

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ180083-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 7. Januar 2019

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

betreffend **Ausstandsbegehren**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Affoltern vom 16. Oktober
2018; VO.2018.11 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde C._____)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern von D._____, geboren am tt.mm.2015.
2. Mit Beschluss vom 2. November 2016 regelte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks C._____ (fortan KESB) den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn D._____. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde des Vaters wies der Bezirksrat C._____ mit Urteil vom 12. Juni 2017 ab.
3. Veranlasst durch Anträge der Beiständin und des Vaters erliess die KESB am 29. November 2017 eine neue Regelung, gegen die beide Eltern Beschwerde an den Bezirksrat C._____ erhoben.
4. Mit Eingabe an den Bezirksrat C._____ vom 26. Februar 2018 beantragte der Vater (act. 7/4/4/21):

Es seien die Verfahren VO.2018.2/3.02.02 und VO.2018.1/3.02.02 zufolge Vorbefasstheit innerhalb des Bezirksrats C._____ anderen Ratsmitgliedern als E._____, F._____ und G._____ bzw. einem anderen Ratsschreiber als H._____ zur Entscheidung zuzuteilen.

Der Bezirksrat C._____ ersuchte den Regierungsrat des Kantons Zürich, den Entscheid über das Ausstandsbegehren des Vaters einem anderen kantonalen Bezirksrat zu überweisen. Daraufhin überwies der Regierungsrat mit Beschluss vom 16. Mai 2018 das Ausstandsbegehren zur Beurteilung an den Bezirksrat Affoltern, der es mit Urteil vom 16. Oktober 2018 abwies.

5. Gegen die Abweisung seines Ausstandsbegehrens, die seiner Vertreterin laut Angaben der Vorinstanz am 24. Oktober 2018 eröffnet wurde (vgl. act. 7/23), erhebt der Vater mit Eingabe vom 20. November 2018 (Poststempel vom 23. November 2018) rechtzeitig Beschwerde an die Kammer.

6. Sämtliche Vorakten – sowohl des Bezirksrats Affoltern als auch des Bezirksrats C._____ sowie der KESB des Bezirks C._____ – wurden beigezogen. Eine Stellungnahme der Mutter oder eine Vernehmlassung der Vorinstanz ist nicht einzuholen. Die Mutter ist nicht beschwert durch die Rückweisung an den Bezirksrat, um über die unentgeltliche Rechtspflege und gestützt darauf neu über die Kosten zu entscheiden (vgl. unten IV.). In der Sache ist die Beschwerde aus den nachstehenden Gründen abzuweisen.

II.

1. Mit der Begründung, dass der Bezirksrat C._____ nebst den vom Ausstandsbegehren des Vaters betroffenen Mitgliedern lediglich über zwei Ersatzmitglieder verfüge, so dass er nicht in der Lage sei, ohne die Mitglieder, deren Ausstand verlangt werde, in Dreierbesetzung über das Ausstandsbegehren zu entscheiden, überwies der Bezirksrat C._____ die Akten mit Schreiben vom 9. März 2018 unter Verweis auf § 117 GOG zuständigkeitshalber dem Regierungsrat (act. 7/4/4/23).

2. Da das ZGB und das EG KESR keine Bestimmungen zum Ausstand enthalten, kommen in kindesschutzrechtlichen Verfahren subsidiär die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Anwendung, gemäss der das angerufene Gericht in anderer Besetzung über Ausstandsbegehren entscheidet.

Da dies nicht möglich sei, weil der Bezirksrat C._____ neben den abgelehnten Mitgliedern nur über zwei Ersatzmitglieder verfüge und somit nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Dreierbesetzung über den Ausstand entscheiden könne, hielt der Regierungsrat dafür, müsse er als Aufsichtsbehörde gestützt auf § 117 GOG die notwendigen Massnahmen ergreifen und entweder ausserordentliche Stellvertreter bezeichnen oder die Sache "einem anderen Gericht gleicher sachlicher und funktionaler Zuständigkeit" – d.h. einem anderen Bezirksrat – überweisen.

Auf Antrag der Justizdirektion überwies der Regierungsrat deshalb mit Beschluss vom 16. Mai 2018 das Ausstandsbegehren – und für den Fall von dessen Gut-

heissung die Verfahren, auf die sich das Ausstandsbegehren bezieht – dem Bezirksrat Affoltern, der sich auf Anfrage zur Übernahme des Verfahrens bereit erklärt hatte (act. 7/1).

3. Wie der Regierungsrat einleitend festhält, handelt der Bezirksrat bei der Behandlung von Beschwerden gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden als gerichtliche Beschwerdeinstanz i.S. von Art. 450 ZGB. Das setzt Unabhängigkeit voraus und schliesst eine fachliche Aufsicht und die Bindung an Weisungen aus (vgl. BGE 139 III 98).

Der Bezirksrat untersteht deshalb bei der Behandlung von Beschwerden gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht der Aufsicht des Regierungsrats. Seine Entscheide auf diesem Gebiet können vom Obergericht überprüft werden, das dem Bezirksrat jedoch – ausser im Rahmen einer Rückweisung – ebenfalls keine Weisungen erteilen kann und deshalb nicht als Aufsichtsbehörde des Bezirksrats zu betrachten ist.

Das Obergericht hätte daher nicht anstelle des Regierungsrats tätig werden können, und es war deshalb richtig, dass der Bezirksrat C._____ an den Regierungsrat gelangte, da einzig dieser Aufsichtsbehörde der Bezirksräte ist – auch wenn sich diese Aufsicht nicht auf die Tätigkeit der Bezirksräte als Beschwerdeinstanz im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht erstreckt – und da nicht ersichtlich ist, wer sonst diese Aufgabe übernehmen könnte und ein negativer Zuständigkeitskonflikt mit Blick auf die Justizgewährungspflicht des Staates zu vermeiden war.

III.

1. Als Grundlage seines Ausstandsbegehrens vom 26. Februar 2018 beruft sich der Vater auf den verfassungsmässigen Anspruch auf einen unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter. Eine Besorgnis der Voreingenommenheit könne nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann entstehen, wenn Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der Streitsache schon einmal befasst waren.

Eine solche Vorbefassung erblickt der Vater darin, dass der Bezirksrat C._____ bereits mit Entscheid vom 12. Juni 2017 über das zwischen dem Parteien auch in den neuen Beschwerdeverfahren strittige Besuchsrecht zwischen dem Vater und D._____ entschied. Heute gehe es weitestgehend um die gleichen zu beurteilenden Punkte wie damals. Hinzu komme, dass sich der Bezirksrat damals sehr bestimmt zu den sich auch in den aktuellen Verfahren stellenden Fragen ausgesprochen und die Beschwerde sogar als aussichtslos qualifiziert habe.

Es sei daher nicht davon auszugehen, dass die in den damaligen Entscheid involvierten Personen heute unvoreingenommen seien, vielmehr hätten sie sich in jenem Verfahren in einem Mass festgelegt, dass sie heute nicht mehr als unvoreingenommen erschienen. Es liege Befangenheit zufolge Vorbefassung vor, was bei der Fallzuteilung zu beachten sei (vgl. act. 7/4/4/21).

2. Am 9. März 2018 hielt der Bezirksrat C._____ schriftlich fest, es liege keine Befangenheit oder Voreingenommenheit vor und die betroffenen Personen lehnten es ab, in den Ausstand zu treten. Zur Begründung verwies er darauf, die Organisation der kantonalen Justiz führe dazu, dass sich eine Person oder ein Spruchkörper mehrfach mit den gleichen Parteien und Streitfragen und mitunter auch der gleichen Streitsache befasse. In den hängigen Beschwerdeverfahren habe er "als organisationsbedingt zuständiges Organ wohl die gleichen Streitfragen zwischen den gleichen Parteien zu beurteilen, jedoch als solches eine neue Streitsache zu behandeln" (act. 7/4/4/22). Dieser Sichtweise widersprach der Vater mit Schreiben vom 6. August 2018 (act. 7/17).

3. Einleitend zur angefochtenen Entscheidung stellte der Bezirksrat Affoltern fest, es sei die Frage zu prüfen, ob der Bezirksrat C._____ in den Verfahren VO.2018.1 und VO2018.2 aufgrund der Beurteilung des Beschwerdeverfahrens VO.2016.45 vorbefasst sei (act. 6 S. 5 E. 2).

Zwar gehe es in den Verfahren VO.2018.1 und VO.2018.2 weitestgehend um die gleichen zu beurteilenden Punkte wie im Verfahren VO.2016.45. Aus dem Urteil und Beschluss vom 12. Juni 2017 sei aber ersichtlich, dass der Bezirksrat C._____ im Sinne des Kindeswohls und nicht per se gegen den Beschwerdefüh-

rer entschieden habe. Es sei auch deutlich, dass sich sein Entscheid auf die damaligen tatsächlichen Verhältnisse stütze. Damit signalisiere der Bezirksrat, dass er bei Vorliegen entsprechender tatsächlicher Verhältnisse in den aktuellen Verfahren eine andere Ansicht bezüglich des Besuchsrechts des Beschwerdeführers vertreten würde. Der Bezirksrat C._____ habe sich im Entscheid vom 12. Juni 2017 nicht in einer solchen Bestimmtheit gegen ein unbegleitetes Besuchsrecht des Beschwerdeführers ausgesprochen, dass davon auszugehen wäre, er werde auf keinen Fall von dieser Ansicht abweichen. Das gleiche gelte für die Beurteilung der Auferlegung der Kosten der Besuchsbegleitung (act. 6 S. 12 f.). Die Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit stelle für sich allein keinen Ausstandgrund dar (act. 6 S. 12 m.H. auf Art. 47 Abs. 2 lit. a ZPO).

Daraus folgte der Bezirksrat Affoltern, eine Vorbefassung könne ausgeschlossen werden, und wies das Ausstandsbegehren ab (act. 6 S. 13).

4. Wie in Kindesschutzverfahren oft der Fall, hatten sich die zuständigen Behörden zu verschiedenen Zeitpunkten wiederholt mit D._____ und seinen Eltern zu befassen. Heute ist über die Änderung einer in einem früheren Verfahren getroffenen Regelung der Elternrechte zu entscheiden.

Der Beschwerdeführer meint, an den zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse habe sich seit dem früheren Verfahren des Bezirkrats nichts geändert, da sich die Mutter immer noch gleich verhalte und er nach drei Jahren nach wie vor keinen Kontakt zum Kind habe (act. 2 S. 6).

Jeder Lebenssachverhalt verändert sich im Lauf der Zeit. Ein neues Verfahren in einer Kette von Auseinandersetzungen betrifft nicht "die gleiche Sache" im Sinne des Ausstandsrechts (Diggelmann, DIKE-Komm ZPO, Art. 47 N 14).

Die Kehrseite davon ist die Rechtsfigur der so genannten "res iudicata": Liegt der gleiche Sachverhalt vor, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf eine neue Beurteilung. Das ist gerade bei der Abänderung von Unterhalts- oder Kontaktregelungen (worum es im vorliegenden Verfahren geht) von Bedeutung. Um die Abänderung einer rechtskräftigen Kontaktregelung zu erreichen, muss der Beschwerde-

führer (sofern kein Revisionsgrund vorliegt, was nicht geltend gemacht wird und auch nicht ersichtlich ist) eine wesentliche Veränderung des zugrundeliegenden Sachverhalts nachweisen.

5. Ist der grundsätzlich gleiche Konflikt zu verschiedenen Zeitpunkten zu beurteilen, handelt es sich demnach in prozessualer Hinsicht nicht um die gleiche Sache, so dass keine Vorbefassung i.S. von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegt, wenn die gleichen Richter darüber entscheiden. Diese Bestimmung ist im Übrigen auch deshalb nicht einschlägig, weil die Mitglieder des Bezirksrats C._____ nicht "in einer anderen Stellung" tätig sind, wenn sie in einem solchen Folgeverfahren wieder als Rechtsmittelinstanz amten.

Dass keine Vorbefassung im Sinne des Gesetzes vorliegt, heisst aber noch nicht, dass kein Ausstandsgrund gegeben ist – die entsprechende Erwägung der Vorinstanz ist ungenau formuliert – sondern das bleibt in der Folge nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze und unter besonderer Beachtung der Generalklausel von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO zu prüfen (vgl. KuKo ZPO-Kiener, Art. 47 N 11 f.).

6. Soweit der Beschwerdeführer die Begründung seines Ausstandsbegehrens vom 26. Februar 2018 (act. 7/4/4/21) wörtlich übernimmt und es unterlässt, sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, was daran – abgesehen vom Ergebnis, das nicht seinem Antrag entspricht – falsch sei, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (ZK ZPO-Reetz / Theiler, Art. 311 N 38).

Neu sind die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Anwesenheit der Mutter bei seinen Besuchskontakten mit D._____ (act. 2 S. 4 f.), welche die KESB im Beschluss vom 2. November 2016 zu Beginn der Besuchskontakte für unabdingbar hielt (KESB act. 93 S. f.), was der Bezirksrat C._____ in seinem Beschluss und Urteil vom 12. Juni 2017 als "nachvollziehbar" bezeichnete (KESB act. 208 S. 10).

Aus diesen Vorbringen des Beschwerdeführers geht hervor, dass er jenen Entscheidung des Bezirksrats C._____ für falsch hält. Was er daraus mit Bezug auf die

Abweisung seines Ausstandsbegehrens im neuen, gegenwärtig beim Bezirksrat hängigen Verfahren durch den Bezirksrat Affoltern ableiten will, ist unklar. Der Umstand, dass eine Behörde in einem abgeschlossenen Verfahren seiner Meinung nach falsch entschied, wäre mit einem Rechtsmittel gegen jenen Entscheid geltend zu machen gewesen. Soweit ersichtlich erhob der Beschwerdeführer damals jedoch nur gegen die Abweisung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege eine Beschwerde (vgl. dazu unten IV).

Dass der Bezirksrat C._____ in einem früheren Verfahren gegen ihn entschied, stellt in einem neuen Verfahren grundsätzlich keinen Ausstandsgrund dar. Was der Beschwerdeführer gegen die Anwesenheit der Mutter bei den Besuchskontakten vorbringt, sind Ausführungen zur Sache, die am Gegenstand dieses Verfahrens betreffend den Ausstand der am Entscheid vom 12. Juni 2017 beteiligten Mitglieder des Bezirksrats vorbeigehen und mit denen er stattdessen auf das beim Bezirksrat gegenwärtig hängige Verfahren zu verweisen ist. Ist er dort damit nicht erfolgreich, kann er dagegen ein Rechtsmittel ergreifen.

7. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, der Bezirksrat C._____ habe seine Position im Verfahren VO.2016.45/3.02.02 derart "abgeschmettert" und gar als aussichtslos qualifiziert, dass die Mitglieder im jetzt hängigen Verfahren nicht mehr als unbefangen erschienen. Er erwähnt in diesem Zusammenhang, dass ihn sowohl der Bezirksrat C._____ als auch der Bezirksrat Affoltern als psychisch auffällig beschrieben hätten, obwohl er aufgezeigt habe, dass kein einziger Bericht einer Fachperson diesen Befund stütze und die Mitglieder der KESB oder des Bezirksrats zu einer solchen Einschätzung fachlich nicht qualifiziert seien (act. 2 S. 6 f.).

Die Parteien haben Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unvoreingenommenen und unparteiischen Gericht beurteilt wird. Diesen Anspruch sollen die Ausstandsregeln gewährleisten. Er ist gefährdet, wenn der Entscheid aus Gründen, die ausserhalb des Prozesses liegen und mit der Sache nichts zu tun haben, nicht mehr offen erscheint. Subjektive Empfindungen genügen nicht, sondern diese Bedenken müssen objektiv begründet sein (Diggelmann, DIKE-ZPO, Art. 47 N 23).

Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung werden im Gesetz als Ausstandsgründe genannt (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO). Nicht jede persönliche Animosität genügt, um den Anschein der Befangenheit entstehen zu lassen, aber insbesondere nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigte, unnötig pointierte Äusserungen über eine Person oder ihren Standpunkt können in einem konkreten Fall den Anschein einer Voreingenommenheit und Befangenheit erwecken und so den Ausstand eines Behördenmitglieds begründen.

Eine unnötig pointierte und unsachlich negative Haltung des Bezirksrats C._____ legt der Beschwerdeführer mit der Formulierung nahe, seine Anträge seien von diesem "abgeschmettert" worden (act. 2 S. 6 unten). Er nennt aber keine objektiven Anhaltspunkte, welche eine derartige Beschreibung rechtfertigen würden, und die Lektüre des Entscheids des Bezirksrats C._____ vom 12. Juni 2017 (KESB act. 208) liefert ebenfalls keine solchen Hinweise, wie nachstehend gezeigt wird.

Der Bezirksrat C._____ wies die Anträge des Beschwerdeführers zwar vollumfänglich ab. Er tat das aber durchwegs sachlich, unter Bezugnahme auf die Akten und enthielt sich jeglicher negativer persönlicher Bemerkungen an die Adresse des Beschwerdeführers. Die Beschreibung, dass der Beschwerdeführer im zwischenmenschlichen Bereich sowie bei der Achtung der Privatsphäre ständig Grenzen wahrnehme und als sehr bedrängend wahrgenommen werde, stammt nicht vom Bezirksrat, sondern stützt sich auf die Akten, namentlich auf drei Polizeiberichte (KESB act. 208 S. 9 E. 3.3.1).

Bei der Erwähnung von psychischen Auffälligkeiten bezog sich der Bezirksrat C._____ ausschliesslich auf Feststellungen der KESB und traf keine eigenen Feststellungen (KESB act. 208 S. 9 E. 3.3.1). Die Vorinstanz gibt diese Passage ungenau wieder, indem sie die Feststellung, dass der Beschwerdeführer psychische Auffälligkeiten gezeigt habe, dem Bezirksrat C._____ zuschreibt und diesen Befund aufgrund ihrer eigenen Anschauung der Akten bestätigt (act. 6 S. 10). Mit Bezug auf eine allfällige Befangenheit des Bezirksrats C._____ kann der Beschwerdeführer daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Der Bezirksrat gab im Wesentlichen die Erwägungen des angefochtenen Entscheides der KESB zustimmend wieder, ohne ergänzende Überlegungen anzustellen, die über die Feststellungen der KESB hinausgingen. Die angefochtene Entscheidung der KESB stellte der Bezirksrat C._____ als einen Weg in einer verfahrenen Situation dar, der sich aus damaliger Sicht als rechtmässig und angemessen erweise, nicht ohne ausdrücklich zu erwähnen, dass auch andere Ausgestaltungen der Kontakte möglich wären (KESB act. 208 S. 11 E. 3.3.2). Die selbe Zurückhaltung spricht aus der – vom Beschwerdeführer inhaltlich beanstandeten (vgl. oben 6) – Charakterisierung der vorinstanzlichen Wertung als nachvollziehbar (KESB act. 208 S. 10 E. 3.3.2).

Diesen Eindruck einer sachlichen und unvoreingenommenen Haltung fasste die Vorinstanz mit den Worten zusammen, "dass der Bezirksrat C._____ seinen Entscheid im Sinne des Kindeswohls und nicht per se gegen den Gesuchsteller fällte" (act. 6 S. 12). Wenn der Beschwerdeführer diese Einschätzung nicht teilt, ist der Grund dafür sein abweichendes Verständnis des Kindeswohls, was eine Differenz in der Sache ist, die aber keinen Ausstand begründet. Die Vorinstanz habe das Kindeswohl bewusst missachtet, um gegen ihn entscheiden zu können, macht auch er nicht geltend.

Aus dem Verweis des Bezirkrats C._____s auf die damaligen tatsächlichen Verhältnissen leitet die Vorinstanz ab, dass seine Beurteilung unter geänderten tatsächlichen Verhältnissen in den aktuellen Verfahren auch anders ausfallen könnte (act. 6 S. 12). An dieser Stelle ist das Alter von D._____ und die damit verbundene Entwicklung hervorzuheben, was in solchen Konstellationen regelmässig von Bedeutung ist. Der Ansicht des Beschwerdeführers, der Sachverhalt unterscheide sich nicht vom damals zu beurteilenden (act. 2 S. 6), kann daher von vornherein nicht zugestimmt werden. Damit steht allerdings noch nicht fest, dass sich das auch im Ergebnis niederschlagen wird, das auf einer Gesamtwürdigung beruht.

8. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es gebe eine langjährige obergerichtliche Rechtsprechung, dass Prozesse über Kinderbelange praktisch nie als aussichtslos gelten. Dennoch habe der Bezirksrat C._____ sein Begehren im Verfahren VO2016.45/3.02.02 als aussichtslos qualifiziert. Er sei gegen diesen Ent-

scheid an das Obergericht gelangt, das den Entscheid in diesem Punkt aufgehoben und die unentgeltliche Rechtsprechung gewährt habe. Da der Bezirksrat C._____ sein Begehren entgegen der bekannten obergerichtlichen Praxis als aussichtslos qualifiziert habe, erscheine er als voreingenommen (act. 2 S. 5 f.).

Wie die Vorinstanz erwähnt, begründet der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege für sich allein noch keinen Ausstand (Art. 47 Abs. 2 lit. a ZPO). Das bedeutet aber nur, dass der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege keine unzulässige Vorbefassung i.S. von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO darstellt, und ändert nichts daran, dass die Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit grundsätzlich auf eine Befangenheit hindeuten kann, wobei das Gewicht dieses Indizes neben anderen von der Eindeutigkeit dieser Prognose abhängt (KuKo ZPO-Kiener, Art. 47 N 25).

Dass Verfahren über Kinderbelange nie aussichtslos sind, gilt im Übrigen im Rechtsmittelverfahren nur eingeschränkt und hängt insbesondere von den konkret gestellten Anträgen ab. Die Abweisung der unentgeltlichen Prozessführung wegen Aussichtslosigkeit ist daher im Rechtsmittelverfahren nicht dermassen unüblich, dass ein solcher Entscheid erklärungsbedürftig wäre, ansonsten daraus auf eine Voreingenommenheit oder Befangenheit geschlossen werden könnte.

Der Bezirksrat C._____ entschied erst mit dem Endentscheid über die unentgeltliche Rechtspflege und hielt aufgrund eines pauschalen Verweises auf die Begründung in der Sache fest, für die Beschwerde hätten offensichtlich keine nennenswerten Erfolgsaussichten bestanden (KESB act. 208 S. 13 E. 6). Möglicherweise unterlag der Bezirksrat dabei einem Rückschaufehler und liess sich vom negativen Sachentscheid beeinflussen und berücksichtigte nicht genügend, dass bei der Beurteilung der Prozessaussichten im Rahmen des Entscheides über die unentgeltliche Rechtspflege ein anderer Massstab anzuwenden ist.

In diese Richtung deutet der Umstand, dass der Entscheid des Bezirkrats über die unentgeltliche Rechtspflege von der Kammer mit Entscheid vom 3. August 2017 aufgehoben wurde, wie der Beschwerdeführer erwähnt (act. 2 S. 5 unten), was die Kammer mit dem grossen Ermessensspielraum begründete, der den

Rechtsmittelinstanzen beim Aufbau und der Ausgestaltung der Kontakte des Beschwerdeführers zu seinem Kind zukommt (KESB act. 221 S. 6 f. E. 3.4).

Es liegt somit die besondere Konstellation vor, dass der vom Beschwerdeführer beanstandete Entscheid im Rechtsmittelverfahren korrigiert wurde. Der Umstand, dass ein früherer Entscheid von einer Rechtsmittelinstanz aufgehoben wurde, stellt nach der Praxis keinen Ausstandsgrund dar, sondern gehört zum normalen Lauf des Instanzenzugs, und es darf erwartet werden, dass die untere Instanz die Korrektur durch die Rechtsmittelinstanz akzeptiert und umsetzt. Es ist denn auch nicht davon auszugehen, dass der Bezirksrat C. _____ dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege erneut mit der gleichen Begründung verweigern würde, sofern die übrigen Voraussetzungen für ihre Gewährung erfüllt sind.

Anders sähe es aus, wenn sich der Bezirksrat dabei auf eine Art und Weise festgelegt hätte, die eine offene neue Prüfung als objektiv gefährdet erscheinen liesse (Diggelmann, DIKE-ZPO, Art. 47 N 58). Das ist aber nicht der Fall. Die knappe Begründung für die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege mag zwar mangelhaft sein, doch sie deutet nicht darauf hin, dass sich der Bezirksrat bereits festgelegt hätte. Wenn die Begründung in der Sache keine Hinweise auf eine Befangenheit enthält (vgl. dazu oben 7), dann kann auch der Verweis auf diese Begründung im Rahmen der Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege keinen solchen Anschein erwecken.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit Bezug auf die am Entscheid vom 12. Juni 2017 mitwirkenden Justizpersonen (Bezirksräte und -schreiber) keine Vorbefassung i.S. von Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO vorliegt und dass es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, einen anderen Ausstandsgrund, namentlich den Anschein einer Voreingenommenheit oder Befangenheit, darzutun. Seine Beschwerde gegen die Abweisung seines Ausstandsgesuchs durch den Bezirksrat Affoltern ist daher abzuweisen.

IV.

1. Dem Beschwerdeführer wurden im angefochtenen Entscheid sowohl die Kosten des regierungsrätlichen Verfahrens betreffend Zuständigkeit als auch die Kosten des bezirksrätlichen Verfahrens auferlegt (act. 6 S. 13 E. 6 und S. 14 Disp.-Ziff. II. und III.).

Der Beschwerdeführer erinnert in seiner Beschwerde daran, dass er mit seiner Beschwerde an den Bezirksrat C. _____ ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt hatte (vgl. act. 7/4/4 S. 3 Antrag Ziff. 5), das auch für die Frage des Ausstands galt und über das hätte entschieden werden müssen (act. 2 S. 7 Ziff. 2.2).

2. Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer beim Bezirksrat C. _____ ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hatte, das grundsätzlich auch das Ausstandsverfahren umfasste (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 24d). Da der Bezirksrat C. _____ über dieses Gesuch noch nicht entschieden hatte, als der Beschwerdeführer sein Ausstandsbegehren stellte, hätte der Bezirksrat Affoltern im Ausstandsverfahren mit Bezug auf die Kosten seines Verfahrens über die unentgeltliche Rechtspflege entscheiden müssen.

Bei der Prüfung dieses Gesuchs hätte sich die Vorinstanz auf die Beurteilung der Prozesschancen des Ausstandsbegehrens beschränken können. Es ist somit denkbar, dass der Entscheid für das Ausstandsbegehren anders ausfällt als für den Rest des Verfahrens (BK ZPO-Bühler, Art. 120 N 15).

3. Der Bezirksrat Affoltern hat dem Beschwerdeführer Kosten auferlegt, ohne sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu behandeln, obwohl der Entscheid darüber eine Vorfrage der Kostenaufgabe darstellt. Die Kostenaufgabe ist daher aufzuheben und das Verfahren zur Entscheidung über die unentgeltliche Rechtspflege für sein Verfahren sowie gestützt darauf zur neuen Entscheidung über die Kosten an den Bezirksrat Affoltern zurückzuweisen.

4. Der vorinstanzliche Entscheid wird in der Sache bestätigt und mit Bezug auf die Kostenfolgen zur neuen Entscheidung zurückgewiesen. Der Beschwerdeführer

rer obsiegt demnach teilweise. Auf die Erhebung von Kosten ist unter diesen Umständen zu verzichten. Eine Entschädigung wurde nicht verlangt und wäre ohnehin nicht zuzusprechen.

5. Das Gesuch des nicht mehr anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für dieses Verfahren kann unter diesen Umständen wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer I. des Urteils des Bezirksrats Affoltern vom 16. Oktober 2018 wird abgewiesen und die Abweisung des Ausstandsbegehrens des Beschwerdeführers gegen den Bezirksrat C._____ wird bestätigt.
2. Dispositiv-Ziffern II. und III. des Urteils des Bezirksrats Affoltern vom 16. Oktober 2018 werden aufgehoben und die Sache wird zur Entscheidung über die unentgeltliche Rechtspflege für sein Verfahren und zur neuen Entscheidung über die Kostenfolgen seines Verfahrens im Sinne der Erwägungen an den Bezirksrat Affoltern zurückgewiesen.
3. Für das obergerichtliche Verfahren werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das obergerichtliche Verfahren wird abgeschrieben.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks C._____, an den Bezirksrat C._____ sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Affoltern, je gegen Empfangsschein.
6. 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. 92 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: