

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ210002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Beschluss und Urteil vom 9. Februar 2021

in Sachen

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

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Dr. rer. pol. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beschwerdegegnerin

betreffend **Beistandswechsel / unentgeltlicher Rechtsbeistand / Rückweisung**

**Beschwerde gegen einen Entscheid des Bezirksrates Dielsdorf vom 19. März 2020 i.S. C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2014 und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016; VO.2020.3 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Dielsdorf) Beschluss und Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. Juni 2020; Proz. PQ200019 Urteil Bundesgericht vom 8. Dezember 2020; Proz. 5A\_683/2020**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Behörden beschäftigen sich seit längerer Zeit mit der Situation von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ bzw. deren Eltern. Am tt. Februar 2019 reichte der Beschwerdeführer die Scheidungsklage am Bezirksgericht Dielsdorf ein. Nach Massgabe der gesetzlichen Regelung ist ab diesem Zeitpunkt das mit der Scheidung der Ehe der Parteien befasste Bezirksgericht zuständig auch für die Regelung der Nebenfolgen über die Kinderbelange und demnach auch über den Antrag auf Kindesschutzmassnahmen und die Behandlung des Antrages auf Beistandswechsel (sog. Kompetenzattraktion; Art. 133 und Art. 315a Abs. 1 ZGB). Es verblieb einzig die Beurteilung des Antrages des Beschwerdeführers auf Wechsel der Beiständin bei der KESB (siehe hierzu KESB-act. 156, act. 158). Die KESB sistierte mit Entscheid vom 12. Dezember 2019 das Verfahren betreffend Beistandswechsel, was der Beschwerdeführer beim Bezirksrat erfolgreich angefochten hat.

Sowohl die KESB als auch der Bezirksrat wiesen indes das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Zusammenhang mit der Behandlung seines Antrages auf Wechsel der für die Kinder bestellten Beiständin aufgrund der Email Nachricht vom 7. Februar 2019 ab (BR-act. 2/7 Proz. PQ200019). Dies, mithin die Entscheide über die Frage, ob die Vorinstanzen dem Beschwerdeführer zu Recht die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch Rechtsanwalt Dr. iur Dr. rer. pol. X.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ AG, Zürich, in den Verfahren vor der KESB und dem Bezirksrat verweigert haben, liess der Beschwerdeführer anfechten vor Obergericht des Kantons Zürich.

Mit Entscheid vom 23. Juni 2020 wies das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, das Rechtsmittel sowie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren ab und auferlegte dem Beschwerdeführer eine Entscheidgebühr von Fr. 500.--. Ein Mitglied des Spruchkörpers gab seine abweichende Meinung zu Protokoll (act. 11 Proz. PQ2000019).

Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesgericht und beantragte unter anderem, es sei ihm für das Verfahren vor der KESB und dem Bezirksrat die unentgeltliche Verbeiständung sowie die umfassende unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor Obergericht zu gewähren.

Mit Urteil vom 8. Dezember 2020 hob das Bundesgericht in teilweiser Gutheissung der Beschwerde das Urteil des Obergerichtes vom 23. Juni 2020 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im Verfahren vor dem Obergericht an dieses zurück. Im Übrigen wies das Bundesgericht die Beschwerde als unbegründet ab (act. 3 S. 15).

Der Prozess ist somit wieder beim Obergericht hängig und wird neu mit der rubrizierten Prozess Nr. PQ210002 an den Registern des Obergerichts geführt.

2. Mit Eingabe vom 22. Januar 2021 übermittelte Rechtsanwalt Dr. iur Dr. rer. pol. X. \_\_\_\_\_ seine Honorarnote für das obergerichtliche Verfahren (Prozess Nr. PQ200019) und ersuchte um Überweisung der vom Bundesgericht gesprochenen Parteientschädigung von Fr. 800.-- (act. 3 S. 17 Dispositivziffer 4 des Bundesgerichtsurteils) sowie um Entschädigung für die unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren vor Obergericht (act. 5 und act. 6).

## II.

1. Es ist nach Vorgabe des Bundesgerichts das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren vor dem Obergericht neu zu prüfen.

2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte einer Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Ziff. 1 lit. c ZPO).

3. Ob Prozessbedürftigkeit besteht, ist anhand der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Gesuch stellenden Person zu ermitteln. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege muss für jede Instanz neu beantragt werden (Art. 119 Abs. 5 ZPO), und das zieht nach sich, dass die Voraussetzungen jedes Mal neu darzustellen und zu belegen sind. Der Beschwerdeführer führte in der Beschwerde an das Obergericht vom 1. April 2020 aus, er sei von der Sozialhilfe abhängig und müsse seine zwei Kinder versorgen (act. 2 S. 8 unten; PQ200019). Als Beleg wird eine Bestätigung der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ vom 1. April 2020 über die Finanzierung der Gesundheitskosten des Beschwerdeführers durch die öffentliche Hand (act. 4/4 Proz. PQ200019) zu den Akten gereicht. Gemäss Eigendeklaration hat der Beschwerdeführer ein Vermögen von Fr. 52.-- (act. 4/9 Proz. PQ200019). Eine Steuererklärung wurde nicht eingereicht. Es wurde nicht dargestellt, für welche Ausgaben ein Kleinkredit abzubezahlen ist. Um Weiterungen zu vermeiden genügen die lückenhaften Unterlagen des Beschwerdeführers den Anforderungen an die Begründung der zivilprozessualen Mittellosigkeit gerade noch. Es ist von Mittellosigkeit des Beschwerdeführers im Zeitraum April 2020 im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO auszugehen.

4. Als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO gelten Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Durch das Kriterium der fehlenden Aussichtslosigkeit soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess auf Staatskosten führt, den eine vermögende Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde.

Das Bundesgericht führte in diesem Zusammenhang aus, es könne in der Regel bei Nichteinigkeit des Spruchkörpers nicht von Aussichtslosigkeit im Sinne der Rechtsprechung ausgegangen werden. Erachte die Gerichtsmehrheit wie im vorliegenden Fall die Sache trotz der abweichenden Meinung der Gerichtsminderheit als aussichtslos, habe sie dies zu begründen, ansonsten ein Verstoß gegen das verfassungsmässige Recht von Art. 29 Abs. 3 BV vorliege (act. 3 S. 14, E. 5.3.). Argumentierte heute die Gerichtsmehrheit für Aussichtslosigkeit des Standpunktes des Beschwerdeführers vor der Kammer, hiesse dies, dass die Gerichtsmehr-

heit im Ergebnis die Gerichtsminderheit als nicht gleichwertig erachtete. Die Kammer folgt der Regel des Bundesgerichts, wonach von Nichtaussichtslosigkeit der Anträge des Beschwerdeführers vor der Kammer auszugehen ist.

5. Nachdem die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO erfüllt sind, ist das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Befreiung der Gerichtskosten (Art. 118 Ziff. 1 lit. b ZPO) gutzuheissen. Die dem Beschwerdeführer mit Urteil der Kammer vom 23. Juni 2020 auferlegte Entscheidgebühr von Fr. 500.-- (act. 2 S. 12 Dispositivziffer 2, Proz. PQ200019) ist zufolge der ihm zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführer ist ausdrücklich auf den Nachklagevorbehalt gemäss Art. 123 ZPO aufmerksam zu machen.

6. Wie erwähnt, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte einer Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Ziff. 1 lit. c ZPO).

Im Verfahren vor der Kammer war (nur noch) zu klären, ob der Beschwerdeführer im Verfahren vor der Kammer notwendig zu verbeiständen ist, um die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung durch den Bezirksrat anzufechten.

7. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung, wie diese auch im Rückweisungsentscheid vom 8. Dezember 2020 erwogen wird (act. 3 S. 8 E. 3.2.) hat eine bedürftige Partei Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bereitet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Person auf sich allein gestellt nicht gewachsen wäre.

Ob die Verbeiständung notwendig ist, bewertet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Die Rechtsnatur des Verfahrens ist ohne Belang. Im vorliegenden Kontext haben die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (Art. 446 Abs. 1 i. V. m. Art. 314 Abs. 1 ZGB). Zwar schliesst die Untersuchungsmaxime die sachliche Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung nicht generell aus. Immerhin rechtfertigt es sich an die Voraussetzungen, unter denen eine rechtsanwaltliche Verbeiständung geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (act. 3 S. 8 unten f., E. 3.2.).

8. Im Verfahren vor dem Bezirksrat ging es um die Sistierung des Verfahrens betreffend Beistandswechsel. Der Bezirksrat wies die KESB an, über den beantragten Beistandswechsel unverzüglich zu entscheiden (BR-act. 15 S. 13, S. 14, Dispositivziffer I.). Der Bezirksrat machte zudem Ausführungen über die Notwendigkeit der Verbeiständung in seinem Verfahren. Der Bezirksrat wies das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung für das Verfahren vor seiner Instanz aus zwei voneinander unabhängigen Gründen ab, nämlich infolge fehlendem Nachweis der Mittellosigkeit und fehlender Notwendigkeit der Verbeiständung (vgl. auch act. 3 S. 12, E. 4.3.). Der Bezirksrat begründete nachvollziehbar und im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung weshalb eine (unentgeltliche) Verbeiständung vor seiner Instanz nicht notwendig ist (BR-act. 15 S. 13 E. 4.4.). Er führte aus, die Interessen des Beschwerdeführers seien nicht in schwerwiegender Weise betroffen und die Sistierung des Verfahrens betreffend Beistandswechsel greife somit nicht stark in die Rechtsposition des Beschwerdeführers ein. Es würden sich keine rechtlich und tatsächlich schwierigen Fragen stellen, die den Beizug eines Rechtsbeistandes erfordern würden. Die Mutter (Gegenseite) habe sich zudem nicht in das Verfahren eingebracht und sie sei überdies nicht anwaltlich vertreten (BR-act. 15 S. 13 E. 4.4.).

9. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege hat den Zweck derjenigen Partei, welche die Kosten für den Prozess nicht aufbringen kann, die Verfolgung ihrer Rechte zu ermöglichen. Im obergerichtlichen Verfahren ging es um die Überprüfung des bezirksrätlichen Entscheides. Um beurteilen zu können, ob der Beschwerdeführer vor der Kammer auf (unentgeltliche) Verbeiständung zur Ver-

folgung seiner Rechte angewiesen war, ist deshalb der von ihm geltend gemachte Anspruch vor Bezirksrat und die damit für den Beschwerdeführer verbundene Betroffenheit zu beurteilen.

Die Frage, ob die eingesetzte Beiständin auszuwechseln ist, bewirkt nach Massgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine beschränkte Betroffenheit, weshalb die Interessen des Beschwerdeführers nicht in schwerwiegender Weise tangiert sind (act. 3 S. 9 E. 3.3.). Betrifft die grundsätzliche Frage des Beistandswechsels im Sinne der vorzitierten Rechtsprechung nicht in schwerwiegender Weise die Interessen des Beschwerdeführers, dann fehlt eine schwere Betroffenheit erst recht wenn es nur noch um die Beurteilung des Zeitpunkts des Bestandswechsels durch die Behörde geht. Demnach müssen zur relativen Schwere des Falles tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, die eine Verbeiständung notwendig erscheinen lassen.

Der Sachverhalt ist entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht komplex, und es bestanden keine Schwierigkeiten im Erfassen der tatsächlichen Umstände. Der Beschwerdeführer hätte in seinen eigenen Worten im Verfahren vor der Kammer erklären können, weshalb er mit der Verweigerung der unentgeltlichen Verbeiständung nicht einverstanden ist und die Unterbrechung des Prozederes des Beistandswechsels für ihn entgegen den Ausführungen des Bezirksrates mit gravierenden Folgen verbunden ist. Wie bereits in den Erwägungen des Urteils vom 23. Juni 2020 erwähnt - und auf welche Erwägungen verwiesen wird -, weiss der Beschwerdeführer sich mit seinen Anliegen an die Behörden, ihnen vorgelagerte Institutionen und Stellen zu wenden und er spricht eigenen Angaben zufolge Deutsch, wenn auch nicht fließend, was aber ohne Weiteres genügt (act. 2 S. 8, E. 6.2.). Es sind damit weder tatsächliche noch rechtliche Schwierigkeiten ersichtlich, welche eine Verbeiständung als notwendig erscheinen liessen. Es sei zudem daran erinnert, dass die Beurteilung des Sachverhaltes von der Prozessmaxime des Untersuchungsgrundsatzes beherrscht ist.

10. Zusammenfassend ist im Verfahren vor der Kammer kein Anwendungsfall einer notwendigen (unentgeltlichen) Verbeiständung ersichtlich, weshalb dem Be-

schwerdeführer vor der Kammer kein (unentgeltlicher) Rechtsvertreter beigegeben ist.

### III.

Das Bundesgericht verpflichtete den Kanton Zürich, dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das Verfahren vor Bundesgericht eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 800.-- zu bezahlen (act. 3 S. 15, S. 17, Dispositivziffer 4). Der Beschwerdeführer ersuchte mit Eingabe vom 22. Januar 2021 um Überweisung der Parteientschädigung (act. 5). Der Kasse des Obergerichts ist Mitteilung zu machen.

### IV.

Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beschwerdeführer nicht mangels gesetzlicher Grundlage, der Beschwerdegegnerin nicht weil ihr keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Dem Beschwerdeführer wird im Verfahren mit der Prozess Nr. PQ200019 die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Befreiung der Gerichtskosten bewilligt.
2. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Verfahren mit der Prozess Nr. PQ200019 wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

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

1. Die dem Beschwerdeführer mit Urteil vom 23. Juni 2020, Dispositivziffer 2, im Verfahren mit der Prozess Nr. PQ200019 auferlegte Entscheidungsbüher von Fr. 500.-- wird zufolge bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.



Der Beschwerdeführer wird ausdrücklich auf den Nachforderungsvorbehalt gemäss Art. 123 ZPO aufmerksam gemacht.

2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, in den Prozess Nr. PQ200019, an die Obergerichtskasse unter Beilage des Rubrums und des Dispositivs des Urteils des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2020, act. 3 S. 1 und S. 17, und der Kopie der Eingabe des Beschwerdeführers vom 22. Januar 2021, act. 5, an die KESB Dielsdorf sowie unter Beilage der Akten an den Bezirksrat Dielsdorf, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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 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. S. Kröger

versandt am: