

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ180042-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 25. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Kindesschutzmassnahme nach Art. 308 Abs. 2 ZGB /
unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung**

**Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer II des Bezirksrates Zürich
vom 28. Juni 2018 i.S. B. _____, geb. tt.mm.2007; VO.2017.30 (Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörde Zürich)**

Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin A._____ und C._____ sind die Eltern des am tt.mm.2007 geborenen B._____. Weil sie sich über die Kinderbelange nicht einigen konnten resp. eine frühere Abmachung nicht mehr tragfähig war, befasste sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Zürich mit der Sache. Am 27. Februar 2017 unterzeichneten die Eltern bei der KESB eine Vereinbarung über Sorge, Obhut und Betreuung (KESB-act. 90; die Mutter war alleine zur Anhörung und Verhandlung erschienen, der Vater begleitet von seiner Anwältin). Mit Beschluss vom 16. März 2017 errichtete die KESB eine Beistandschaft für B._____, insbesondere zum Überwachen und Umsetzen dieser Vereinbarung. Die Kosten wurden den Eltern je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Mutter zufolge der ihr bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen nicht eingefordert (KESB-act. 94).

Den Beschluss vom 16. März 2017 focht der Vater beim Bezirksrat an. Er verlangte, die Beistandschaft sei aufzuheben, weil dafür keine Notwendigkeit bestehe (BR-act. 1). Die Mutter liess durch einen am 9. Mai 2017 neu mandatierten Anwalt Abweisung der Beschwerde beantragen (BR-act. 5). In einer vom Bezirksrat als "Replik" bezeichneten Stellungnahme hielt der Vater an seinem Antrag fest und äusserte sich zu dem von der Mutter gestellten Antrag auf unentgeltliche Prozessführung (BR-act. 12). Vom Bezirksrat dazu aufgefordert, nahm die Mutter in der Folge Stellung zu dieser Stellungnahme (BR-act. 15). Daraufhin liess der Vater seine Beschwerde zurückziehen; er erklärte, die Verfahrenskosten zu übernehmen, wogegen auf eine Parteientschädigung "mangels substantiellen Aufwandes" zu verzichten sei (BR-act. 20).

Am 9. Mai 2018 schrieb der Bezirksrat sein Verfahren ab. Kosten erhob er nicht; unter Hinweis auf eine entsprechende Praxis in Familiensachen sprach er auch keine Parteientschädigung zu. Mit Beschluss vom 28. Juni 2018 wies er das Gesuch der Mutter "um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung ab" (act. 3/1). Diesen Entscheid ficht die Mutter an.

2. Die Beschwerde ist rechtzeitig (BR-act. 26 und act. 2), sie enthält den Antrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Verfahren des Bezirksrates und eine Begründung, die sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzt.

Ein Kostenvorschuss war nicht zu erheben (§ 60 Abs. 1 EG KESR).

Die Akten von Bezirksrat und KESB sind beigezogen worden.

3. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung hatte die Beschwerdeführerin damit begründet, dass sie für sich und B._____ monatlich Fr. 5'210.-- zur Verfügung habe, wogegen der Bedarf für sie beide Fr. 6'177.-- betrage (im Einzelnen act. 23 mit einer Zusammenstellung auf S. 2 und Beilagen act. 23/1-20). Der Bezirksrat berücksichtigt nur Einkünfte und Aufwand der Mutter, nimmt verschiedene Posten aus der Rechnung heraus und kommt so auf einen monatlichen Überschuss von Fr. 695.80 (act. 3/1).

Vorweg mag der Hinweis sinnvoll sein, dass sich die Regelung der Kostenfolgen durch den Bezirksrat nicht ohne Weiteres von selbst verstand. Es ist durchaus richtig, dass das Obergericht bei Kinderbelangen häufig Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO heranzieht, um den Eltern die Kosten je hälftig aufzuerlegen, wenn sie sich beide in guten Treuen für das dem Kind aus ihrer Sicht Zuträgliche eingesetzt haben. Und dann entfällt regelmässig eine Parteientschädigung. Der Rückzug eines Rechtsmittels ist aber doch ein klares Unterliegen, was eine Kostenaufgabe nicht gerade verlangt, aber doch nahelegt. Im vorliegenden Fall hatte der Vater zudem ausdrücklich erklärt, er werde "allfällige" Verfahrenskosten übernehmen (BR-act. 20). Von da her drängte sich der Verzicht auf eine Kostenaufgabe eigentlich nicht auf. Es kommt hinzu, dass dieser Verzicht eine Parteientschädigung nicht notwendigerweise ausschliesst - wie etwa der generell kostenfreie Arbeitsprozess zeigt -, und die Bemerkung im Berufungsrückzug, diese Entschädigung sei "mangels substantiellen Aufwandes" zu verweigern, war offenkundig unangebracht. Das Interesse der Mutter an der Bewilligung der unentgeltlichen Vertretung wäre allerdings auch dann nicht unbedingt entfallen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Während die Mutter bei der Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben sowohl ihre eigene Situation als auch die des Kindes darstellt, geht der Bezirksrat einzig auf die der Mutter ein. Das dürfte richtig sein, wenn das Kind einen Überschuss, die Mutter dagegen ein Manko ausweist, denn Einkommen und Vermögen des Kindes stehen den Eltern nicht unbeschränkt zur Verfügung (Art. 318 ff. ZGB). Wenn die dem Kind zustehenden Einkünfte seine Bedürfnisse nicht decken und die Mutter für den Fehlbetrag tatsächlich aufkommt, wäre es stossend, das nicht zu berücksichtigen. Das kann aber offen bleiben, wie sich zeigen wird.

Die Beschwerde argumentiert wiederholt mit Noven: dass die Mutter ihre Stelle zu Gunsten einer neuen Tätigkeit in Österreich aufgegeben habe, dass sie bis zum Stellenantritt erwerbslos sei, dass sie Umzugskosten werde aufbringen müssen etc. (act. 2). In der Beschwerde sind Noven an sich nicht zulässig (Art. 450f ZGB). Andererseits lässt die Praxis Noven in den Fällen der strengen Untersuchungs-(oder Erforschungs-)Maxime auch in der Beschwerde unbeschränkt zu, und es gilt der Grundsatz, dass die Prozessmaximen nicht nur die Sache selbst, sondern auch prozessuale Neben-Themen bestimmen. Die Praxis hat das allerdings bisher nicht definitiv geklärt, und es kann auch heute offen bleiben:

Anders als der Bezirksrat annimmt, sind betriebsrechtliches Existenzminimum und Prozessarmut im Sinne des Rechts der unentgeltlichen Rechtspflege nicht nach den gleichen Kriterien zu ermitteln. Der betriebsrechtliche Notbedarf ist für die Festlegung der Prozessarmut vielmehr zu erweitern, sei es durch eine pauschale Erhöhung des Grundbetrages, sei es um konkrete einzelne Positionen, oder beides zusammen, und es ist auch das Zurückzahlen von Schulden zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich erfolgt (im Einzelnen KuKo ZPO Jent-Sørensen 2. Aufl., Art. 117 N. 29 ff.). Im vorliegenden Fall sind nach diesen Grundsätzen die Positionen für "Billag" und "Kommunikation" von Fr. 40.-- resp. Fr. 100.-- ergänzend zu berücksichtigen. Richtig ist, dass der Bezirksrat die Steuern statt wie geltend gemacht mit Fr. 227.-- monatlich nur mit Fr. 96.-- einsetzt - gemäss dem Steuerrechner für die kantonalen und für die Bundessteuern ergeben die Zahlen aus der eingereichten Steuererklärung (act. 23/19) jährliche Steuern von Fr. 1'154.--. Die grösste Position betrifft die Kosten für eine Weiterbildung

von Fr. 15'000.--, welche die Beschwerdeführerin glaubhafterweise von einer Bekannten borgte und ihr jetzt in monatlichen Raten von Fr. 1'000.-- zurückzahlt. Wie nützlich oder notwendig diese Weiterbildung ist, kann für die Frage der Prozessarmut nicht hinterfragt werden (sog. Effektivitäts-Grundsatz).

Damit bleibt der Mutter auch nach ihren Darstellungen dem Bezirksrat gegenüber kein Überschuss. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich der Kosten wäre ausgewiesen, wenn der Bezirksrat nicht auf Kosten verzichtet hätte. Die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung hat der Bezirksrat zu recht nicht in Frage gestellt, und aussichtslos war der Standpunkt der Mutter offenkundig nicht. Die unentgeltliche Vertretung ist für das Verfahren des Bezirksrates zu bewilligen. (Immerhin ist anzumerken, dass die "Honorarnote" des Anwaltes [BR-act. 23/20] kritisch zu beurteilen sein wird: die Entschädigung bemisst sich nicht nach einem Stundensatz von Fr. 300.--, sondern nach der Pauschale von § 5 AnwGebV und allfälligen Zuschlägen im Sinne von § 11 AnwGebV, und die Eingaben an den Bezirksrat waren durchwegs knapp gehalten).

4. Für das Verfahren der Kammer sind keine Kosten zu erheben. Damit wird das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege insoweit gegenstandslos. Der Beschwerdeführerin ist die unentgeltliche Vertretung zu bewilligen, und ihrem Anwalt ist aus der Staatskasse eine Entschädigung für dieses Verfahren von Fr. 1'000.-- zuzüglich 7,7% MWSt zuzusprechen (Art. 122 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und Ziff. I des Dispositivs im angefochtenen Beschluss des Bezirksrates Zürich vom 28. Juni 2018 wird aufgehoben.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der unentgeltlichen Vertretung für das Verfahren des Bezirksrates wird bewilligt, und Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ... [Anwaltskanzlei], wird als unentgeltlicher Vertreter bestellt. Was Verfahrenskosten des Bezirksrates betrifft, wird das Gesuch abgeschrieben.

2. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird insoweit abgeschrieben.
3. Für das Verfahren des Obergerichts wird der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der unentgeltlichen Vertretung bewilligt, und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, ... [Anwaltskanzlei] wird als ihr unentgeltlicher Vertreter bestellt. Sein Honorar wird auf Fr. 1'077.-- festgesetzt und direkt ihm aus der Gerichtskasse ausbezahlt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 30'000.-- nicht erreicht.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: