

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 20. September 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 22. August 2017 i.S. B. _____, geb. tt.mm2009; VO.2017.16 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Hinwil)

Erwägungen:

1. - 1.1 A._____ ist die Mutter von B._____ (geboren am tt.mm 2009) sowie von C._____, einem älteren Halbbruder von B._____. Vater von B._____ ist D._____. Die Eltern von B._____ lebten als Paar von Mai 2009 bis Oktober 2011 zusammen. Seit Januar 2012 lebt A._____ mit ihrem heutigen Ehemann E._____ zusammen, der damals aus den USA zu ihr gezogen war. D._____ lebt seit Frühling 2015 mit einer neuen Partnerin zusammen.

Im Juli 2014 stellte D._____ bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil (fortan: KESB) den Antrag auf das gemeinsame Sorgerecht für B._____. Die KESB führte ein ausgedehntes Verfahren durch, das seinen Abschluss mit dem Entscheid vom 16. Mai 2017 fand (vgl. act. 7/2). Während dieses Verfahrens, nämlich im Oktober 2015, übersiedelte das Ehepaar A._____ E._____ zusammen mit den Kindern in die USA.

In ihrem Entscheid vom 16. Mai 2017 ordnete die KESB einen "Long Distance Parenting Plan" an (vgl. a.a.O., S. 23 f.), stellte dabei B._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge von Mutter und Vater und traf Regelungen zur Information und Betreuung sowie zum persönlichen Verkehr von Vater und Sohn (Besuchsrecht, Skypekontakte).

1.2 Gegen diesen Entscheid der KESB liess A._____ durch ihre damalige Rechtsvertreterin beim Bezirksrat Hinwil Beschwerde erheben (vgl. act. 7/1). Zugleich liess sie den Antrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen (Befreiung von Gerichtskosten sowie Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes; vgl. a.a.O., S. 3). Der Bezirksrat erachtete die Gesuchstellung als ungenügend und setzte A._____ am 28. Juni 2017 Frist an, um ihr Gesuch zu substantzieren und zu belegen. A._____ liess dem eine Eingabe vom 2. August 2017 samt Beilagen folgen (vgl. act. 7/12 f.). Mit Beschluss vom 22. August 2017 wies der Bezirksrat Hinwil das Gesuch von A._____ ab (vgl. act. 6 [= act. 7/16]). Als Rechtsmittel belehrte er die Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich innert 10 Tagen.

1.3 Der Beschluss vom 22. August 2017 wurde am 23. August 2017 versandt (vgl. act. 6 S. 8) und am 24. August 2017 zugestellt (vgl. Zustellbescheinigung im Anhang von act. 6). Mit Eingabe vom 31. August 2017 (act. 7/17 = act. 3), die der Post am Montag, 4. September 2017 übergeben wurde (vgl. Couvert zu act. 7/17), wandte sich A._____ an den Bezirksrat und beschwerte sich bei diesem über den Beschluss vom 22. August 2017. Zugleich teilte sie dem Bezirksrat ein Zustelldomizil in der Schweiz mit.

Der Bezirksrat betrachtete diese Eingabe als fristgerechte, aber versehentlich bei ihm erhobene Beschwerde und leitete sie daher mit Schreiben vom 6. September 2017 an die Kammer als der zur Behandlung von Beschwerden zuständigen Instanz weiter (act. 2). Das Schreiben ging am 8. September 2017 bei der Kammer ein. In der Folge wurden die Akten des Bezirkrates beigezogen (vgl. act. 4 und act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2. - 2.1 Der Bezirksrat ist in Angelegenheiten des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im Kanton Zürich erste gerichtliche Beschwerdeinstanz i.S. der Art. 450 ff. ZGB. Für sein Verfahren gelten die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) und es sind – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZGB). Als gerichtliche Beschwerdeinstanz hat der Bezirksrat auch über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege zu befinden, die ihm unterbreitet werden. Es gelten dann aufgrund des Verweises in § 40 Abs. 3 EG KESR die Bestimmungen der Art. 117 ff. ZPO. Das Verfahren für die Behandlung des Gesuches durch den Bezirksrat ist daher summarisch (vgl. Art. 119 Abs. 3 ZPO), die Gegenpartei ist dabei nicht anzuhören, zu berücksichtigen sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung, und es ist der Entscheid über das Gesuch gemäss Art. 121 ZPO i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR mit einer Beschwerde i.S. der Art. 319 ff. ZPO anzufechten, und zwar innert 10 Tagen (vgl. Art. 321 Abs. 2 ZPO) beim Obergericht des Kantons Zürich.

Der Bezirksrat hat in seinem Entscheid das zutreffende Rechtsmittel belehrt. Zutreffend ist ebenso seine Beurteilung der Eingabe von A._____ vom 31. August 2017 als rechtzeitig erhobene, aber versehentlich an die Vorinstanz gerichtete

Beschwerde; korrekt ist daher deren Weiterleitung an die Kammer (vgl. auch BGE 140 III 636, dort. insbes. E. 3.7: eine rechtzeitige versehentliche Einreichung der Beschwerde beim iudex a quo schadet dem Rechtsmittelkläger nicht). Die Eingabe von A. _____ (fortan: die Beschwerdeführerin) ist daher von der Kammer als rechtzeitig erhobene Beschwerde entgegenzunehmen.

2.2 - 2.2.1 Mit der Beschwerde gegen einen Entscheid über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege können im Wesentlichen eine unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Von der Beschwerde führenden Partei ist daher in der Beschwerdeschrift im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig sei und inwiefern er abgeändert werden sollte (Begründungslast). Sie muss sich dabei mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; ein blosser Verweis auf die Vorakten genügt nicht. An die Begründung des Rechtsmittels werden bei Laien allerdings bloss minimale Anforderungen gestellt. Es muss jedoch wenigstens rudimentär dargelegt und dabei eindeutig erkennbar sein, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Beschwerde führenden Partei leidet. Wird von der Beschwerde führenden Partei eine genügende Beanstandung vorgebracht, so wendet die Rechtsmittelinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und prüft sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt – sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden.

Mit der Beschwerde ist zudem ein Antrag dazu zu stellen, wie die Rechtsmittelinstanz zu entscheiden habe (Antragserfordernis). Der Antrag hat dabei grundsätzlich so bestimmt zu sein, dass er im Falle der Gutheissung unverändert zum Dispositiv erhoben werden kann; er muss hingegen nicht formell bzw. ausdrücklich gestellt werden, jedenfalls nicht bei Laien als Rechtsmittelklägern – es genügt dann, dass wenigstens aus der Begründung des Rechtsmittels klar hervorgeht, in welchem Sinn der angefochtene Entscheid nach Auffassung des Rechtsmittelklä-

gers genau abgeändert werden soll. Fehlt ein solcher auch bloss sinngemässer Antrag, ist auf die Beschwerde ebenfalls nicht einzutreten.

2.2.2 Die Beschwerdeschrift (act. 3 = act. 7/17 [Original]) enthält eine Begründung und einen Antrag. Die Beschwerdeführerin wünscht die Aufhebung des bezirksrätlichen Beschlusses und die Gutheissung ihres Gesuches (vgl. act. 3 S. 1). Einem Eintreten steht daher nichts entgegen.

Die Beschwerdeführerin hat mit der Beschwerdeschrift zum Beleg ihrer Beschwerdebegründung diverse Unterlagen eingereicht (act. 7/19/2-8), die sie dem Bezirksrat zur Begründung ihres Gesuches nicht eingereicht hatte (vgl. dazu act. 7/3/3-9 und act. 13/1-7). Es handelt sich bei diesen Belegen somit um neue Beweismittel, die im Beschwerdeverfahren (wie eben erwähnt) ausgeschlossen sind und daher im Folgenden unberücksichtigt zu bleiben haben. Dasselbe gilt grundsätzlich ebenso für die Tatsachenbehauptungen in der Beschwerdeschrift, die durch die neuen Belege gestützt werden sollen, soweit diese Behauptungen in der Begründung des Gesuches in den act. 7/1 (da S. 3 und S. 19 ff.) und 7/12 dem Bezirksrat nicht schon vorgetragen wurden. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

3. - 3.1 Die Beschwerdeführerin hat ihr Gesuch dem Bezirksrat gegenüber in act. 7/1 ab S. 19 begründet und dazu auch Unterlagen eingereicht (vgl. 7/3/3-9). In act. 7/12 brachte sie einige ergänzende Ausführungen an und verwies ansonsten auf die zugleich eingereichten Unterlagen (act. 13/1-7). In der Begründung ihres Gesuches errechnete sie einen monatlichen Bedarf von Fr. 3'370.- (vgl. act. 7/1 S. 19) und äusserte sich zum Vermögen (vgl. a.a.O., S. 20 f.). Sodann legte sie dar, sie verfüge über kein Erwerbseinkommen (a.a.O., S. 19), äusserte sich zu weiteren Einkünften und zum Einkommen usw. ihres Ehemannes nicht. Erst nach Aufforderung des Bezirkrates trug sie dazu noch etwas vor und erwähnte dabei insbesondere, sie bezahle der AHV monatlich freiwillig den Betrag von Fr. 900.- ein (vgl. act. 7/12 S. 1).

Der Bezirksrat erwog in seinem Beschluss vorab, die Beschwerdeführerin sei verheiratet und lebe mit ihrem Mann und ihren Kindern zusammen. Es habe die familienrechtliche Beistandspflicht Vorrang vor dem Institut der unentgeltlichen

Rechtspflege; bei der Beurteilung der Mittellosigkeit i.S. des Art. 117 ZPO sei daher das Einkommen der Ehegatten deren Bedarf gegenüberzustellen und das Vermögen beider zu berücksichtigen (vgl. act. 6 S. 3/4). Gestützt auf die Angaben der Beschwerdeführerin und die ihm dazu vorgelegten Unterlagen errechnete er einen monatlichen Bedarf der Beschwerdeführerin, ihres Mannes sowie der Kinder von rund Fr. 3'985.- (act. 6 S. 6) und ein der Beschwerdeführerin und ihrem Mann anrechenbares monatliches Einkommen von rund Fr. 5'434.- (ohne Kinderunterhaltsbeiträge) bzw. von rund Fr. 7'000.- (a.a.O. S. 4 f.). Zudem stellte er Überlegungen zum Vermögen an (vgl. a.a.O., S. 5). Und er kam zum Ergebnis, der Familie der Beschwerdeführerin verblieben aus dem laufenden Einkommen rund Fr. 3'000.- pro Monat zur Finanzierung des Verfahrens, weshalb eine Mittellosigkeit i.S. des Art. 117 ZPO nicht gegeben sei (vgl. a.a.O., S. 7).

3.2 Die Beschwerdeführerin wirft dem Bezirksrat "grobe Schrift-Fehler" vor und macht weiter im Wesentlichen geltend, es seien "Unterlagen 'übersehen' worden" (vgl. act. 3 S. 1), es seien mehrere Fehler vorhanden gemäss den einst eingereichten Unterlagen und "den hier angefügten Beweisen" (vgl. a.a.O., S. 2). Sie habe weder einen monatlichen Überschuss von Fr. 3'000.-, noch bestehe eine "geduldete Limite von CHF 10,000.00 auf" ihrem Konto, noch bezahle sie "angeblich CHF 900.00 monatlich" (a.a.O.). Die Angaben ihrer Rechtsvertreterin, sie zahle monatlich Fr. 900.- freiwillig in die AHV ein, seien falsch gewesen; sie bezahle Fr. 900.- im Jahr (vgl. a.a.O., S. 1). Ihr Ehemann verdiene zudem wesentlich weniger als der Bezirksrat angenommen habe und sei verschuldet (a.a.O.). Das Haus koste sie zudem monatlich Fr. 1'334.-- (vgl. a.a.O., S. 1/2).

Die Beschwerdeführerin macht damit ausschliesslich geltend, der Bezirksrat habe den für die Beurteilung des Gesuches massgeblichen Sachverhalt (offensichtlich) falsch festgestellt. Sie beanstandet hingegen die Rechtsauffassung des Bezirksrates nicht, massgeblich seien wegen des Vorrangs der familienrechtlichen Beistandspflicht die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Familie bzw. Ehegatten und hierbei auch die aus den laufenden Einkünften während der mutmasslichen Verfahrensdauer zur Verfügung stehenden freien Mittel.

3.3 Was die Beschwerdeführerin mit der geduldeten Limite von Fr. 10'000.- genau meint, kann hier offen gelassen werden, weil eine solche Limite für die Abweisung ihres Gesuches unmassgeblich war. Abgestellt wurde einzig – wie gesehen – auf den ihr monatlich nach der Rechnung des Bezirksrates zur Verfügung stehenden Betrag. Soweit die Beschwerdeführerin weiter geltend macht, sie zahle an die AHV nicht freiwillig pro Monat Fr. 900.-, widerspricht sie dem Sachverhalt, den ihre Rechtsvertreterin dem Bezirksrat gegenüber ausdrücklich vorgetragen hatte (vgl. act. 7/12 S. 1). Stellte der Bezirksrat auf die ihm vorgetragene Angaben ab, indem er davon ausging, die Beschwerdeführerin leiste monatlich einen solchen Betrag an die AHV, dann ist das nicht zu beanstanden, zumal aufgrund der ihm vorgelegten Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür gegeben waren, dass diese Angaben falsch sein könnten. Deshalb liegt auch keine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung vor. Bringt die Beschwerdeführerin heute vor, sie bezahle Fr. 900.- im Jahr (vgl. a.a.O., S. 1), so ist das neu, und bleibt insofern ebenso unbeachtlich (vgl. vorn Erw. 2.2.1) wie die Urkunde, die sie zum Beleg dazu eingereicht hat (vgl. act. 7/19/2). Diese belegt im Übrigen ohnehin keine Zahlungen und äussert sich auch nicht zu den Einkommensverhältnissen der Beschwerdeführerin.

Neu sind – und daher unbeachtlich bleiben – ebenso die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Hauskosten betragen "jeden Monat 1334.00", und der dazu eingereichte Beleg (vgl. act. 7/19/3). Nicht dargetan ist damit zudem, inwiefern die Feststellungen des Bezirksrates, im Jahr 2016 hätten die geleisteten Hypothekarzinsen insgesamt USD 5'382.43 betragen, was monatlichen Leistungen von USD 448.55 entspreche (vgl. act. 6 S. 6), offensichtlich unrichtig sind. Es erübrigt sich daher an sich der Hinweis, dass der dem Bezirksrat von der Anwältin der Beschwerdeführerin vorgetragene Sachverhalt (vgl. act. 7/1 S. 19 und 20), auch soweit er sich auf Unterlagen bezog (act. 7/3/4), unklar und unerläutert blieb (und darüber hinaus auch keine aktuellen monatlichen Hypothekarzinsleistungen von wenigstens USD 1'285.05 zu belegen vermag, wie die Beschwerdeführerin dem Bezirksrat hatte vortragen lassen, denn die schlecht leserliche Kopie bezieht sich auf einen Abrechnungszeitraum [Billing cycle] vom 2. August 2017 bis zum 3. Oktober 2017).

Die Beschwerdeführerin hat dem Bezirksrat gegenüber durch ihre Rechtsvertreterin keine näheren Angaben zum Einkommen des Ehemannes vorgetragen (vgl. act. 7/1 S. 19 ff. und act. 7/12). Sie hat lediglich Unterlagen dazu eingereicht, nämlich act. 7/13/1 und act. 7/13/3-4, die zudem ebenso unerörtert blieben wie die Einkommensverhältnisse des Ehemannes selbst (vgl. act. 7/12). Daraus lässt sich kein einigermaßen verlässliches Bild zu den Einkommensverhältnissen gewinnen, das den Anforderungen des glaubhaft Machens genügt, wie sie im summarischen Verfahren gemäss Art. 119 Abs. 2, erster Satz, und Abs. 3, erster Satz, ZPO gelten. Die Einkommensverhältnisse des Ehemannes blieben daher im bezirksrätlichen Verfahren unsubstanziert, was bereits für sich allein zur Abweisung des Gesuches genügt, also zu dem Ergebnis führt, zu dem der Bezirksrat gelangte.

Erst mit der Beschwerde äussert sich die Beschwerdeführerin zum Einkommen ihres Gatten (vgl. act. 3 S. 1), was indessen wiederum ebenso unbeachtlich zu bleiben hat wie das, was die Beschwerdeführerin an Unterlagen neu eingereicht hat (vgl. vorn Erw. 2.2.1). Eine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung des Bezirkrates ist somit ebenfalls in diesem Punkt nicht dargetan. Die Beschwerde ist damit unbegründet.

Bei diesem Ergebnis ist es müssig darauf hinzuweisen, dass die fehlende Sachdarstellung der Beschwerdeführerin gegenüber dem Bezirksrat zu den Einkommensverhältnissen ihres Ehemannes einerseits und die dazu eingereichten, aber unerörtert gebliebenen, bloss Punktuellen zeigenden Unterlagen andererseits Raum für mehrere Interpretationen zulassen; von diesen erschiene die Annahme, der Ehemann erziele Einkommen sowohl aus selbständiger Erwerbstätigkeit wie auch als Angestellter, nicht unplausibel und könnte deswegen weder als offensichtlich falsch noch als abwegig usf. gewertet werden. Dem verschliesst sich die Beschwerdeführerin zu Recht nicht, wenn sie in der Beschwerde ausführt, es scheine Verwirrung darüber zu geben, was ihren Mann und dessen Einnahmen und Ausgaben betreffe (vgl. act. 3 S. 1). Sie übersieht jedoch, dass es einzig ihre Sache gewesen wäre bzw. die ihrer Rechtsvertreterin, dem Bezirksrat die Einkommensverhältnisse ihres Mannes usf. nachvollziehbar vorzutragen. Das hat sie

– wie gesehen – trotz Aufforderung des Bezirksrates allerdings gerade unterlassen.

3.4 Auch sonst finden sich in act. 3 keine Beanstandungen, aus denen sich offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellungen des Bezirksrates ergeben, und/oder eine unrichtige Rechtsanwendung. Insbesondere wird nicht näher dargetan, welche der ihm vorgelegten Unterlagen der Bezirksrat im Einzelnen übersehen haben soll und inwiefern er deswegen zu offensichtlich falschen Sachverhaltsfeststellungen gelangte.

Zutreffend ist im Übrigen, um selbst das zu erwähnen, die Auffassung des Bezirksrates, die Mittellosigkeit i.S. des Art. 117 ZPO sei dann nicht dargetan, wenn die den laufenden Bedarf übersteigenden laufenden Einkünfte es gestatten, innert der anzunehmenden Prozessdauer die Prozesskosten zu tragen.

3.5 Die Beschwerde erweist sich nach dem Dargelegten insgesamt als unbegründet und ist daher abzuweisen.

4. Das Verfahren um Bewilligung der unentgeltliche Rechtspflege ist vor der Instanz, bei der ein Gesuch eingereicht wurde, kostenlos (vgl. Art. 119 Abs. 6 ZPO i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR), nicht hingegen das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz. Umständehalber ist jedoch auf die Erhebung von Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren zu verzichten.

Dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend entfällt die Prüfung der Frage, ob allenfalls eine Parteientschädigung zuzusprechen wäre, von vornherein.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für dieses Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Hinwil, 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 in der Hauptsache um keine vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

M^{Law} N. Seebacher

versandt am: