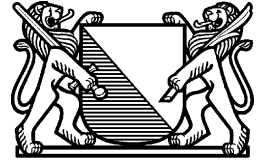


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC120023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 21. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom
23. April 2012; Proz. FE070329**

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien stehen sich vor dem Bezirksgericht Winterthur seit August 2007 in einem Scheidungsverfahren gegenüber (vgl. Geschäfts-Nr. FE070329). Mit Verfügung vom 24. Juni 2009 wurde der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Klägerin) – wie von ihr beantragt (vgl. act. 5/48 S. 5 f.) – die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 5/51).

1.2. Mit Schreiben vom 7. Juli 2011 teilte die Klägerin ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand mit, dass sie ihm das Mandat per sofort entziehe (act. 5/81). Mit Eingabe vom 15. Juli 2011 reichte Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ der Vorinstanz seine Honorarnote sowie eine Kopie eines gleichentags an die Klägerin ergangenen Schreibens ein (act. 5/83-85). Unter Einreichung einer Vollmacht vom 12. Juli 2011 teilte Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ der Vorinstanz mit Eingabe vom 18. Juli 2011 mit, dass sie die Klägerin nun vertrete (act. 5/86-87). Mit Verfügung vom 20. Juli 2011 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher objektiver Gründe sie ihr Vertrauen zu ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand verloren habe. Auch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ wurde Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher objektiver Gründe er um einen Widerruf seines Mandats als unentgeltlicher Rechtsbeistand ersuche (act. 5/89). Die Stellungnahmen erfolgten mit Eingaben vom 2. August 2011 (act. 5/93) und vom 11. August 2011 (act. 5/96). Mit Verfügung vom 29. August 2011 wurde das Gesuch um Entlassung von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Klägerin bzw. das Gesuch um Widerruf des Mandates abgewiesen (act. 5/100).

1.3. Mit Eingabe vom 4. September 2011 teilte Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ der Vorinstanz mit, dass die Klägerin auf die Dienste des unentgeltlichen Rechtsbeistandes verzichte und sich allein durch sie vertreten lasse (act. 5/102). Mit Verfügung vom 14. September 2011 wurde Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ für seine

Bemühungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Klägerin für die Jahre 2009 bis 2011 aus der Gerichtskasse entschädigt (Prot.-I S. 46).

1.4. Mit Eingabe vom 13. März 2012 beantragte die Klägerin, es sei ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (act. 5/123). Mit Verfügung vom 13. März 2012 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu begründen, inwiefern nach der erfolgten Abweisung ihres Gesuches um Entlassung ihres früheren unentgeltlichen Rechtsbeistandes die Voraussetzungen für die Bestellung einer neuen unentgeltlichen Rechtsbeiständin vorliegen würden (act. 5/125). Die Stellungnahme der Klägerin erfolgte mit Eingabe vom 5. April 2012 (act. 5/142 S. 1 f.). Mit Verfügung vom 23. April 2012 wies die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin ab (act. 5/149 = act. 4 Dispositivziffer 1).

1.5. Mit Eingabe vom 7. Mai 2012 erhob die Klägerin fristgerecht Beschwerde gegen die Verfügung vom 23. April 2012 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2 f.):

- " 1. a) Es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und RA lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin der Klägerin im Verfahren FE070329 vor BG Winterthur zu bestellen.
- b) Eventuell: Es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Verfahren zur Bestellung von RA lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin der Klägerin im Verfahren FE070329 an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Es sei der Klägerin und Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltliche Rechtsvertreter der Person von RA lic. iur. X._____ zu bestellen,
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei."

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-163). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Materielles

2.1. Die Vorinstanz führt in der Verfügung vom 23. April 2012 aus, die Gesuche des bisherigen unentgeltlichen Rechtsbeistandes der Klägerin um Entlassung und der Klägerin um Widerruf des Mandates seien bereits mit einlässlich begründeter Verfügung vom 29. August 2011 abgewiesen worden. Die Vertreterin der Klägerin rechtfertige ihren Antrag auf Bestellung als unentgeltliche Rechtsbeiständin damit, dass das Gericht trotz Verfügung vom 29. August 2011 das Mandat des bisherigen unentgeltlichen Rechtsbeistandes beendet habe, indem dessen Bezahlung angeordnet worden sei. Dem sei nicht so. Mit Verfügung vom 14. September 2011 sei Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ lediglich als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Klägerin entschädigt worden und damit nichts weiteres oder anderes entschieden worden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern nach erfolgter Abweisung des Gesuchs um Entlassung des früheren unentgeltlichen Rechtsbeistandes nun die Voraussetzungen für die Bestellung einer neuen unentgeltlichen Rechtsbeiständin vorliegen würden (act. 4 S. 2).

2.2. Die Klägerin bringt vor, sie habe ihrem vormaligen unentgeltlichen Rechtsbeistand mitgeteilt, dass sie jedes Vertrauen in ihn verloren habe und ihm sodann das Mandat entzogen. Dieser habe den Eingang dieses Schreibens gegenüber der Vorinstanz bestätigt, seine Honorarnote eingereicht und mit an sie gerichtetem Schreiben vom 15. Juli 2011 ihren Mandatsentzug respektiert. Ihnen beiden sei von der Vorinstanz Frist angesetzt worden, um die Gründe für die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Klient darzustellen. Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ habe erklärt, dass es ihm aus objektiven Gründen nicht mehr möglich sei, ihre Interessen mit der notwendigen Überzeugung wahrzunehmen. Gleichzeitig habe er ein Gesuch um Widerruf des Mandates gestellt. Dessen ungeachtet habe die Vorinstanz vorerst die Entlassung von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand verweigert, worauf sie – infolge offensichtlich gegenseitig schwer gestörten Vertrauensverhältnisses – auf seine Dienste verzichtet habe und sich durch ihre neue Rechtsvertreterin habe vertreten lassen. Kurze Zeit später sei Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ mit Verfügung vom 14. September 2011 dennoch entlassen worden, indem das Gericht ihn für seine

Bemühungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand entschädigt habe. Seit dieser Entlassung erscheine Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ nicht mehr als ihr Vertreter im Rubrum und es seien auch keine gerichtlichen Zustellungen mehr an ihn erfolgt. Er sei überdies auch nicht zur nächsten Verhandlung vorgeladen worden. Die Vorinstanz habe ihn demnach seit dem 14. September 2011 als entlassen behandelt. Mit Eingabe vom 13. März 2012 habe sie ein Gesuch um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin gestellt, mit der Begründung, dass Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ auf eigene Initiative des Gerichts am 14. September 2011 entlassen worden sei. Die Auffassung der Vorinstanz könne nicht geteilt werden, wonach Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ lediglich bezahlt, aber nicht entlassen worden sei, denn die mit Verfügung vom 14. September 2011 erfolgte Zahlung sei eine Schluss- und keine Akontozahlung gewesen. Die Abweisung ihres Gesuches um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin sei somit zu unrecht erfolgt. Im Weiteren würden keine Mehrkosten entstehen, da das Gesuch um Bestellung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin erst per 13. März 2012 gestellt worden und diese in der Zwischenzeit in das Verfahren eingearbeitet sei. Dass die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsbeiständigung bestünden, sei im Übrigen von der Vorinstanz nicht in Abrede gestellt worden (act. 2 S. 3 ff.).

2.3. Zwischen dem Staat und dem unentgeltlichen Rechtsbeistand besteht ein durch Verfügung begründetes mandatähnliches öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Zu der Partei hingegen besteht bei einer gerichtlichen Bestellung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO grundsätzlich ein privatrechtlicher Auftrag, wobei das Auftragsverhältnis durch das öffentliche Recht überlagert wird (vgl. BGE 122 I 322 Erw. 3b, LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 118 N 12). Ein Wechsel des bestellten unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist grundsätzlich nur dann zu bewilligen, wenn eine Partei dartun kann, dass sie das Vertrauen in ihren Rechtsbeistand verloren hat, und dies als objektiv begründet erscheint; blosser Meinungsverschiedenheiten zwischen Rechtsbeistand und Partei genügen hierzu jedoch nicht. Ein Wechsel ist nur mit Zurückhaltung zu gewähren (vgl. BGE 114 IA 101 Erw. 3).

2.4. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Klägerin um Entlassung von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand mit Verfügung vom 29. August 2011 abgewiesen (act. 5/100). Gegen diese Verfügung ist kein Rechtsmittel erhoben worden. Es ist demnach vorliegend nicht mehr zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass seinerzeit keine objektiven Gründe für eine Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem unentgeltlichen Rechtsbeistand und der Vertretenen vorgelegen haben. Hingegen stellt sich die Frage, ob Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ allenfalls sinngemäss als unentgeltlicher Rechtsbeistand entlassen wurde, indem er mit Verfügung vom 14. September 2011 für seine Bemühungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Klägerin für die Jahre 2009 bis 2011 aus der Gerichtskasse entschädigt worden ist (vgl. Prot.-I S. 46).

Es ist richtig, dass die Vorinstanz Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ in der Folge nicht mehr als Vertreter der Klägerin aufführte und keine gerichtlichen Zustellungen bzw. Vorladungen mehr an ihn erfolgten. Insoweit kann den Ausführungen der Klägerin zugestimmt werden. Dabei handelte die Vorinstanz jedoch nicht – wie von der Klägerin geltend gemacht – aus eigener Initiative, sondern vielmehr auf den Wunsch der Klägerin. Denn die Klägerin hat der Vorinstanz mit Eingabe vom 4. September 2011 mitgeteilt, dass sie auf die Dienste des unentgeltlichen Rechtsbeistandes verzichte und sich fortan allein durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ vertreten lassen wolle (act. 5/102).

Wie bereits ausgeführt, ist bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Wechsels des gerichtlich bestellten unentgeltlichen Rechtsbeistandes ein strenger Massstab anzulegen. Allein die Tatsache, dass die vertretene Partei kein Vertrauen in ihren unentgeltlichen Rechtsbeistand mehr hat, genügt hierfür nicht. Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ ist im vorliegenden Scheidungsverfahren seit Anfang September 2011 nicht mehr für die Klägerin tätig geworden. Diese Untätigkeit erfolgte – wie bereits dargelegt – auf ausdrückliches Ersuchen der Klägerin hin, da diese es vorzog, sich fortan durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ vertreten zu lassen. Die Klägerin scheint zu verkennen, dass die Vorinstanz bereits mit Verfügung vom 29. August 2011 über die Erklärung von Rechtsanwalt lic. iur.

Z._____, wonach es ihm aus objektiven Gründen nicht mehr möglich sei, ihre Interessen mit der notwendigen Überzeugung wahrzunehmen bzw. über sein Gesuch um Widerruf seines Mandates sowie über ihr Gesuch um dessen Entlassung entschieden hat (act. 5/100). Die Klägerin macht sodann auch keine zwischenzeitlich vorgefallenen Geschehnisse geltend und begründet somit in keiner Weise, inwiefern nun – nach erfolgter Abweisung ihres Gesuchs um Entlassung ihres früheren unentgeltlichen Rechtsbeistandes – die Voraussetzungen für die Bestellung einer neuen unentgeltlichen Rechtsbeiständin vorliegen sollen.

Es handelt sich vorliegend in der Tat um eine etwas ungewöhnliche Vertretungssituation. Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 24. Juni 2009 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 5/51 S. 10). Aufgrund der mit Verfügung vom 29. August 2011 erfolgten Abweisung der Gesuche um Entlassung des Rechtsbeistandes bzw. um Widerruf des Mandates besteht das mandatähnliche öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis grundsätzlich weiter, obwohl die Klägerin sich nun auch durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____ vertreten lässt.

Es mag sein, dass die Klägerin subjektiv nicht nachvollziehen kann, wieso ein Wechsel des unentgeltlichen Rechtsbeistandes unter den gegebenen Umständen nicht bewilligt wird. Es kann jedoch nicht sein, dass eine Partei im Falle einer Abweisung ihres Gesuches um Entlassung ihres gerichtlich bestellten unentgeltlichen Rechtsbeistandes einfach einen neuen Rechtsvertreter mandatiert, dem Gericht mitteilt, fortan durch diesen vertreten zu sein, um in der Folge daraus einen Vorteil abzuleiten. Ein solches Vorgehen käme vielmehr eine Umgehung des Abweisungsentscheides betreffend Entlassungsgesuch gleich.

Die Vorinstanz hat den Anspruch der Klägerin auf unentgeltliche Rechtspflege bejaht und ihr einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt. Sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt, hat dies jedoch nicht zur Folge, dass der gerichtliche bestellte Rechtsbeistand nach Belieben ausgewechselt werden kann. Der vertretenen Partei ist es nicht verwehrt, im Laufe des Verfahrens einen anderen Rechtsvertreter beizuziehen. Dies erfolgt aber auf eigenes Kostenrisiko, da die Entlassung bzw. der Wechsel des bestellten unentgeltlichen

Rechtsbeistandes nur aus gewichtigen objektiven Gründen zu bewilligen ist. Es ist die Entscheidung der Klägerin, sich im vorliegenden Verfahren von einer anderen Rechtsanwältin vertreten zu lassen und somit auf die Dienste des unentgeltlichen Rechtsbeistandes freiwillig zu verzichten. Dies führt zu dieser ungewöhnlichen – von der Klägerin selber so gewählten – Situation, dass für sie eine Rechtsvertreterin tätig ist, welche von ihr selber entschädigt werden muss, trotz eigentlich bewilligter unentgeltlicher Rechtsverbeiständung.

Im Weiteren lässt sich aus dem Umstand, dass Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ für seine bisherigen Bemühungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand aus der Gerichtskasse entschädigt worden ist, nichts für den Standpunkt der Klägerin ableiten. Die Entschädigung erfolgte aufgrund der Rechnungsstellung im Zusammenhang mit der Stellungnahme von Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ und stellt insofern eine blosser Teilzahlung dar. Es wäre denn auch schwer nachvollziehbar, wieso die Vorinstanz Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ mit eingehend begründeter Verfügung vom 29. August 2011 als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestätigte (act. 5/100), um ihn rund zwei Wochen später mit Verfügung vom 14. September 2011 (Prot.-I S. 46) sinngemäss als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu entlassen.

2.5. Aus den dargelegten Umständen ergibt sich, dass sämtliche Vorbringen der Klägerin unbegründet sind, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. In Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden, ausser bei Böswilligkeit und Mutwilligkeit, keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt nach der Praxis der Kammer auch für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 27 und Art. 121 N 10; OGerZH, NQ110017, Urteil vom 8. September 2011; OGerZH, PC110052, Verfügung vom 23. November 2011; a.M. BGer 5A.405/2011, Entscheid vom 27. September 2011 Erw. 6).

3.2. Die Klägerin stellte für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege und beantragte, es sei

Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (act. 2 S. 3). Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu zu beantragen und von dieser im summarischen Verfahren zu entscheiden (vgl. Art. 119 Abs. 3 und 5 ZPO). Infolge der Kostenlosigkeit des Verfahrens wird der Antrag der Klägerin auf unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos, und das Gesuch ist entsprechend abzuschreiben.

3.3. Eine Person hat im Sinne von Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, welche auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes umfasst (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Den vorstehenden Erwägungen folgend steht fest, dass die klägerische Beschwerde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte. Es mangelt somit an einer der Voraussetzungen gemäss Art. 117 ZPO, weshalb auch dahingestellt bleiben kann, ob die Prozessarmut der Beschwerdeführerin als gegeben zu betrachten wäre. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin ist abzuweisen.

3.4. Da dem Beklagten im Beschwerdeverfahren keine Umtriebe erwachsen sind, ist ihm auch keine Entschädigung auszurichten.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren der Klägerin um Befreiung von den Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
4. Gegen diesen Beschluss kann Beschwerde geführt werden gemäss der zum nachstehenden Urteil gegebenen Rechtsmittelbelehrung.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2, und Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur, je gegen Empfangsschein.
4. 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 Art. 93 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. K. Graf

versandt am: