

# ZH\_OBERGERICHT PQ210077 vom 14. Dezember 2021

ZH Obergericht, 2021-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PQ210077](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ210077)

FR: ZH\_OBERGERICHT PQ210077 du 14 décembre 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT PQ210077 del 14 dicembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Die Eheleute A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) und D.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin) leben seit längerer Zeit getrennt. Sie haben zwei Söhne, B.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2005) und C.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2007), die gemäss Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 2. Mai 2012 unter die Obhut der Mutter gestellt wurden. Mit Entscheid vom 7. Februar 2017 errichtete die Kindes- und Erwachsenen-schutzbehörde (KESB) Bezirk Pfäffikon für die Kinder eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Der Bezirksrat Pfäffikon bestätigte mit Urteil vom 25. März 2019 die Beistandschaft, hob aber die angeordnete Beschränkung der Befugnisse des Beschwerdeführers gemäss Art. 308 Abs. 3 ZGB auf. Mit Entscheid vom 8. Juni 2021 erweiterte die KESB die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB um zusätzliche Aufgaben und Befugnisse. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (zum Ganzen BR-act. 6/2).

### E. 1.1

Der Beschwerdeführer beanstandet vorab, die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb ihm keine Parteientschädigung zugesprochen werde. Sie habe damit sein rechtliches Gehör verletzt.

- 9 -

### E. 1.2

Der aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessenden Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, ist Genüge getan, wenn der Entscheid sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2 m.w.H.). Diesen Anforderungen genügt die vorinstanzliche Begründung, wenn auch nur knapp. Die Vorinstanz hat mit Bezug auf die Prozesskosten – und damit sowohl hinsichtlich der Gerichtskosten wie der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO; sogleich E. 2.2) – auf die Grundnorm von Art. 106 ZPO sowie auf Art. 107 lit. c ZPO verwiesen. Sie hat ausgeführt, dass gestützt auf letztere Bestimmung in familienrechtlichen Verfahren die Prozesskosten in aller Regel hälftig aufzuerlegen seien. Mit Bezug auf die Parteientschädigung führt dies zu einem "Wettschlagen", d.h. dazu, dass keine der Parteien der anderen eine solche Entschädigung zu zahlen hat. Dies sagt die Vorinstanz nicht ausdrücklich, ergibt sich aber implizit aus ihrer Begründung. Eine Verletzung des Anspruchs des Beschwerdegegners auf rechtliches Gehör liegt nicht vor. Der Beschwerdeführer war denn auch in der Lage, den Entscheid sachgerecht anzufechten.

### E. 2

Mit Eingabe vom 12. Juli 2021 erhob der Beschwerdeführer gegen den Entscheid der KESB Beschwerde beim Bezirksrat Pfäffikon (Vorinstanz). Er beantragte die Aufhebung des Entscheids zufolge fehlender sachlicher Zuständigkeit der KESB, da schon seit Januar 2017 ein Scheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Hinwil hängig sei. Zudem stellte er Antrag auf Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung, die Zuspreehung einer angemessenen Parteientschädigung sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (BR-act. 6/1; act. 8 S. 3). Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Stellungnahme vom 23. Juli 2021 die Abweisung des Antrags um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (BR-act. 6/17). Die KESB verwies mit Vernehmlassung vom 26. Juli 2021 im Wesentlichen auf die Dringlichkeitszuständigkeit gemäss Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB und schloss auf Abweisung der Beschwerde (BR-act. 6/19). Es folgten eine Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 13. August 2021 (BR-act. 6/25), eine Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 30. August 2021 (BR-act. 6/31) und eine Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 10. September 2021 (BR-act. 6/35). Am 22. September 2021 erging folgendes Urteil der Vorinstanz (act. 8): I. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der KESB

- 4 - Bezirk Pfäffikon vom 8. Juni 2021 wird aufgehoben. II. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben. III. Die vollständigen Verfahrensakten werden zuständigkeitshalber unter Hinweis auf den Antrag des Beistands vom 9. April 2021 um Erlass von Kindesschutzmassnahmen dem Bezirksgericht Hinwil überwiesen. IV. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. V. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. VI. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen. VII. D. \_\_\_\_\_ wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt. Es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. VIII. Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ wird eingeladen, seine Honorarnote dem Bezirksrat Pfäffikon einzureichen. Über die Entschädigung wird in einem separaten Beschluss entschieden. IX. (Rechtsmittel) X. (Mitteilungen)"

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer beantragt für das obergerichtliche Verfahren, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, eventualiter sei ihm die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung zu bewilligen (act. 2 S. 2).

### **E. 2.2**

Was den Prozesskostenvorschuss betrifft, führt der Beschwerdeführer selbst aus, der Beschwerdegegnerin sei vor der Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden, weshalb sie voraussichtlich nicht in der Lage sei, ihm Rechtsschutz in Form eines Prozesskostenvorschusses zu gewähren (act. 2 Rz. 19). Die Ausführungen der Vorinstanz zu den finanziellen Verhältnissen der Beschwerdegegnerin (act. 8 S. 8) stellt der Beschwerdeführer nicht in Frage. Es

- 19 - ist auch nicht ersichtlich, dass nicht auf diese abgestellt werden könnte. Ohnehin kann aber ein solcher Anspruch – als Ausfluss der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (BGE 142 III 36 E. 2.3) – nicht Gegenstand eines kindesschutzrechtlichen Verfahrens sein. Auf den Antrag auf Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses ist

entsprechend nicht einzutreten.

### **E. 2.3**

Nach dem vorne Ausgeführten ist die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers zu bejahen. Die Beschwerde war sodann nicht von vornherein aussichtslos. Dem Beschwerdeführer ist die unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren zu gewähren und Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Es sei Dispositiv Ziff. VI. des Urteils des Bezirksrates Pfäffikon vom 22. September 2021 aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

### **E. 3.1**

Für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin nicht zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichtet wird, verlangt der Beschwerdeführer eine Entschädigung durch den Staat, da der Entscheid der KESB auf einem groben Verfahrensfehler beruhe.

### **E. 3.2**

Im Kanton Zürich besteht in gerichtlichen Beschwerdeverfahren keine gesetzliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung des Staates an die obsiegende Partei (vgl. zur Rechtslage vor Einführung des EG KESR: BGE 140 III 385 E. 3.1.). Auch nach der subsidiär geltenden ZPO gibt es keinen Anspruch auf Parteientschädigung gegenüber dem Staat (BGE 140 III 385 E. 3.3 u. 4.1; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 107 N 11). Gemäss der Praxis der Kammer kann eine Behörde immerhin dann zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt (bzw. sich mit dem fehlerhaften Entscheid nicht identifiziert), die Behörde materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (vgl. OGer ZH PA200044 vom 10. November 2020 E. 5.1.; PQ160008 vom 16. März 2016 E. 3.1.; PQ170035 vom 6. Juli 2017 E. 7.2.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Weder hat die KESB materiell Parteistellung noch ist deren Entscheid qualifiziert unrichtig. Die KESB ist gestützt auf Art. 315a Abs. 3 Ziffer 2 ZGB trotz

- 12 - grundsätzlicher Zuständigkeit des Gerichts befugt, die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann. Kommt eine Beschwerdeinstanz wie vorliegend zum Schluss, dass die Voraussetzungen einer Dringlichkeitszuständigkeit entgegen der Annahme der KESB nicht gegeben waren, so bedeutet dies zwar, dass die KESB die eigene Zuständigkeit zu Unrecht bejaht hat, nicht aber dass eine eigentliche "Justizpanne" und damit eine qualifizierte Unrichtigkeit vorliegt.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat damit zu Recht davon abgesehen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die gegen Dispositiv-Ziffer V des vorinstanzlichen Urteils erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten des Bezirksrats (act. 6/1-36 und act. 9/37-49, zitiert als "BR-act.") wurden beigezogen, teilweise aus dem bei der Kammer hängigen Verfahren Nr. LY210041 (vgl. act. 4 und 5). Das Verfahren ist spruchreif. II. 1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3) geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – 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). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirksrats als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB. 2. Die Beschwerde wurde rechtzeitig eingereicht und enthält Anträge sowie eine Begründung (act. 2). Der Beschwerdeführer verlangt in erster Linie, dass die Beschwerdegegnerin oder der Staat entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid zur Zahlung einer Parteientschädigung an ihn zu verpflichten seien. Er ist als vom Entscheid betroffene Person zur Beschwerde legitimiert.

- 6 - 3. Mit dem Begriff der Beschwerde i.S. der Art. 450-450c ZGB werden grundsätzlich alle Rechtsmittel gegen Entscheide der KESB bezeichnet. Gemeint sind damit aber im Wesentlichen Entscheide der KESB in der Sache (vgl. BSK ZGB I- DROESE/STECK, Art. 450 N 19-21). Keine Entscheide in der Sache stellen Entscheide über die Verteilung und die Liquidation der Prozesskosten dar. Weder das ZGB noch das EG KESR enthalten besondere Bestimmungen zur sogenannten Kostenbeschwerde, weshalb gemäss § 40 Abs. 3 EG KESR und Art. 450f ZGB in Verbindung mit Art. 110 ZPO die Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO analoge Anwendung finden (vgl. OGer ZH PQ190077 vom 9. Dezember 2019 E. II/3 f.; PQ190015 vom 20. März 2019 E. II/2; PQ190003 vom 25. Januar 2019 E. 3.1). Mit der Kostenbeschwerde kann deshalb einzig die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Umfasst wird davon auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (ZK ZPO- FREIBURGHAUS/AFHELDT, Art. 320 N 3 f. i.V.m. ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 310 N 36). Es gilt eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit der beschwerdeführenden Partei analog derjenigen von Art. 321 ZPO. Sie hat jeweils darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet, d.h. aus welchen Gründen er falsch ist und abgeändert werden soll. Es genügt nicht, in einer Beschwerdeschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und/oder pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss zu wiederholen, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde. Dabei kann bei der Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen an die Beschwerdebegründung berücksichtigt werden, ob die beschwerdeführende Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht. Neue Anträge, Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). III. 1. Die Vorinstanz hat die Dringlichkeitszuständigkeit der KESB gemäss Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB verneint und deren Entscheid aufgehoben. Zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen erwoget sie Folgendes: In familienrechtlichen Angelegenheiten, bei denen es im Wesentlichen um Themen geht, welche die

- 7 - Kinder unmittelbar betreffen, seien die Prozesskosten eines Rechtsmittelverfahrens abweichend von Art. 106 Zivilprozessordnung (ZPO) in aller Regel den Parteien jeweils hälftig aufzuerlegen, und zwar gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO. Vorliegend sei jedoch aus Billigkeitsgründen von dieser grundsätzlichen Regelung abzuweichen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Da der Beschwerdeführer mit seinem Anliegen durchgedrungen sei, die Beschwerdegegnerin unverschuldet ins Verfahren gezogen worden sei und die KESB einen offensichtlich falschen Entscheid über ihre Zuständigkeit getroffen habe, würden sich Kosten nicht rechtfertigen. Es seien deshalb keine Kosten zu erheben (act. 8 S. 6 f.). Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wies es wegen fehlender Bedürftigkeit ab (act. 8 S. 6 ff.). 2. Der Beschwerdeführer bringt vor, vor der Vorinstanz vollständig obsiegt zu haben, weshalb die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO zu verpflichten sei, ihn für seine Anwaltskosten zu entschädigen. Gemäss Kostenblatt seiner Rechtsvertreterin betrügen die anwaltlichen Bemühungen inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer total Fr. 6'714.10. Im diesem Umfang bestehe Anspruch auf Parteientschädigung (act. 2 S. 3). Die Vorinstanz habe es unterlassen zu begründen, weshalb ihm keine Parteientschädigung zugesprochen werde. Damit habe sie sein rechtliches Gehör verletzt (act. 2 S. 3 f.). Wenn die Vorinstanz sodann bei der Verlegung der Gerichtskosten ausführe, der Beschwerdegegnerin seien aus Billigkeitsgründen keine Kosten aufzuerlegen, weil sie unverschuldet ins Verfahren gezogen worden sei, stelle sie den Sachverhalt nicht richtig fest. Die Beschwerdegegnerin sei nicht verpflichtet gewesen, aktiv am Verfahren vor der Vorinstanz teilzunehmen. Die KESB habe einen Entscheid gefällt, obwohl sie offensichtlich sachlich nicht zuständig gewesen sei. Trotzdem habe die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin vor der Vorinstanz die Abweisung des Rechtsmittels des Beschwerdeführers verlangt und insgesamt drei Rechtsschriften eingereicht, in welchen sie sich mit dem (offensichtlich unrichtigen) Entscheid der KESB identifiziert habe. Damit werde die Beschwerdegegnerin vor der Vorinstanz zur unterliegenden Partei. Für eine Verteilung der Prozesskosten nach Ermessen gemäss Art. 107 ZPO sei unter diesen Umständen kein Raum. Als un-

- 8 - terliegende Partei sei die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 106 ZPO verpflichtet, ihn für seine Prozesskosten zu entschädigen (act. 2 S. 4 f.). Sollte die Beschwerdegegnerin nicht zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, sei – so der Beschwerdeführer weiter – der Staat zu verpflichten, seine Rechtsverfolgungskosten zu bezahlen. Der Entscheid der KESB beruhe auf einem groben Verfahrensfehler. Gestützt auf Art. 108 ZPO, wonach unnötige Prozesskosten zu bezahlen habe, wer sie verursacht habe, bzw. gemäss der Praxis des Bundesgerichts sei er vom Kanton zu entschädigen (act. 2 S. 5 f.). Für den Fall, dass weder die Beschwerdegegnerin noch der Staat verpflichtet werden sollten, ihm (dem Beschwerdeführer) eine Parteientschädigung für seine Anwaltskosten zu bezahlen, sei das von der Vorinstanz abgewiesene Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen und seine Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin für ihre Bemühungen und Auslagen vom Staat zu entschädigen (act. 2 S. 6). Die unentgeltliche Rechtspflege sei zudem bei der Liquidation der Prozesskosten relevant. Obsiege die unentgeltlich prozessführende Partei und sei die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, so werde die unentgeltliche Rechtsbeiständin vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die Voraussetzungen für die Liquidation der Prozesskosten gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO seien vorliegend erfüllt. Die Beschwerdegegnerin sei von der Vorinstanz als mittellos beurteilt worden, so dass anzunehmen sei, eine Parteientschädigung wäre nicht

einbringlich. Ihm, dem Beschwerdeführer, sei ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Seine unentgeltliche Rechtsbeiständin sei daher für das Verfahren vor der Vorinstanz direkt vom Kanton zu entschädigen (act. 2 S. 9 f.). IV.

#### **E. 4.1**

Für den Fall, dass weder die Beschwerdegegnerin noch der Staat zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, verlangt der Beschwerdeführer schliesslich, es sei das von der Vorinstanz abgewiesene Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen und seine Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin für ihre Bemühungen und Auslagen vom Staat zu entschädigen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz begründete die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der fehlenden Bedürftigkeit des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer habe ein Einkommen von monatlich rund Fr. 3'423.– (act. 8 S. 7 m.H.a. BR-act. 6/4/3). Die Bedarfsseite stelle sich wie folgt dar: Der Beschwerdeführer habe einen Grundbetrag von Fr. 1'200.–, die Miete betrage monatlich Fr. 1'650.– (BR-act. 6/4/4) und die obligatorische Krankenversicherung koste monatlich rund Fr. 260.– (BR-act. 6/4/5). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers seien nur die Kosten gemäss KVG und nicht auch diejenigen gemäss VVG anrechenbar. Hinzu kämen gerichtsnotorische Kosten wie die Serafe-Gebühr von Fr. 30.– und Telefon/Internet/TV-Kosten von Fr. 120.–. Weitere Ausgaben seien durch den Beschwerdeführer weder substantiiert behauptet noch belegt worden. Der monatliche Bedarf belaufe sich damit auf Fr. 3'260.–. Entsprechend verbleibe dem Beschwerdeführer ein monatlicher Überschuss von Fr. 163.–. Ausgehend von der Rechtsprechung, die verlange, dass die mutmasslichen Prozesskosten innerhalb von maximal zwei Jahren getilgt werden könnten, wäre der Beschwer-

- 13 - deführer in der Lage, innerhalb von zwei Jahren einen Betrag von Fr. 3'912.– zu decken. Da keine Verfahrenskosten erhoben worden seien, müsse der Beschwerdeführer mit diesem Betrag lediglich seine Anwältin bezahlen. Dies sollte in Anbetracht des eher unaufwändigen Verfahrens ohne weiteres möglich sein, würden doch für durchschnittlich aufwändige Eheschutzverfahren Anwaltskosten von Fr. 5'000.– angenommen (act. 8 S. 7 f.).

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe das Existenzminimum nicht richtig berechnet, seine familienrechtlichen Unterhaltspflichten zu Unrecht ausser Acht gelassen und offensichtlich zu tiefe Anwaltskosten angenommen. Bei Berücksichtigung der Prämien für die Krankenkasse von monatlich 310.15 (KVG und VVG) und der Versicherungspauschalen von Fr. 30.–, welche im Kanton Zürich gerichtsnotorisch zum Existenzminimum gehöre, ergebe sich ein monatlicher Bedarf von Fr. 3'340.– bzw. ohne VVG-Prämie von Fr. 3'290.–. Die Differenz zum monatlichen Einkommen (Fr. 3'423.– minus Fr. 3'290.–) betrage richtigerweise Fr. 133.– pro Monat. Damit sei er nicht in der Lage, die Anwaltskosten (von in Wahrheit Fr. 6'714.10) innert angemessener Frist zu bezahlen (act. 2 Rz. 12). Hinzu komme, dass er, der Beschwerdeführer, familiäre Unterhaltspflichten habe, wobei er vor der Vorinstanz geltend gemacht habe, dass er sein Geschäft im Ofenbau aufbaue und noch nicht in der Lage sei, monatliche Unterhaltsbeiträge für seine Kinder zu bezahlen. Zudem habe er darauf hingewiesen, dass er für die Kinderkosten in seinem Haushalt aufkomme, wenn der 15-jährige B. \_\_\_\_\_ und der

14-jährige C.\_\_\_\_\_ bei ihm auf Besuch bzw. in den Ferien seien. Es sei offenkundig, dass der kleine monatliche Überschuss hierfür nicht ausreiche. Die Vorinstanz äussere sich hierzu nicht, sondern führe zu Unrecht aus, er habe keine weiteren Ausgaben substantiiert behauptet oder belegt (act. 2 Rz. 13). Sie habe auch Kenntnis davon, dass er verpflichtet sei, Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen, die von der Gemeinde bevorschusst würden, habe dies aber nicht berücksichtigt (act. 2 Rz. 14). Sodann sei er mit Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 12. August 2021, zugestellt am 7. September 2021, in Abänderung der bisherigen Regelung verpflichtet worden, ab Januar 2021 monatliche Unterhaltsbeiträge für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ von je Fr. 498.– und für die Ehefrau von Fr. 1'427.– zu bezahlen (act. 3/3). Auch gestützt auf diese (echten) Noven sei er mit

- 14 - seinen Einkünften offensichtlich nicht in der Lage, neben den Lebenskosten für sich und seine Familie für die Kosten des Prozesses vor der Vorinstanz aufzukommen (act. 2 Rz. 15). Ferner erweise sich die Annahme der Vorinstanz, die Anwaltskosten würden Fr. 3'912.– betragen, als offensichtlich unrichtig. Es werde auf das eingereichte Kostenblatt über die Bemühungen und Auslagen der Rechtsvertreterin verwiesen (act. 3/2). Entgegen der Vorinstanz sei das Verfahren nicht unaufwändig gewesen. Er, der Beschwerdeführer, habe nicht nur eine Rechtschrift verfasst und in der Beschwerde nicht nur die sachliche Unzuständigkeit der KESB gerügt, sondern weitere gravierende Fehler der KESB dargelegt. Er habe eine weitere notwendige Stellungnahme vom 30. August 2021 verfasst, in welcher er insbesondere auf neue Unterlagen der Vorinstanz und der KESB eingehen müsse (insb. Telefonnotizen mit dem Scheidungsgericht). Die Höhe der Anwaltskosten lasse sich nicht mit einem Hinweis auf pauschalierte Anwaltskosten in einem Eheschutzverfahren abschätzen. Das Kindesschutzverfahren sei kein Eheschutz- und kein summarisches Verfahren. Die auf diese Weise von der Vorinstanz erfolgte Schätzung der Anwaltskosten unabhängig von den tatsächlichen Aufwendungen erfolge willkürlich (vgl. Art. 9 BV). Praxisgemäss würden Anwälte von der urteilenden Behörde eingeladen, ihre Kostennote einzureichen, bevor über die Honorarhöhe entschieden werde. Dies habe die Vorinstanz ohne Grund unterlassen (act. 2 Rz. 16). 4.4.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass die gesuchstellende Person sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausschöpft, so etwa Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (vgl. etwa BGer 4D\_30/2009 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der verbleibende Überschuss es ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres und in den

- 15 - anderen Fällen innert zweier Jahre zu tilgen (BGer 5A\_663/2007 vom 28. Januar 2008 E. 3.1; 5A\_26/2008 vom 4. Februar 2008 E. 3.1; DIKE ZPO-HUBER, Art. 117 N 17; ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 12). Es obliegt grundsätzlich der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Insofern wird die Untersuchungsmaxime durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei beschränkt (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4a; BGE 120 Ia 179 E. 3.a). Bei der Frage der Mittellosigkeit ist jedoch zu beachten, dass es sich um eine negative Tatsache handelt, für

die kein strikter Beweis verlangt werden darf. Wenn die gesuchstellende Partei die zumutbaren Vorkehren zum Nachweis ihrer Mittellosigkeit getroffen hat, genügt Glaubhaftmachung. Es gilt im Übrigen zugunsten der Verfahrensbeschleunigung eine Beweismittelbeschränkung (BGE 104 Ia 324; Art. 119 Abs. 3 und Art. 254 ZPO). 4.4.2 Vorinstanz und Beschwerdeführer gehen übereinstimmend von monatlichen Einkünften von Fr. 3'423.– aus. 4.4.3 Die Vorinstanz hat einen Bedarf von Fr. 3'260.– angenommen (Grundbetrag Fr. 1'200.–; Miete Fr. 1'650.–; Krankenversicherung Fr. 260.–; Serafe-Gebühr Fr. 30.–; Tel./Internet/TV Fr. 120.–). Der Beschwerdeführer hält dafür, dass auch die Kosten der VVG-Versicherung von Fr. 50.– und eine Versicherungspauschale von Fr. 30.– hinzuzurechnen seien. Allerdings ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers der Prämienaufwand für nichtobligatorische Versicherungen nicht zu berücksichtigen (BGE 134 III 323; DIKE ZPO-HUBER, Art. 117 N 49). 4.4.4 Im Weiteren möchte der Beschwerdeführer berücksichtigt sehen, dass er familiäre Unterhaltspflichten hat. Solche rechtlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge sind Bestandteil des Notbedarfs, soweit sie effektiv und regelmässig bezahlt werden und davon ausgegangen werden kann, dass dies auch weiterhin geschieht (DIKE ZPO-HUBER, Art. 117 N 47). Der Beschwerdeführer gab allerdings vor Vorinstanz an, er sei "noch nicht in der Lage, monatliche Unterhaltsbeiträge für die Kinder zu bezahlen" (BR-act. 6/1 Rz. 36). Damit räumte er ein, seinen Unterhaltspflichten in der Vergangenheit nicht nachgekommen zu sein und gegenwärtig

- 16 - nicht nachzukommen. Nicht bezahlte Unterhaltsbeiträge sind im Bedarf nicht zu berücksichtigen. 4.4.5 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz äussere sich nicht dazu, dass er für die Kinderkosten in seinem Haushalt aufkomme, wenn der 15-jährige B.\_\_\_\_\_ und der 14-jährige C.\_\_\_\_\_ bei ihm auf Besuch bzw. in den Ferien seien. Er unterliess es indessen seinerseits sowohl im vorinstanzlichen (BR-act. 6/1 Rz. 36) als auch im vorliegenden Verfahren (act. 2 Rz. 13), den tatsächlichen Umfang der Wochenend- bzw. Ferienbesuche darzutun und zumindest eine Schätzung der hierfür anfallenden Kosten zu ermöglichen. Damit hat die Vorinstanz zu Recht dafür gehalten, weitere Ausgaben seien durch den Beschwerdeführer weder substantiiert behauptet noch belegt worden. 4.4.6 Was die übrigen von der Vorinstanz zum Bedarf gerechneten Positionen betrifft, werden diese vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt. Festzuhalten ist damit, dass der von der Vorinstanz angenommene Bedarf von Fr. 3'260.– nicht zu beanstanden ist. Es bleibt beim von der Vorinstanz ermittelten monatlichen Überschuss von Fr. 163.– (Fr. 3'425.– ./ Fr. 3'260.–). 4.5.1 Die Vorinstanz geht davon aus, dass mit diesem Überschuss innerhalb von zwei Jahren ein Betrag von Fr. 3'912.– bezahlt werden könne und die Anwaltskosten nicht höher sein sollten. Der Beschwerdeführer hält dem unter Verweis auf ein Kostenblatt (act. 3/2) entgegen, die Anwaltskosten betragen Fr. 6'714.10. Diesen Betrag könne er nicht innert angemessener Frist bezahlen (act. 2 Rz. 12). 4.5.2 Der Einkommensüberschuss ist mit den im konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten zu vergleichen. Er sollte eine Tilgung innert eines Jahres bei weniger aufwändigen (d.h. weniger kostspieligen) und innert zweier Jahre bei aufwändigeren Prozessen ermöglichen (vorne E. 5.4.1; DIKE ZPO-HUBER, Art. 117 N 17 m.H.; ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 12 m.H.). Vorliegend geht es, wie die Vorinstanz richtig festhält (act. 8 S. 8), um einen weniger aufwändigen Prozess. Entsprechend ist – insoweit entgegen der Vorinstanz – nicht der binnen zweier Jahre, sondern der während eines Jahres zu erzielende Einkommensüberschuss massgebend. Dieser beträgt Fr. 1'956.– und reicht nicht aus, um die

- 17 - mutmasslichen Anwaltskosten zu decken, zumal die Entschädigung nicht im alleruntersten Bereich des vorgegebenen Tarifr Rahmens liegen dürfte (s. dazu sogleich E. 4.5.3). Damit hat die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung zu Unrecht abgewiesen. 4.5.3 Was die von der Vorinstanz festzulegende Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeistandin betrifft, ist angesichts des Verweises des Beschwerdeführers auf das Honorarblatt (act. 3/2) der Vollständigkeit halber Folgendes festzuhalten: Der unentgeltliche Rechtsbeistand wird vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei auf die kantonalen Tarife abzustellen ist (DIKE ZPO-HUBER, Art. 122 N 7, 22; ZK ZPO-EMMEL, Art. 122 N 5). Im Kanton Zürich ist die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgebend (§ 23 Abs. 1 AnwGebV). Die Vergütung setzt sich aus der Gebühr (Grundgebühr sowie allfällige Zuschläge oder Abzüge) und den notwendigen Auslagen zusammen (vgl. § 1 Abs. 2 AnwGebV). Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Grundgebühr nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts und nach der Schwierigkeit des Falls festgesetzt; sie beträgt in der Regel Fr. 1400.– bis Fr. 16'000.–. Die Gebühr wird berechnet, nachdem die Rechtsvertretung dem Gericht eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorgelegt hat (§ 23 Abs. 2 AnwGebV). Diese Aufstellung hat einzig die Funktion, dem Gericht die Schätzung des notwendigen Stundenaufwands der Rechtsvertretung zu erleichtern. Die Entschädigung hat alsdann ausschliesslich nach den massgeblichen Tarifr ahmen und in Anwendung der vorgesehenen Bemessungskriterien zu erfolgen. Sie stellt keine Zeitaufwandsentschädigung dar; vielmehr wird der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifansatzes berücksichtigt. Auch für einen Stundenansatz von Fr. 220.–, wie er dem Honorar gemäss dem vom Beschwerdeführer eingereichten Honorarblatt (act. 3/2) zugrunde liegt, gibt es keine Grundlage (zum Ganzen OGer ZH PC180030 vom 3. Januar 2019 E. 3.1).

#### **E. 4.6**

Nach dem Ausgeführten ist Dispositiv-Ziffer V des Urteils des Bezirksrats Pfäffikon vom 22. September 2021 aufzuheben und dem Beschwerdeführer die

- 18 - unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bestellen. Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ ist einzuladen, ihre Honorarnote dem Bezirksrat Pfäffikon einzureichen. Über die Entschädigung ist in einem separaten Beschluss zu entscheiden.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit sie sich gegen Dispositiv-Ziffer V des vorinstanzlichen Urteils richtet, und dass sie gutzuheissen ist, soweit sie sich gegen Dispositiv-Ziffer VI des vorinstanzlichen Urteils richtet. V. 1. Der Beschwerdeführer unterliegt hinsichtlich des (gegenüber der Beschwerdegegnerin bzw. gegenüber dem Staat) geltend gemachten Anspruchs auf Parteientschädigung. Er obsiegt hinsichtlich des Anspruchs auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Dem Beschwerdeführer sind die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 ZPO; § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG; s. zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sogleich E. 2.3). Im Übrigen sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (s. dazu vorne E. IV/2 f.).

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