

## **VI. Verwaltungsverfahren vor den vormundschaftlichen Behörden**

### **34    Art. 29 Abs. 3 BV. Unentgeltliche Rechtspflege.**

**Im - kostenlosen - Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ist die unentgeltliche Rechtsvertretung durch einen Anwalt in aller Regel nicht erforderlich.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, Kammer für Vormundschaftswesen, vom 18. Dezember 2001 in Sachen M. Sch.-C. (BE.2001.00055)

### *Sachverhalt*

Mit rechtskräftigem Ehescheidungsurteil des Gerichtspräsidiums Z. vom 22. November 2000 wurde die Ehe der Beschwerdeführerin mit Th. Sch. geschieden, das eheliche Kind J., geb. 26. März 1997, der Beschwerdeführerin zur Ausübung der elterlichen Sorge zugeteilt und dem Kindsvater das Recht eingeräumt, jedes erste und dritte Wochenende des Monats sowie vier Wochen Ferien pro Jahr mit dem Kind zu verbringen. Kurze Zeit nach Rechtskraft des Ehescheidungsurteils wurde der Kindsvater mit ernsthaften psychischen Problemen verhaltensauffällig, die sich zusehends verschärften. Er entzog sich nach einer vorübergehenden Unterbringung in der Psychiatrischen Klinik Königsfelden einer psychiatrischen Behandlung, verweigerte die Medikamenteneinnahme, geriet in seiner Stimmungslage in ein Wechselspiel zwischen Depression und starker Aggression, verlor seine Arbeitsstelle und durch Mietkündigung auch seine Wohnung.

In der Folge reichte die Beschwerdeführerin nach seiner Ankündigung, das Besuchsrecht für das Kind J. ausüben zu wollen, durch die von ihr beigezogene Anwältin mit Eingabe vom 26. April 2001 bei der Vormundschaftsbehörde O. das Begehren ein, es sei in

Abänderung des rechtskräftigen Ehescheidungsurteils vom 22. November 2000 dem Kindsvater das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind J. zu entziehen, eventuell ein begleitetes Besuchsrecht von einem Tag pro Monat einzuräumen, sowie vorsorglich sofort bis zum Entscheid über dieses Begehren das Recht auf persönlichen Verkehr zu sistieren. Mit der Einreichung dieses Begehrens ersuchte die Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beiordnung ihrer Anwältin als unentgeltliche Rechtsvertreterin.

Die Vormundschaftsbehörde O. untersagte mit Beschluss vom 30. April 2001 dem Kindsvater bis auf weiteres die Ausübung des persönlichen Verkehrs mit dem Kind J., wies mit weiterem Beschluss vom 11. Juni 2002 das Begehren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und hob danach mit Beschluss vom 10. Juli 2001 das dem Kindsvater im rechtskräftigen Ehescheidungsurteil gewährte Besuchs- und Ferienrecht auf unbestimmte Zeit auf.

Gegen die Abweisung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde O. vom 11. Juni 2001 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde, die nach ihrer Abweisung durch Verfügung des Bezirksamts X. vom 18. Oktober 2001 auch durch Entscheid der Kammer für Vormundschafswesen des Obergerichts vom 18. Dezember 2001 abgewiesen wurde.

### *Aus den Erwägungen*

1. a) Gemäss der im Verfahren vor den Vormundschafts- und vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden (Art. 361 Abs. 1 und 2 ZGB i.V.m. § 59 Abs. 1 und 4 EGZGB) massgebenden Kostenregelung des VRPG (§ 1 Abs. 1 VRPG bzw. § 59 Abs. 5 EGZGB) ist das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde als erster Instanz unentgeltlich (§ 33 Abs. 1 VRPG) sowie eine Kosten- und Entschädigungspflicht für Verfahrens- und Parteikosten eines Verfahrensbeteiligten erst und nur im Beschwerdeverfahren vor den vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden vorgesehen (§§ 33 Abs. 2 und 36 VRPG), wobei

einem Verfahrensbeteiligten unter der Voraussetzung seiner Mittellosigkeit und fehlenden Aussichtslosigkeit seines Rechtsbegehrens die Bezahlung von Verfahrenskosten und Verfahrenskostenvorschüssen erlassen (§ 35 Abs. 2 VRPG) sowie in Fällen, wo die Schwere einer Massnahme oder die Rechtslage es als gerechtfertigt erscheinen lässt, auch ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden kann (§ 35 Abs. 3 VRPG). Nach dieser Kostenregelung ist die unentgeltliche Rechtspflege mit unentgeltlicher Rechtsvertretung durch einen Anwalt ausdrücklich nur für das Beschwerdeverfahren vor den vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden vorgesehen und im erstinstanzlichen Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ausgeschlossen.

b) Diese Kostenregelung hält, soweit sie die unentgeltliche Rechtspflege mit unentgeltlicher Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ausschliesst, vor Art. 29 Abs. 3 BV nicht Stand. Danach hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. In dieser Verfassungsbestimmung wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 aBV (BGE 120 Ia 43 ff., insbes. 44/45 E. 2 mit Hinweisen, 122 I 8, 122 III 392, 123 I 146 E. 2, 124 I 304 mit Hinweis auf BGE 122 I 267 E. 2 mit Hinweisen und BGE 125 V 32, insbes. 34 f. E. 4a) normiert, wonach eine Partei unter der Voraussetzung ihrer Mittellosigkeit und fehlenden Aussichtslosigkeit ihres Rechtsbegehrens in einem von ihr oder gegen sie angestregten Verfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, nötigenfalls mit einem unentgeltlichen Rechtsvertreter, hat und diese nicht generell für bestimmte Verfahrensarten ausgeschlossen werden darf. Die unentgeltliche Rechtspflege, nötigenfalls mit Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters, muss danach in allen Verfahren und damit auch im erstinstanzlichen Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde in einer durch das ZGB in die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden gewiesenen Sache möglich sein. Sie ist indessen auch hier, wo sie angesichts der Unentgeltlichkeit des Verfahrens (§ 33

Abs. 1 VRPG) bloss noch für die unentgeltliche Rechtsvertretung durch einen Anwalt in Betracht kommen kann, nur unter der Voraussetzung fehlender Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens und der Notwendigkeit der Rechtsvertretung durch Beiordnung eines unentgeltlichen Anwalts zu gewähren (Art. 29 Abs. 3 BV), wobei sprachliche Verständigungsschwierigkeiten des Gesuchstellers oder eines Verfahrensbeteiligten bei der Abfassung und Einreichung des Rechtsbegehrens und in dem damit eingeleiteten Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde, wie schlechthin, auch hier mit Hilfe eines Übersetzers und nicht durch einen Rechtsvertreter zu beheben sind.

2. Art. 29 Abs. 3 BV verlangt für die unentgeltliche Rechtsvertretung eines Verfahrensbeteiligten durch einen Anwalt ausser Mittellosigkeit und fehlender Aussichtslosigkeit des gestellten Rechtsbegehrens ausdrücklich, dass die Anwaltsvertretung des Verfahrensbeteiligten zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist.

a) Ob diese Notwendigkeit vorliege, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls in Berücksichtigung der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften und der Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu entscheiden. Dabei fallen neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhalts auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen droht, ist die Rechtsvertretung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (BGE 125 V 32 Erw. 4b mit Hinweisen auf Lehre und Praxis).

b) Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Officialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken oder diesen von Amtes wegen abzuklären. Die Officialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt sachlich

geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (BGE 125 V 32 Erw. 4b S. 36 mit Hinweisen auf Lehre und Praxis).

3. Mit der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Änderung des Ehescheidungsrechts wurde u.a. die Abänderung rechtskräftiger Ehescheidungsurteile in Bezug auf das Recht des nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteils auf persönlichen Verkehr (Art. 273/274 ZGB) in die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde (Art. 134 Abs. 4 ZGB) und damit in das vor dieser durchzuführende Verwaltungsverfahren (nach dem VRPG) gewiesen.

a) Bei der Abänderung eines rechtskräftigen Ehescheidungsurteils in Bezug auf das darin zu- oder aberkannte Recht auf persönlichen Verkehr (Art. 273/274 i.V.m. Art. 134 Abs. 4 ZGB) handelt es sich um eine ausgesprochen einfache Rechtssache. Der Antragsteller hat nur mit einem Rechtsbegehren an die Vormundschaftsbehörde eine wesentliche und dauerhafte Änderung der tatsächlichen, für die Regelung des persönlichen Verkehrs im rechtskräftigen Ehescheidungsurteil massgebend gewesenen Verhältnisse seit dessen Rechtskraft darzutun sowie gestützt darauf die Abänderung und Anpassung des darin geregelten bzw. beurteilten Rechts auf persönlichen Verkehr zu verlangen mit der Folge, dass die Vormundschaftsbehörde diese behauptete wesentliche und dauerhafte Änderung der tatsächlichen Verhältnisse als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Abänderung des rechtskräftigen Ehescheidungsurteils von Amtes wegen zu prüfen und abzuklären sowie das Abänderungsbegehren bejahendenfalls ganz oder teilweise gutzuheissen und verneinendenfalls wegen der ihm dann entgegenstehenden Rechtskraft des Ehescheidungsurteils durch Nichteintretensentscheid zu erledigen hat.

b) Das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ist ein seiner Natur nach einfaches, rasches, von der Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime (§ 20 VRPG) beherrschtes Einparteienverfahren mit bloss dem Antragsteller als Verfahrenspartei und unmittelbar Betroffenen als Verfahrensbeteiligten (§§ 15 ff. VRPG), das - anders als das gerichtliche Verfahren - kein kontradiktorisches Verfahren und in welchem auch weder ein Rechtsschriftenwechsel durchzuführen noch eine Replik und eine Duplik zu erstatten, sondern nach Eingang des Rechtsbegehrens, Anhörung der durch dieses unmittelbar Betrof-

fenen und einer von Amtes wegen vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung ohne jeden Verzug der beschwerdefähige Erledigungsentscheid (Art. 420 Abs. 2 ZGB) zu erlassen ist.

Dabei hat die Vormundschaftsbehörde gemäss der im Verfahren vor den vormundschaftlichen Behörden in § 20 VRPG vorgeschriebenen Official- bzw. Untersuchungsmaxime dafür zu sorgen, dass keinem Verfahrensbeteiligten wegen Unbeholfenheit Nachteile erwachsen (Abs. 2). Die Vormundschaftsbehörde (Art. 361 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 59 Abs. 1 EGZGB) untersteht zudem der Aufsicht der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden (Art. 361 Abs. 1 und 2 ZGB i.V.m. § 59 Abs. 4 EGZGB), die in ihrer Doppelfunktion als Aufsichts- und Beschwerdeinstanzen jederzeit inner- und ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens und damit auch im Falle der Verwirkung der Beschwerdefrist von Amtes wegen einschreiten und einen Entscheid der Vormundschaftsbehörde aufheben können, wenn dieser als Verstoss gegen eine klare Gesetzesvorschrift oder einen Rechtsgrundsatz im wohlverstandenen Interesse eines massnahmebedürftigen oder sonstwie unbeholfenen Betroffenen nicht hingenommen werden kann. Antragsteller und Verfahrensbeteiligte haben daher im Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde praktisch kein Verfahrensrisiko zu tragen.

c) Das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde auf Abänderung eines rechtskräftigen Ehescheidungsurteils in Bezug auf das darin geregelte Recht auf persönlichen Verkehr (Art. 134 Abs. 4 ZGB i.V.m. §§ 15 ff. VRPG) ist dem summarischen richterlichen Konkurseröffnungsverfahren auf eigenes Begehren (Art. 25 Ziff. 2 Bst. a i.V.m. Art. 191 SchKG) vergleichbar, wo ebenfalls nur das Rechtsbegehren unter Darlegung der tatsächlichen Verhältnisse, hier der Verschuldung mit Grundangabe, einzureichen sowie daran anschliessend ohne jeden Verzug der Erledigungsentscheid (Art. 191 SchKG) zu erlassen und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wegen der Einfachheit des Verfahrens ohne sich in diesem stellende, nicht leicht zu beantwortende rechtliche Fragen die Rechtsvertretung des Gesuchstellers durch einen Anwalt nicht nötig und auch nicht im Rahmen unentgeltlicher Rechtspflege zu gewähren ist (BGE 118 III 32 f. E. 3d mit Hinweisen). Sodann ist das Verfahren vor der Vor-

mundschaftsbehörde in den durch das ZGB in deren Zuständigkeit gewiesenen Rechtssachen nicht aufwändiger oder rechtlich komplexer als ein Betreibungs- oder betreibungsrechtliches Beschwerdeverfahren (Art. 17 - 19 SchKG), wo die unentgeltliche Rechtsvertretung durch einen Anwalt vor einem unter der Aufsicht der betreibungsrechtlichen Aufsichtsbehörden (Art. 13 SchKG i.V.m. § 10 AG SchKG) stehenden Betreibungs- oder Konkursamt (Art. 2 SchKG) stets ausser Frage stand und für das betreibungsrechtliche Beschwerdeverfahren in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die - nun in Art. 20a SchKG gesetzlich normierte Offizialmaxime - festgestellt wurde, dass "die Mitwirkung eines Rechtsanwalts in aller Regel nicht erforderlich" sei (BGE 122 I 8 und 10 E. 3c mit Hinweis auf BGE 119 I 369 ff. E. 4c). Das muss um so mehr für das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde gelten, die über die ihr - wie auch den Betreibungsbehörden in Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG - aufgrund der Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime vorgeschriebene Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (§ 20 Abs. 1 VRPG) hinaus dafür zu sorgen hat, dass keinem Verfahrensbeteiligten wegen Unbeholfenheit Nachteile erwachsen, und die als unterste Entscheidungsinstanz der Aufsicht der Aufsichtsbehörden auch bezüglich ihrer Verfahrensdurchführung und Entscheidung untersteht. Im Hinblick auf diese Verfahrensgarantie, bei der ein Verfahrensbeteiligter praktisch kein Verfahrensrisiko mehr zu tragen hat, ist in dem ohnehin seiner Natur nach einfachen, raschen und auch in der Sache rechtlich regelmässig unkomplizierten Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde die Vertretung durch einen Anwalt und damit die unentgeltliche Rechtsvertretung durch einen solchen in aller Regel nicht erforderlich und diese nur in Ausnahmefällen einer in der Person oder in besonderen Umständen des konkreten Falls liegenden Überforderung des Antragstellers bzw. Verfahrensbeteiligten in der ihn betreffenden Sache zu bewilligen (nicht veröffentlichter Entscheidung der Kammer für Vormundschaftswesen vom 5. Mai 1999 i.S. G.B. E. 3 S. 12 ff.).

4. Ein solcher Ausnahmefall, in welchem besondere Umstände auf Seiten der Beschwerdeführerin oder in der sie betreffende Sache

selbst die unentgeltliche Rechtsvertretung durch einen Anwalt notwendig machen könnten, liegen hier nicht vor.

a) Das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde O. bietet weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten. Die Beschwerdeführerin hat nur bei der Vormundschaftsbehörde O. unter Darlegung der seit Eintritt der Rechtskraft des Ehescheidungsurteils eingetretenen Wesensveränderung des Kindsvaters und der Auswirkung dieser Veränderung auf den persönlichen Verkehr mit dem Kind das Begehren um Abänderung bzw. Aufhebung des dem Kindsvater im rechtskräftigen Ehescheidungsurteil zuerkannten Rechts auf persönlichen Verkehr einreichen müssen, worauf die Vormundschaftsbehörde nach einer von Amtes wegen vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung unter Einbeziehung des Kindsvaters über dieses Begehren zu entscheiden hatte. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin der Anforderung an ein solches Rechtsbegehren an die Vormundschaftsbehörde intellektuell nicht gewachsen oder aus irgend einem andern Grund in dem damit eingeleiteten Verfahren überfordert sein könnte. Die Vormundschaftsbehörde hat denn gestützt auf dieses Begehren das Verfahren pflichtgemäss durchgeführt und dem Kindsvater das diesem mit rechtskräftigem Ehescheidungsurteil vom 22. November 2000 zuerkannte Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind J. zunächst mit Beschluss vom 30. April 2001 vorläufig und sodann mit Beschluss vom 10. Juli 2001 endgültig entzogen.

b) Das Verfahren gab auch nicht im Hinblick auf eine Dringlichkeit des beantragten Entzugs des Rechts des Kindsvaters auf persönlichen Verkehr Probleme auf und hat die Beschwerdeführerin auch insoweit nicht überfordern können, als sie eine Dringlichkeit des Handlungsbedarfs hätte kenntlich machen müssen. Eine solche Dringlichkeit lag deshalb nicht vor, weil die Beschwerdeführerin als Inhaberin des elterlichen Sorgerechts mit gesetzlicher Vertretung des Kindes dem Kindsvater das Kind vorenthalten und so die Ausübung des ihm im rechtskräftigen Ehescheidungsurteil zuerkannten Rechts auf persönlichen Verkehr verhindern konnte. Dringlichkeit für einen Entzug dieses Rechts hätte erst und nur dann eintreten können, wenn der Kindsvater mit Vollstreckungsbegehren beim Einzelrichter im



summarischen Verfahren die Vollstreckung des ihm im rechtskräftigen Ehescheidungsurteil zuerkannten Rechts auf persönlichen Verkehr verlangt hätte (§§ 422 ff. ZPO) und die Beschwerdeführerin daher mit der Vollstreckung dieses Rechts letztlich durch polizeiliche Zuführung des Kindes an den Kindsvater zur Ausübung des persönlichen Verkehrs (vgl. §§ 435/436 ZPO) hätte rechnen müssen. In einem solchen Fall wäre indessen die Dringlichkeit durch eine Tatsachenschilderung und nicht durch rechtliche Ausführungen darzulegen gewesen, für die nur eine Rechtsvertretung hätte notwendig sein können.

c) ...

d) Das Argument der Beschwerdeführerin, bei früherer gerichtlicher Zuständigkeit zur Abänderung des rechtskräftigen Ehescheidungsurteils auch in Bezug auf das Recht auf persönlichen Verkehr habe selbstverständlich Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bestanden, ist aus zwei Gründen nicht stichhaltig. Zum einen ist das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren nicht kontradiktorisch und aufgrund der über die Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime hinausgehenden Verfahrensgarantie (vgl. § 20 Abs. 1 und 2 VRPG) auch im Hinblick auf die Aufsichtsfunktion der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden für eine Verfahrenspartei bzw. einer betroffenen Verfahrensbeteiligten praktisch ohne Verfahrensrisiko. Zum andern war schon im früheren gerichtlichen Verfahren, das als kontradiktorisches Verfahren aufwändiger und komplizierter und mit einem Verfahrensrisiko für die Verfahrensparteien behaftet war, in jedem Fall individuell konkret zu prüfen, ob die unentgeltliche Rechtspflege mit unentgeltlicher Rechtsvertretung durch einen Anwalt notwendig und zu gewähren sei.

e) Schliesslich schlägt auch der Einwand der Beschwerdeführerin fehl, es sei für einen Laien schwierig herauszufinden, bei welcher Behörde er nun mit welchem Begehren in welchem Verfahren vorstellig werden müsse. Eine solche Schwierigkeit besteht insofern nicht, als der Laie bei der von ihm als zuständig erachteten Behörde die Zuständigkeit für sein Rechtsbegehren erfragen oder sein Rechtsbegehren einreichen kann und diese zur Bezeichnung der zu-

ständigen Behörde und im Falle ihrer Unzuständigkeit zur unverzüglichen Weiterleitung des Rechtsbegehrens an die dafür zuständige Behörde verpflichtet ist (§ 7 VRPG, § 83 Abs. 2 ZPO, § 52 Abs. 2 StPO), wobei diese das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren durchführt. Insoweit kann daher jedenfalls keine Notwendigkeit für die unentgeltliche Rechtsvertretung durch einen Anwalt vorliegen.

5. a) Demnach ist in Abweisung der Beschwerde und Bestätigung der vorinstanzlichen Verfügung das Begehren der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung im Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde O. abzuweisen.

b) Wird damit die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde O. verweigert, entfällt sie auch für das vorliegende Verfahren auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, wo sie ohnehin aufgrund der Oficialmaxime (§ 20 VRPG) und Einfachheit des Verfahrens ohne sich stellende komplexe Rechtsfragen nicht nötig und daher auch nicht möglich ist (vgl. § 129 Abs. 4 ZPO; dazu zur Veröffentlichung bestimmter Entscheidung des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 24. Januar 2001 i.S. V. B. - W., bestätigt durch BGE vom 24. Oktober 2001).