

# **TG\_OBERGERICHT TVR 2004 Nr. 15 vom 1. September 2004**

Tg Obergericht, 2004-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_TVR\\_2004\\_Nr.\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2004_Nr._15)

FR: TG\_OBERGERICHT TVR 2004 Nr. 15 du 1 septembre 2004

IT: TG\_OBERGERICHT TVR 2004 Nr. 15 del 1 settembre 2004

## **Regeste**

Besuchsrechtsregelung durch Vormundschaftsbehörde. Unentgeltliche Rechtspflege und  
Offizialverbeiständung. zulässiger monatlicher Überschuss

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Besuchsrecht umfasst heute in der Regel nicht mehr nur ein Wochenende pro Monat. Gerade für einen Buben ist in seiner Entwicklung die Orientierungsmöglichkeit an einer väterlichen Identifikationsfigur von grosser Bedeutung, weshalb ein grosszügigeres Besuchsrecht von zwei Wochenenden pro Monat gerechtfertigt sein kann.

### **E. 2**

Zur Überwachung des Besuchsrechts kann ein Beistand ermächtigt werden. Dabei hat der Beistand nicht jedes Handeln persönlich wahrzunehmen. Eine Delegation an geeignete Dritte hat diesfalls unter der Verantwortlichkeit des Beistandes zu erfolgen.

#### **E. 2.1**

Nach § 81 Abs. 1 VRG/TG (RB 170.1) kann einem bedürftigen Beteiligten auf Antrag die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden, sofern das Verfahren nicht als aussichtslos oder mutwillig erscheint. Das Verwaltungsgericht hat die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin verneint. Es ist davon ausgegangen, nach Abzug des betriebsrechtlichen Existenzminimums (zuzüglich Steuern) von den Einnahmen verbleibe der Beschwerdeführerin ein monatlicher Freibetrag von Fr. 400.–, mit dem sie die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– sowie die Entschädigung an die private Gegenpartei von Fr. 1'000.– bezahlen könne.

#### **E. 2.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Satz 1). Bedürftig im Sinne der verfassungsrechtlichen Garantie ist eine Person, die nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne dass sie Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie notwendig sind (BGE 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232). Diese Bedürftigkeit hat die Rechtsprechung dahin gehend konkretisiert, dass nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt werden darf, sondern die individuellen Umstände zu berücksichtigen sind (BGE 124 I 1 E. 2a S. 2 f.). Dem verfassungsrechtlichen Begriff der Bedürftigkeit entsprechen die Kantone, indem sie zusätzlich privat- und öffentlichrechtliche Verpflichtungen berücksichtigen, die nicht zum betriebsrechtlichen Existenzminimum gehören (z.B. Steuerschulden), und in der Regel einen Prozentzuschlag

auf dem Grundbetrag oder auf dem Gesamtbedarf gewähren (vgl. dazu Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 131 ff., S. 180 ff., mit Hinweisen auf die teilweise nicht veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichts). Ergibt die Gegenüberstellung der Einnahmen und des Bedarfs keinen oder nur einen geringfügigen Einkommensüberschuss, ist Bedürftigkeit zu bejahen. Als geringfügig wird ein Einkommensüberschuss angesehen, wenn er nicht mehr als 20 % der mutmasslichen Gerichtskosten und der eigenen Anwaltskosten ausmacht und es dem Gesuchsteller nicht möglich ist, damit seinen Prozesskostenanteil innert einer Frist von einem Jahr, bei kostspieligen Prozessen innert zweier Jahre ratenweise abzuführen. Der Einkommensüberschuss ist somit in Beziehung zu setzen zu den auf Seiten des Gesuchstellers zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten. Nicht zu berücksichtigen ist bei der Ermittlung der mutmasslichen Prozesskosten die der obsiegenden Gegenpartei geschuldete Parteientschädigung, zumal der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht davon befreit, den Prozessgegner für seine Umtriebe im gerichtlichen Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. dazu Bühler, a.a.O., S. 182 und S. 185, mit Hinweisen auf die teilweise nicht veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichts; seither z.B. Urteile 5P.457/2003 vom 19. Januar 2004, E. 2, und 5P.209/2004 vom 29. Juni 2004, E. 3).

### **E. 2.3**

Der unangefochtenen Berechnung des Verwaltungsgerichts zufolge beträgt der Grundbetrag der Beschwerdeführerin mit ihrem Sohn monatlich Fr. 1'600.–. Ihrem um die laufende Steuerlast erweiterten betriebsrechtlichen Existenzminimum von Fr. 3'717.– stehen Einnahmen von Fr. 4'120.– gegenüber, so dass ein monatlicher Einkommensüberschuss von rund Fr. 400.– errechnet werden kann. Zur Bestreitung von Prozesskosten vermöchte die Beschwerdeführerin insoweit Fr. 4'800.– pro Jahr (Fr. 400.– x 12 Monate) aufzubringen. Die mutmasslichen Prozesskosten belaufen sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf etwa die Hälfte dieses Betrags (vgl. zu den Einzelheiten: E. 2.4.2 sogleich). Der Beschwerdeführerin verbleibt damit von ihrem Überschuss rund die Hälfte. Dieser Betrag von monatlich Fr. 200.– zu ihrer freien Verfügung macht etwas mehr als 10 % ihres Grundbetrags von Fr. 1'600.– aus. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat das Verwaltungsgericht zur Bestimmung der Bedürftigkeit nicht einfach auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern dieses um die laufende Steuerlast erweitert und im Ergebnis durch einen Zuschlag von gut 10 % auf dem Grundbetrag angemessen erhöht. Der angefochtene Entscheid verletzt die aus der verfassungsrechtlichen Minimalgarantie abgeleiteten Grundsätze (E. 2.2 soeben) nicht.

### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin erhebt dagegen drei Einwände:

#### **E. 2.4.1**

Die Beschwerdeführerin behauptet, der Einkommensüberschuss müsse auch die Parteientschädigung an die Gegenpartei decken. Diese Annahme trifft nicht zu. Die verfassungsrechtliche Minimalgarantie befreit – wie gesagt (E. 2.2 soeben) – nicht von der Bezahlung einer im Endurteil auferlegten Parteientschädigung an die Gegenpartei. Verfassungsmässig richtig lautet die hier zu beantwortende Frage, ob eine Prozesspartei mit dem monatlichen Einkommensüberschuss die Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert angemessener Frist zu bezahlen in der Lage ist (BGE 118 Ia 369 E. 4a S. 370), d.h.

mit ihren Mitteln auf dem freien Markt einen entgeltlichen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Interessen finden und die Gerichtskosten vorschliessen könnte (Urteil des Bundesgerichts 5P.317/1995 vom 12. Oktober 1995, E. 4c, zit. bei Bohnet, *Jurisprudence fédérale et neuchâteloise en matière d'assistance judiciaire*, Neuchâtel 1997, S. 16, 3. Lemma).

#### **E. 2.4.2**

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie in der Lage sei, ihren eigenen Anwalt zu bezahlen. Sie beziffert ihre eigenen Anwaltskosten – ohne nähere Begründung – auf Fr. 2'500.–. Das Vorbringen ist zwar mit Blick auf die verwaltungsgerichtlichen Feststellungen neu, aber dennoch zulässig und zu überprüfen, weil erst die Begründung des angefochtenen Entscheids (E. 2.1 soeben) zu seiner Geltendmachung Anlass gegeben hat (BGE 129 I 49 E. 3 S. 57). Gemäss der Verordnung des Verwaltungsgerichtes über den Anwaltstarif für Streitigkeiten vor dem Verwaltungsgericht (RB 176.6) beträgt die Grundgebühr im Beschwerdeverfahren 800 bis 6000 Franken und bemisst sich innerhalb dieses Rahmens nach dem Zeitaufwand, der Bedeutung und der Schwierigkeit der Sache sowie nach dem Streitwert, soweit dieser bestimmbar ist (§ 2). Sinn gemäss sind die Grundsätze und Bestimmungen des Zivil- und Straftarifs anzuwenden (§ 5). Gemäss der verwiesenen Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen (RB 176.3) beträgt die Grundgebühr in familienrechtlichen Prozessen in der Regel 1000 bis 5000 Franken (§ 4 Abs. 1), wobei für das Verfahren vor der Berufungsinstanz die Hälfte bis zwei Drittel der Grundgebühr berechnet werden (§ 7 Abs. 1). Der Rechtsbeistand hat im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren betreffend persönlichen Verkehr eine zehnteilige Beschwerdeschrift, drei Gesuche um Fristerstreckung zur Einreichung des «UP-Formulars» sowie ein Begleitschreiben zum «UP-Formular» verfasst. Zuschläge für besonderen Aufwand oder aus anderen Gründen, wie sie in den Verordnungen des Verwaltungsgerichtes und des Obergerichts umschrieben werden, sind weder ersichtlich noch dargetan. Unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel wäre insoweit mit Anwaltskosten von Fr. 750.– bis Fr. 1'500.– sowie mit Gerichtskosten von Fr. 800.– bis Fr. 1'000.– zu rechnen gewesen. Innert Jahresfrist wären diese mutmasslichen Prozesskosten bezahlbar gewesen, ohne dass die Beschwerdeführerin den jährlichen Einkommensüberschuss von rund Fr. 4'800.– gesamthaft hätte in Anspruch nehmen müssen. Es wäre ihr vielmehr knapp die Hälfte davon verblieben, was – wie gesagt (E. 2.3 soeben) – einen monatlichen Betrag von etwa Fr. 200.– oder rund 10 % auf dem Grundbetrag von Fr. 1'600.– ausgemacht hätte. Die Rüge der Beschwerdeführerin entbehrt auch der rechnerischen Grundlage.

#### **E. 2.4.3**

Die Beschwerdeführerin wendet schliesslich ein, das Obergericht gewähre einen Zuschlag von 30 % auf dem Grundbetrag. Es sei aus verfassungsrechtlicher Sicht unannehmbar, dass die beiden oberen kantonalen Gerichte die Frage der Bedürftigkeit verschieden beurteilten, zumal in einer Zivilsache, deren Weiterziehung an die jeweilige kantonale Letztinstanz nur vom zufälligerweise eingeschlagenen Rechtsweg, sei es über die Vormundschaftsbehörden oder sei es über die Gerichtsbehörden, abhängig sei. Die Rüge ist unbegründet. Dem ins Recht gelegten Schreiben des Obergerichts vom 25. Mai 2001 betreffend «Grundsätze für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung» zufolge soll der Zuschlag auf dem Grundbetrag gemäss betriebsrechtlichen Richtlinien in der Regel 30 % betragen. Das schliesst Abweichungen nach oben oder unten nicht aus, so dass der vorliegende Zuschlag von rund 10% mit den erwähnten Richtlinien nicht als unvereinbar und auch diesbezüglich

nicht als verfassungswidrig erscheint. Urteil vom 1. September 2004 (5P.257/2004) ×  
JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If  
this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

### **E. 3**

Phase: 1 Samstag pro Monat von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr und ein Wochenende von  
Samstag, 10.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr

### **E. 4**

In der dreimonatigen Anfangsphase sowie später nach Bedarf hat der Beistand oder eine  
von ihm dazu beauftragte Person die Übergabe und den Verlauf der Besuche persönlich zu  
überwachen.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB kann die Vormundschaftsbehörde dem Beistand besondere  
Befugnisse übertragen, namentlich «die Überwachung des persönlichen Verkehrs». Die  
Erteilung von Aufträgen an den Beistand findet darin eine ausreichende gesetzliche  
Grundlage.

#### **E. 4.2**

Die Berufungsklägerin verweist zu Recht darauf, dass es unzulässig wäre, wenn dem  
Beistand die Anpassung oder gar die Festlegung des Besuchsrechts übertragen würde (vgl.  
BGE 118 II 241 E. 2d S. 242 f.). Entgegen ihrer Annahme hat eine derartige Delegation, das  
Besuchsrecht festzulegen, hier nicht stattgefunden. Die vormundschaftlichen  
Beschwerdeinstanzen haben den Umfang des Besuchsrechts vielmehr genau umschrieben.  
Zulässig ist dabei die Ermächtigung des Beistands, eine Drittperson mit der Überwachung  
der Übergabe des Kindes an den Berufungsbeklagten und den Verlauf der Besuche zu  
beauftragen. Lehre und Praxis anerkennen, dass der Beistand konkrete Aufgabenbereiche,  
die nicht unmittelbar der Betreuung des Kindes dienen wie die Zuführung des Kindes an  
den Besuchsberechtigten und die Anwesenheit bei der Übergabe und gegebenenfalls  
während des Besuches, an geeignete Dritte delegieren darf. Die Delegation erfolgt unter der  
Verantwortlichkeit des behördlich ernannten Beistands. Dem Dritten kommt damit  
gleichsam die Funktion einer Hilfsperson des Beistands zu. Entgegen der Annahme der  
Berufungsklägerin geht es nicht um die Übertragung hoheitlicher Aufgaben, sondern um  
Hilfestellung bei deren Vollzug (vgl. dazu die Basler Kommentatoren, 2002: Schwenzer, N.  
25 zu Art. 273 ZGB, und Breitschmid, N. 15 zu Art. 308 ZGB, mit Hinweisen; Biderbost,  
Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Diss. Freiburg i.Üe. 1996, S. 431 ff.; Urteil  
5C.1/1993 vom 28. April 1993, E. 1a und 3d).

#### **E. 4.3**

Eine unzulässige Delegation von Befugnissen erblickt die Berufungsklägerin insbesondere  
darin, dass die Behörden den Beistand ermächtigt haben, den Termin für ein grundsätzlich  
nachholbares Besuchsrecht in eigener Kompetenz festzulegen. Was «ein grundsätzlich  
nachholbares Besuchsrecht» ist, ergibt sich ohne weiteres aus dem Zusammenhang mit den  
Bestimmungen, wonach das Besuchsrecht allenfalls gegen den Willen der  
Berufungsklägerin durchzusetzen ist (Dispositiv Ziff. 3) und die Berufungsklägerin unter  
Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB angewiesen wird, alles zu tun,  
dass das angeordnete Besuchsrecht effektiv ausgeübt werden kann (Dispositiv Ziff. 5 des  
bestätigten Departementsentscheids). Nachholbar ist somit der Besuchsrechtstag, der aus

Gründen nicht hat bezogen werden können, die beim Inhaber der elterlichen Sorge liegen. Eine derartige Anordnung ist zulässig (Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2001 vom 26. Oktober 2001, E. 2a, in: FamPra.ch 2002 S. 399). Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin hat der Beistand auch in diesem Bereich kein Besuchsrecht selbstständig festzulegen oder abzuändern, sondern den Vollzug behördlich bestimmter, aber verpasster Besuchstage zu regeln. Dazu darf er ermächtigt werden, wie das Verwaltungsgericht das zutreffend festgehalten hat (vgl. Hausheer, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung, ZVW 53/1998 S. 17 ff., S. 33 bei Anm. 94, und Biderbost, a.a.O., S. 318/319, je mit Hinweisen). Urteil vom 1. September 2004 (5C.146/2004) Aus den Erwägungen des Bundesgerichts zur staatsrechtlichen Beschwerde: 2. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die verwaltungsgerichtliche Beurteilung der Bedürftigkeit. Sie erblickt eine verfassungswidrige Anwendung von § 81 VRG/TG darin, dass das Verwaltungsgericht ihr einen Zuschlag auf dem Grundbetrag verweigert habe, den sie in einem Verfahren vor Obergericht hätte beanspruchen können. Die Anwendung zweier verschiedener Beurteilungskriterien für die Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für die materiell gleiche Sache innerhalb des gleichen Rechtskreises sei willkürlich (Art. 9 BV) und verletze den verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV).

#### **E. 5**

W wird unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB angewiesen, alles zu tun, dass das unter Ziff. 2 festgelegte Besuchsrecht effektiv ausgeübt werden kann.

#### **E. 6**

Die Vorinstanz wird angewiesen, nötigenfalls auch gegen den Willen der Kindsmutter eine gutachterliche Abklärung von Daniel beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Thurgau (KJPD) in Auftrag zu geben.

#### **E. 7**

Auf die Erhebung von Verfahrenskosten wird verzichtet.

#### **E. 8**

Das Gesuch um Bestellung eines Offizialanwaltes wird abgewiesen.» Mit Eingabe vom 9. Januar 2004 lässt W dagegen Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben. Dieses weist die Beschwerde ab und verweigert die unentgeltliche Rechtspflege sowie die Offizialverbeiständung. Aus den Erwägungen: 2. a) Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, haben Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit den Kindern (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Bei der Ausübung des persönlichen Verkehrs haben der Vater und die Mutter alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert (Art. 274 Abs. 1 ZGB). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid die zu dieser gesetzlichen Regelung geltende und dazu entwickelte Lehre und Praxis ausführlich dargestellt. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann daher an dieser Stelle darauf verwiesen werden. (...) b) Was die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptantrag verlangt, geht klar an den Fakten vorbei. Zwar ist bei einer Gefährdung des Kindeswohls eine gänzliche Verweigerung des Besuchsrechts möglich, doch gewissermassen nur als ultima ratio. Dafür liegen aber keinerlei belegte Anhaltspunkte vor, lässt es doch die

Beschwerdeführerin allein bei Behauptungen bewenden und eine psychiatrische Begutachtung ihres Sohnes zur Abklärung des Kindeswohls bezüglich des Besuchsrechts lehnt sie ab. Auch von einem sich nicht ernsthaft um das Kind kümmern gemäss Art. 274 Abs. 2 ZGB kann nicht gesprochen werden (vgl. zum Massstab zum Beispiel TVR 1994 Nr. 13 E. 2a). Zwar mag sein, dass dem anfänglich so war, doch bemühte sich der Vater seit dem inzwischen wieder aufgegebenen Zusammenleben und auch nachher um seinen Sohn. Daran ändert nichts, dass er seiner Unterhaltspflicht offenbar nicht stets zeitgerecht und voll nachgekommen ist. Das aber ist für die Mutter alles andere als angenehm und ist auch sicherlich eine der Ursachen ihrer Verweigerungshaltung. c) Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin mit dessen Verweis auf RBOG 1987 Nr. 1 hat sich in den letzten Jahren die Gerichtspraxis dahingehend verändert, wonach es üblich ist, zwei Besuchswochenenden pro Monat festzulegen, wenn nichts gegen die Ausübung des Besuchsrechts spricht (vgl. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 273 Nr. 15). Wie erwähnt, lässt es die Beschwerdeführerin bei entsprechenden Behauptungen bewenden und bietet keine Hand für eine gutachterliche Abklärung. Verhält es sich so, besteht kein Anlass, von dieser neueren Gerichtspraxis, die das DJS seinem Entscheid zugrunde gelegt hat, abzuweichen. (...) Das Kindeswohl verlangt, dass nun das Besuchsrecht seinen geordneten Anfang nimmt. Die von der Vorinstanz angeordnete phasenweise Steigerung des Besuchsrechts ist ebenso nicht zu beanstanden, vielmehr zu Recht so angeordnet worden. d) (...) e) (...) 3. (Ausführungen zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Officialverbeiständung mit Verweis auf TVR 2001 Nr. 8). Entscheid vom 5. Mai 2004 Die Beschwerdeführerin liess dagegen sowohl Berufung als auch staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht erheben. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts im Berufungsverfahren: 2. Die Berufungsklägerin stützt sich auf die Praxis des Obergerichts, wonach das übliche Besuchsrecht darin zu erblicken sei, dass dem Elternteil, dem die elterliche Obhut nicht zukomme, ein Besuchsrecht von einem Wochenende pro Monat einzuräumen sei (unter Hinweis auf RBOG 1987 Nr. 1). Das Verwaltungsgericht, das nur ausnahmsweise in Zivilrechtssachen zu entscheiden habe, sei nicht befugt, von dieser Praxis des Obergerichts abzuweichen, in dessen Hand die Zivilrechtspflege im Kanton Thurgau in erster Linie liege. Auch würden keine sachlichen Gründe für ein Abweichen von dieser Praxis genannt.

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