Rüegg, N 15 zu Art. 118 ZPO, mit Verweis auf 114 Ia 101). Die Tatsache, dass eine amtlich vertretene Person kein Vertrauen mehr in ihren Anwalt hat, berechtigt sie nicht, bei der zuständigen Behörde die Bestellung eines anderen Offizialanwaltes zu verlangen, wenn der Vertrauensverlust bloss auf subjektiven Gründen beruht und das Verhalten des Anwalts nicht offensichtlich ihren Interessen zuwiderläuft (BGer. 5P.476/1999).

9. Im konkreten Fall macht Rechtsanwältin X. _____ ein zerstörtes Vertrauensverhältnis geltend. Das Entlassungsgesuch legt Differenzen zwischen ihr und dem Beklagten nahe. Eine Telefonnotiz in den erstinstanzlichen Akten hält ein Gespräch zwischen der zuständigen Richterin mit Rechtsanwalt Dr. Z. _____ fest, wonach der Beklagte letzteren als Vertreter beauftragen wolle (Urk. 5/47). Welche Beanstandungen der Beklagte seiner Anwältin vorwirft, lässt sich den Akten nicht entnehmen. So finden die am 9. März 2011 durch die Rechtsvertreterin auftrags des Beklagten eingereichten Anträge betreffend Verzicht auf elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht (Urk. 5/34) eine Stütze im Abklärungsbericht des Jugendsekretariats C. _____, in dem festgehalten ist, der Beklagte wolle sich vollständig zurückziehen und auf ein Besuchsrecht verzichten (Urk. 5/39 S. 6). Es ist nichts aktenkundig, das Anlass geben würde, die Mandatsführung von Rechtsan-

wältin X._____ zu beanstanden. Im Übrigen ist sie eine erfahrene, im Scheidungsrecht spezialisierte Anwältin. Auch wenn der Beklagte aus seiner subjektiven Sicht betrachtet der Anwältin kein Vertrauen mehr entgegenbringen will, so reicht dies vorliegend nicht aus, um Rechtsanwältin X._____ aus objektiven Gründen das Mandat zu entziehen.

10. Im Beschwerdeverfahren nach ZPO sind neue Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Die Behauptung von Rechtsanwältin X._____, dass sie das Mandat nicht mehr weiterführen könne, da sie völlig unterschiedliche Prozesstandpunkte hätten und ein Aufzeigen der Konflikte die Prozessaussichten des Beklagten schmälern könnten, fällt unter das Novenverbot und ist daher nicht zulässig. Der allgemeine Hinweis, das Vertrauensverhältnis sei zerstört, kann vor dem Hintergrund der erwähnten konstanten Praxis nicht genügen. Es wurden vor Erstinstanz keine Umstände angeführt, welche schwere Spannungen namhaft machen würden.

11. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Es kann daher davon abgesehen werden, eine Beschwerdeantwort der Klägerin oder eine Stellungnahme der Vorinstanz einzuholen (Art. 322 ZPO, Art. 324 ZPO). Im Übrigen ist es dem Beklagten überlassen, ob er sich inskünftig durch den neu kontaktierten Rechtsanwalt (entgeltlich) vertreten lassen will oder ob er wiederum die ihm bestellte unentgeltliche Rechtsvertreterin beiziehen will.

III.

1. Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO).
2. Der Klägerin ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.
3. Der Beklagte lässt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung stellen. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, ist das Beschwerdeverfahren als aussichtslos zu bezeichnen. Das entsprechende Gesuch ist daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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 im Sinne von Art. 93 BGG..

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 25. Oktober 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
se