

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ160101-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

## Urteil vom 29. März 2017

in Sachen

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

Beschwerdeführer

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

**gegen**

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

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Kindesschutzmassnahmen**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Winterthur vom 25. November 2016 i.S. C. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2013; VO.2016.83 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)**

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien sind die seit dem 12. Oktober 2015 eheschutzrichterlich getrennten Eltern der am tt.mm.2013 geborenen C.\_\_\_\_\_. Sie stehen sich vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen in einem Streit über die Gestaltung der Elternrechte gegenüber.

Mit Urteil vom 8. November 2016 wies der Bezirksrat Winterthur eine Beschwerde der Mutter gegen einen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen vom 11. Oktober 2016 betreffend vorsorgliche Massnahmen ab, ohne den Vater (dort Beschwerdegegner, hier Beschwerdeführer, zur Vermeidung von Verwechslungen als Vater bezeichnet) anzuhören.

2. Mit Eingabe vom 21. November 2016 ersuchte der Vater den Bezirksrat Winterthur, im mit dem soeben erwähnten Urteil erledigten bezirksrätlichen Beschwerdeverfahren sei ihm mit Wirkung ab dem 9. November 2016 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person seines Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen und diesem ein Honorar in Höhe von CHF 1'091.90 aus der Staatskasse zu zahlen (act. 3/2).

3. Mit Beschluss vom 25. November 2016 wies der Bezirksrat das Gesuch des Vaters um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Gegen diesen Beschluss, der ihm am 21. November 2016 zugestellt wurde, erhebt der Vater mit Eingabe vom 12. Dezember 2016 Beschwerde an die Kammer und beantragt, die Sache sei an den Bezirksrat zurückzuweisen, eventualiter sei ihm für das bezirksrätliche Verfahren VO.2016.83/3.02.00 die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsvertretung durch die Person seines Vertreters mit Wirkung ab dem 9. November 2016 zu gewähren und sei seinem Vertreter eine Entschädigung von CHF 1'091.90 zuzusprechen. Für das Beschwerdeverfahren ersucht er ebenfalls um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung durch seinen Vertreter.

4. Die unentgeltliche Rechtspflege soll Bedürftigen den Zugang zum Recht und die effektive Wahrung ihrer Rechte ermöglichen, indem sie von Vorschusspflich-

ten und Gerichtskosten befreit werden und die Kosten einer rechtskundigen Vertretung übernommen werden (KUKO ZPO-Jent, Art. 117 N 1). Aus diesem Zweck ergibt sich, dass die unentgeltliche Rechtspflege nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens nicht mehr zu bewilligen ist (BK, Bühler, Art. 119 ZPO N 89). Das gilt erst recht nach einem gewonnenen Prozess, der während seiner Dauer weder Gerichts- noch Vertretungskosten verursachte.

5. Die Vorinstanz liess offen, ob auf das Gesuch des Vaters einzutreten sei, weil dieses ohnehin abzuweisen sei. Auch die Frage der Mittellosigkeit liess die Vorinstanz offen. Da der Vater nicht in das Verfahren vor dem Bezirksrat einbezogen wurde und deshalb keine Rechtsbegehren stellen konnte, sei die zweite Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege, nämlich dass seine Rechtsbegehren nicht aussichtslos erschienen, nicht erfüllt. Ausserdem sei der Vater unter diesen Umständen nicht auf fachkundigen Rat angewiesen gewesen (act. 9/11).

Es trifft zwar zu, dass der Vater zur Wahrung seiner Rechte nicht auf fachkundige Unterstützung angewiesen war, weil der Bezirksrat auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtete und die Beschwerde der Mutter (dort Beschwerdeführerin, hier Beschwerdegegnerin, zur Vermeidung von Verwechslungen als Mutter bezeichnet) ohne ihn anzuhören sogleich abwies. Hingegen vermag die Überlegung, das Gesuch des Vaters wäre wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen gewesen, nicht zu überzeugen angesichts des Ergebnisses - der Vater obsiegte in der Sache vollumfänglich. Richtigerweise wäre auf das Gesuch nicht einzutreten gewesen. Der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben und das ist zu korrigieren.

6. Der Vater weist darauf hin, dass er im Beschwerdeverfahren in der Sache, für das ihm der Bezirksrat nachträglich die unentgeltliche Rechtspflege verweigerte, zwar obsiegte und deshalb keine Kosten tragen musste. Er gibt jedoch zu Bedenken, dass für den Fall, dass die vom Bezirksrat abgewiesene Beschwerde der Mutter im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren vom Obergericht wider Erwarten gutgeheissen würde, auch die Kosten im bezirksrätlichen Beschwerdeverfahren neu verlegt würden und er sich dann mit der Gebühr des Bezirkrats und einem abgewiesenen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege konfrontiert sähe (act. 2 S. 3 lit. c).

Mit dem Verzicht auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verletzte der Bezirksrat (in formeller Hinsicht) das rechtliches Gehör des Vaters. Da der Vater in jenem Verfahren obsiegte, war er dadurch nicht beschwert. Das ändert sich im Nachhinein, wenn jene Beschwerde der Mutter im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren gutgeheissen wird. Verzichtet die Kammer darauf, das Verfahren aus diesem Grund an die Vorinstanz zurückzuweisen, muss sie diese Gehörsverletzung selbst heilen. Das bedeutet, dass sie dem Vater auf einen entsprechenden Antrag auch für das bezirksrätliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewähren muss.

7. Ferner spricht der Vater das Problem an, dass es sich beim vorinstanzlichen Verfahren, für das ihm die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wurde, um ein vorsorgliches Massnahmeverfahren handelt, das Teil eines grösseren Verfahrens ist, und dass der vorinstanzliche Entscheid angefochten wurde. Diese beiden Umstände brächten es mit sich, dass er den vorinstanzlichen Entscheid über die Beschwerde der Mutter seinem Klienten nicht lediglich weiterleiten könne, sondern sich damit einlässlich auseinandersetzen müsse (act. 2 S. 4).

Der Bezirksrat meine, er könne seinen Aufwand im Verfahren vor der KESB und vor dem Obergericht in Rechnung stellen. Der Vater will genau wissen, vor welcher Instanz er seinen Aufwand geltend machen kann, und äussert die Befürchtung, jede Instanz werde sich auf den Standpunkt stellen, seine Aufwendungen seien gegenüber der jeweils anderen Instanz zu verrechnen (act. 2 S. 5).

Es trifft zu, dass sich der Anwalt im Nachhinein doch noch mit dem Beschwerdeverfahren befassen muss, das sein Klient gewann, ohne angehört zu werden, was Kosten generiert. Dieser Aufwand entsteht im Hinblick auf ein anderes, noch nicht abgeschlossenes Verfahren und ist grundsätzlich in jenem Verfahren zu verrechnen, wie der Bezirksrat zutreffend ausführte. Der Umstand, dass mehrere hängige Verfahren zur Wahl stehen, ändert nichts daran. Selbstredend kann der Vertreter des Beschwerdeführers diesen Aufwand nicht mehrmals verrechnen. Sollten jedoch beide Behörden die Honorierung verweigern und ihn an die jeweils andere verweisen, könnte er sich dagegen mit einem Rechtsmittel zur Wehr setzen. Auch

vor diesem Hintergrund besteht demnach keine Notwendigkeit, ein nachträgliches Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zuzulassen.

8. Der Vater verlangt für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dieses Gesuch ist abzuweisen wegen Aussichtslosigkeit.

9. Da Art. 119 Abs. 6 ZPO betreffend Kostenfreiheit im Rechtsmittelverfahren nicht gilt, wird der Vater für dieses Verfahren kostenpflichtig. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschluss des Bezirksrats Winterthur vom 25. November 2016 wird aufgehoben und auf das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das bezirksrätliche Beschwerdeverfahren VO.2016.83/3.02.00 wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Bezirksrat Winterthur, 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 mit einem Streitwert von Fr. 1'091.90.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am: