

SO_GERICHTE VWBES.2019.216 vom 30. Oktober 2019

SO Obergericht, 2019-10-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2019.216_d20191030

FR: SO_GERICHTE VWBES.2019.216 du 30 octobre 2019

IT: SO_GERICHTE VWBES.2019.216 del 30 ottobre 2019

Regeste

unentgeltliche Rechtspflege

Erwägungen

E. 1

B.____ (geb. 2012) ist die Tochter von C.____ und A.____ (nachfolgend Beschwerdeführer genannt). Die Ehe der Kindseltern wurde im Jahr 2015 geschieden, das Kind unter die gemeinsame elterliche Sorge und alleinige Obhut der Kindsmutter gestellt. Über den persönlichen Verkehr mit dem Kindsvater wurde eine Vereinbarung getroffen.

E. 2

Da es Probleme mit der Ausübung des Besuchsrechts gab, indem sich B.____ aus nicht bekannten Gründen den Besuchen beim Vater stark widersetzte, wurde ein Kindesschutzverfahren zuerst bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland Nord (Kanton Bern) eröffnet, welches dann aufgrund eines Wohnsitzwechsels der Kindsmutter mit dem Kind an die KESB Thal-Gäu/Dorneck-Thierstein übertragen wurde.

E. 2.1

Gemäss § 39ter. V.m. § 76 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 124.11) kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel für die Prozessführung verfügt, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangen, wenn der Prozess nicht als aussichtslos oder mutwillig erscheint. Wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, kann sie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands verlangen. Im Übrigen gelten für die unentgeltliche Rechtspflege und den unentgeltlichen Rechtsbeistand die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO, BGS 211.2) und die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) sinngemäss (Abs. 4).

E. 2.2

Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung damit, dass der Beschwerdeführer kein ausgefülltes und unterzeichnetes Gesuchsformular und nicht alle erforderlichen Belege eingereicht habe und einen Überschuss von monatlich CHF 373.00 ausweise, womit er nicht bedürftig sei. Zudem sei zur Regelung der Modalitäten des Besuchsrechts keine anwaltliche Vertretung notwendig. Sie stütze sich auf folgende Einkommens- und Bedarfsberechnung:

1. Verfügbare Mittel:

Nettoeinkommen:

CHF 5'640.00

Familienzulagen:	CHF	0
Total:	CHF	5'640.00
2. Zivilprozessualer Zwangsbedarf:		
Grundbetrag:	CHF	1'200.00
Zivilprozessualer Zuschlag:	CHF	240.00
Miete/Hypothekarzins:	CHF	1'772.00
Krankenversicherungsprämie Erwachsene:	CHF	395.00
Abonnement für Telefon, Radio u. Fernsehen:	CHF	35.00
Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherung:	CHF	15.00
Arbeitsweg:	CHF	690.00
Zuschlag für auswärtiges Essen:	CHF	220.00
Unterhaltsbeiträge:	CHF	700.00
Total:	CHF	5'267.00
3. Berechnung Anspruch:		
Verfügbare Mittel (Ziffer 1):	CHF	5'640.00
abzüglich Zwangsbedarf (Ziffer 2):	CHF	5'267.00
Überschuss:	CHF	373.00
[pro Jahr]	CHF	4'476.00

E. 2.3

Der Beschwerdeführer lässt dagegen ausführen, eine Formularpflicht bestehe nicht, weshalb ihm nicht vorgeworfen werden könne, dass er kein ausgefülltes Gesuchsformular eingereicht habe. Die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb sie manche Ausgabepositionen nicht oder nur teilweise berücksichtigt habe (beispielsweise zivilprozessualer Zuschlag nur 20% und nicht 30% oder keine Berücksichtigung der Fremdbetreuungskosten), womit sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe. Nach der Praxis des Kantons Bern müssten Ausgabenpositionen ■ abgesehen von laufenden Steuern ■ nicht mit Zahlungsbelegen untermauert werden und man werde zur Nachreichung aufgefordert, wenn Belege fehlten. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz darauf komme, dass die Ex-Partnerin des Beschwerdeführers noch für den halben Mietzins haften könnte. Das Mietverhältnis sei per 1. Oktober 2018 auf den Beschwerdeführer allein übertragen worden. Auslagen für auswärtige Verpflegung müssten normalerweise nicht belegt werden. Dass er die Unterhaltsbeiträge für B.____ nicht bezahlt hätte, sei im Kindesschutzverfahren nie geltend gemacht worden, weshalb an deren Bezahlung keine Zweifel bestehen sollten. Die Vorinstanz hätte somit keine Gründe gehabt, die geltend gemachten Ausgabepositionen anzuzweifeln und hätte die Bedürftigkeit nicht verneinen dürfen. Sie hätte ihn zur Nachreichung von Belegen auffordern müssen. Die belegbar bezahlten Ausgaben würden nun noch einmal aufgeführt und die Zahlungsbelege dazu eingereicht. Damit ergebe sich folgender Zwangsbedarf:

Grundbetrag	CHF	1'200.00
-------------	-----	----------

Zivilprozessualer Zuschlag	CHF	360.00
Wohnkosten (inkl. Garage)	CHF	1'772.00
Krankenkassenrechnung	CHF	395.00
Arbeitswegkosten (PW, inkl. Leasing) mindestens	CHF	1'000.00
Auswärtige Verpflegung, mindestens	CHF	220.00
½ Fremdbetreuungskosten D.____, mindestens rund	CHF	225.00
Weiterleitung Betreuungszulage für D.____	CHF	75.00
Unterhaltsbeiträge B.____	CHF	700.00
Laufende Steuern	CHF	p.m.
Total: CHF 5'947.00		

Der Beschwerdeführer sei auf ein Auto angewiesen, da er mit den öffentlichen Verkehrsmitteln inkl. Fussweg von seinem Wohnort [...] bis zu seinem Arbeitsort im Spital in [...] rund 1 Stunde und 20 Minuten benötigen würde. Mit dem Auto brauche er für die rund 50 km bloss 25 Minuten. Bei durchschnittlich 21.5 Arbeitstagen pro Monat und einer Entschädigung von CHF 0.60 pro Kilometer ergäben sich mit den monatlichen Leasingraten von CHF 385.00 Ausgaben von rund CHF 1'000.00. Beim Kind D.____, das er mit einer anderen Frau zusammen habe, bezahle diese die Fremdbetreuungskosten für ihre zwei Kinder, und er beteilige sich mit ¼ (also ½ von D.____s Teil) daran. Ein entsprechender Zahlungsbeleg könne nachgereicht werden. Selbst wenn der zivilprozessuale Zuschlag bloss CHF 240.00 betrage, resultiere ein Manko von CHF 180.00, womit die Bedürftigkeit gegeben sei.

In Bezug auf die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung handle es sich vorliegend nicht um einen «Normalfall» einer Besuchsrechtsstreitigkeit. Im Verfahren vor der KESB Mittelland Nord sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege erteilt worden und die Behörde habe gar darauf hingewiesen, dass eine Vertretung angesichts der Bedeutung des Verfahrens geboten sei. Auch erscheine die «Vertretung aufgrund der komplexen und emotionsgeladenen Vorgeschichte sowie der Unerfahrenheit des Gesuchstellers in rechtlichen Dingen» geboten. Daran habe sich nichts geändert. Die Vorinstanz begründe nicht, warum vorliegend keine tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten vorliegen sollten und verletze auch damit den Anspruch auf rechtliches Gehör. Es ergäben sich besondere Schwierigkeiten, indem gegenüber dem Beschwerdeführer superprovisorisch ein Verbot unter Strafandrohung ausgesprochen worden sei, indem sein Recht auf persönlichen Verkehr stark betroffen sei und indem er französischer Muttersprache sei und somit die Inhalte des Verfahrens nicht in der erforderlichen Weise verstehe. Dazu komme, dass auch die Kindsmutter anwaltlich vertreten sei. Sollten weitere Unterlagen benötigt werden, werde um entsprechende Mitteilung gebeten.

E. 3

Mit Schreiben vom 24. Mai 2017 zeigte Fürsprecher Yves Amberg der Behörde an, dass er den Beschwerdeführer vertrete.

E. 3.1

Wie die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend wiedergegeben hat, hat derjenige, der um unentgeltliche Rechtspflege ersucht, seine finanziellen Verhältnisse und insbesondere seine Verpflichtungen umfassend darzulegen und wenn möglich zu belegen (vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.). Überdies muss er nachweisen, dass er den behaupteten Verpflichtungen auch tatsächlich nachkommt (vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; 121 III 20 E. 3 S. 22 f.). Aus den eingereichten Belegen muss auf jeden Fall der aktuelle Bedarf der Partei hervorgehen. Die Angaben und Belege haben über sämtliche finanziellen Verpflichtungen sowie über die Einkommens- wie auch über die Vermögensverhältnisse Aufschluss zu geben. Kommt die Partei diesen Obliegenheiten nicht nach, wird das Gesuch abgewiesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_48/2017 vom 16. Juni 2017 E. 2.3). An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Person selbst dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind (BGE 125 IV 161 E. 4a S. 164 f.; 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.). Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO aber nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn der anwaltlich vertretene Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_44/2018 vom 5. März 2018 E. 5.3; 5A_502/2017 vom 15. August 2017 E. 3.2 f.; 5A_327/2017 vom 2. August 2017 E. 4.1.3; 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2; 4D_69/2016 vom 28. November 2016 E. 5.4.3; 5A_142/2015 vom 5. Januar 2016 E. 3.7; 5A_380/2015 vom 1. Juli 2015 E. 3.2.2).

E. 3.2

Der Beschwerdeführer hat im Verfahren vor der Vorinstanz seine finanziellen Verhältnisse nicht hinreichend belegt und hat insbesondere nicht nachgewiesen, dass er den behaupteten Verpflichtungen gegenüber seinem Sohn D.____ auch tatsächlich nachkommt. Die Vorinstanz hat somit den behaupteten Betrag von CHF 300.00 zu Recht nicht in die Bedarfsberechnung aufgenommen.

Zudem hat sie auch zutreffend festgehalten, dass der zivilprozessuale Zuschlag im Kanton Solothurn nach konstanter Praxis 20 % und nicht, wie vom Beschwerdeführer behauptet, 30 % beträgt (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_639/2012 vom 22. Januar 2013 E. 4.1).

E. 3.3

Inzwischen hat der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht mit einer Kopie einer handschriftlichen Bestätigung der Mutter seines Kindes D.____, nachgewiesen, dass er ihr im Jahr 2018 einen Betrag von CHF 2'688.45 an Fremdbetreuungskosten überwiesen hat, was einem monatlichen Betrag von CHF 224.00 entspricht. Dass er aber zudem auch monatlich CHF 75.00 Betreuungszulagen für D.____ weiterleiten würde, ist nicht belegt, und es ist auch nicht ersichtlich, dass solche Zulagen Bestandteil seines Lohnes wären.

Soweit der Beschwerdeführer nun im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Berücksichtigung von höheren Autokosten verlangt als vor der Vorinstanz (CHF 1'000.00

statt CHF 690.00), ist zu sagen, dass bei einer Kilometerpauschale bereits die Amortisation des Fahrzeuges miteingerechnet ist, weshalb der Beschwerdeführer nicht zusätzlich auch noch die Leasingkosten für sein Fahrzeug geltend machen kann.

Die Vorinstanz hat für «Abonnement für Telefon, Radio u. Fernsehen» lediglich eine Pauschale von CHF 35.00 und für «Mobiliar- und Haftpflichtversicherung» eine solche von CHF 15.00 berechnet. Nach Praxis des Verwaltungsgerichts und des Obergerichts sind diese Pauschalen (in der Regel und für einen Zweipersonenhaushalt) jeweils doppelt so hoch, sofern keine diesbezüglichen Belege eingereicht werden, weshalb dafür Auslagen von CHF 70.00 und CHF 30.00 angerechnet werden können.

Somit ergibt sich mit dem Nachweis der bezahlten Unterhaltsbeiträge für D.____ noch lediglich ein Überschuss von monatlich CHF 99.00 bzw. jährlich CHF 1'188.00. Damit wäre es dem Beschwerdeführer nicht möglich, die Prozesskosten für das Verfahren vor der Vorinstanz selbst zu bezahlen, sodass seine Bedürftigkeit erwiesen ist.

E. 4

Mit Entscheid vom 30. August 2017 wurde eine Beistandschaft errichtet und mit Entscheid vom 17. Juli 2018 ein begleitetes Besuchsrecht für mindestens sechs Monate angeordnet. Mit Verfügung vom 6. März 2019 wurde dem Beschwerdeführer superprovisorisch und unter Strafandrohung verboten, jedes zweite Wochenende an der Adresse der Kindsmutter aufzutauchen, die Tochter herauszuverlangen und die Polizei zu rufen.

E. 4.1

Zu beachten ist allerdings, dass die unentgeltliche Rechtspflege nach § 76 Abs. 4 VRG i.V.m. Art. 119 Abs. 4 ZPO bloss ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden kann. Von dieser Möglichkeit ist nur äusserst restriktiv Gebrauch zu machen. Sie kommt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung höchstens dann in Betracht, wenn es wegen der zeitlichen Dringlichkeit einer sachlich zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht möglich war, gleichzeitig auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Umstände und Ereignisse, die bloss die finanzielle Situation der gesuchstellenden Partei betreffen, vermögen hingegen für sich alleine keine rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu rechtfertigen (vgl. BGE 122 I 203 E. 2.f und 2.g sowie 120 Ia 14, E. 3.e, zitiert durch Lukas Huber in: Alexander Brunner et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO] Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 119 ZPO N 12). Gemäss verschiedenen Lehrmeinungen wäre die rückwirkende Gewährung auch denkbar, wenn die Partei zuerst gehofft hatte, den Prozess selbst finanzieren zu können, was ihr infolge einer Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse während des Prozesses plötzlich nicht mehr möglich ist (vgl. Lukas Huber, a.a.O., Art. 119 ZPO N 12 mit Hinweisen).

E. 4.2

Der Beschwerdeführer macht keine Gründe geltend, welche es ihm verunmöglicht hätten, das Gesuch schon früher einzureichen, weshalb auch keine Gründe bestehen, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend per Mandatierung bewilligt werden könnte. Zudem hat der Beschwerdeführer den Nachweis für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge an seinen Sohn D.____ erst im Verfahren vor Verwaltungsgericht erbracht, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor der KESB erst ab Beschwerdeeinreichung per 13. Juni 2019 bewilligt werden könnte. Zu prüfen ist weiter, ob

auch die restlichen Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen.

5. Die Position des Beschwerdeführers als grundsätzlich besuchsberechtigter Vater ist nicht aussichtslos, was auch durch die Vorinstanz nicht behauptet wird.

6. Bezüglich des Anspruchs auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung führte die Vorinstanz aus, Fälle betreffend Besuchsrechtsregelung würden nicht besonders stark in die Rechte der Beteiligten eingreifen, weshalb nach Praxis des Verwaltungsgerichts kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestehe.

Diese Betrachtungsweise greift hier zu kurz, gilt doch dies grundsätzlich nur dort, wo sich die Kindseltern nicht über die Modalitäten des Besuchsrechts einigen können, und keine weiteren Schwierigkeiten dazukommen. Im vorliegenden Verfahren geht es jedoch unter anderem um die Begleitung des Besuchsrechts als Kinderschutzmassnahme und gar um den Antrag um Sistierung des Besuchsrechts (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 6. Mai 2019), was für den Beschwerdeführer eine einschneidende Massnahme bedeutet. Erschwerend kommt hinzu, dass auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten und der Beschwerdeführer der deutschen Sprache nicht (ausreichend) mächtig ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_875/2014 vom 20. Mai 2015 E. 5). Die Haltung der Vorinstanz, wonach es bloss um die Modalitäten des Besuchsrechts gehe, was nicht besonders stark in die Rechte des Beschwerdeführers eingreife, und keinen Rechtsbeistand erfordere, trifft deshalb nicht zu. Der Beschwerdeführer ist aufgrund der für ihn einschneidenden Massnahmen und der zusätzlichen Schwierigkeiten auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand angewiesen.

7. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, sie ist teilweise gutzuheissen: Ziffer 3.3 der Präsidialverfügung der KESB Thal-Gäu/Dorneck-Thierstein vom 31. Mai 2019 ist aufzuheben und A. ___ ist die unentgeltliche Rechtspflege inkl. unentgeltliche Rechtsvertretung durch Fürsprecher Yves Amberg ab 13. Juni 2019 zu bewilligen.

E. 5

Mit Schreiben vom 28. Mai 2019 ersuchte der Beschwerdeführer bei der KESB rückwirkend seit Mandatierung von Fürsprecher Yves Amberg um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung, was der Präsident der KESB Thal-Gäu/Dorneck-Thierstein mit Verfügung vom 31. Mai 2019 abwies.

E. 6

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 13. Juni 2019 Beschwerde an das Verwaltungsgericht und ersuchte um Gutheissung des Gesuchs im Verfahren vor der Vorinstanz, eventuell um Rückweisung zur neuen Beurteilung sowie um Gewährung der integralen unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, unter Entschädigungsfolge.

E. 7

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 17. Juni 2019 auf eine Stellungnahme und verwies auf die Begründung der angefochtenen Verfügung.

E. 8

Da der Beschwerdeführer seine Bedürftigkeit erst im Verfahren vor Verwaltungsgericht belegt hat, rechtfertigt es sich nicht, ihm eine Parteientschädigung auszurichten, und er hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen. Zuzugewährung der

unentgeltlichen Rechtspflege trägt der Kanton Solothurn die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 800.00, vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Kantons Solothurn während zehn Jahren, sobald der Beschwerdeführer zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

E. 9

Der unentgeltliche Rechtsbeistand, Fürsprecher Yves Amberg, ist zudem durch den Kanton Solothurn zu entschädigen. Er hat keine detaillierte Kostennote eingereicht, und macht für das vorliegende Verfahren einen Aufwand von 11 ½ Stunden zu CHF 250.00 bzw. 180.00, zuzüglich Auslagen von CHF 117.30 und 7,7 % Mehrwertsteuer, insgesamt CHF 3'222.70 bzw. 2'355.70 geltend. Dieser Aufwand erscheint hoch, ist aber zu bewilligen und zum Ansatz von CHF 180.00/Std. durch den Kanton Solothurn zu entschädigen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Kantons Solothurn während zehn Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistandes von CHF 805.00 (Differenz zu vollem Honorar von CHF 250.00/Std.), zuzüglich MwSt., sobald der Beschwerdeführer zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen: Ziffer 3.3 der Verfügung vom 31. Mai 2019 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dorneck-Thierstein/Thal-Gäu wird aufgehoben.

2.A. ___ wird die unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsbeistandung durch Fürsprecher Yves Amberg für das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Thal-Gäu/Dorneck-Thierstein ab 13. Juni 2019 bewilligt.

3.A. ___ hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 800.00 zu bezahlen, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege trägt sie der Kanton Solothurn; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren, sobald A. ___ zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Kaufmann

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.