

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PA220055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss und Urteil vom 2. März 2023

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

betreffend **fürsorgerische Unterbringung**
(unentgeltliche Prozessführung)

Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 1. September 2022 (FF220003)

Erwägungen:

I.

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Pfäffikon (fortan KESB Pfäffikon) ordnete letztmals mit Entscheid vom 3. August 2022 die weitere fürsorgerische Unterbringung des Beschwerdeführers im Pflege- und Betreuungszentrum B._____, C._____ ZH, an. Gegen diese Unterbringung erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an die Vorinstanz und beantragte zugleich die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung. Mit Verfügung und Urteil vom 1. September 2022 wies die Vorinstanz sowohl die Beschwerde gegen die fürsorgerische Unterbringung als auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 17 = act. 21 = act. 23, fortan act. 21).

2. Mit Eingabe vom 5. Dezember 2022 (Datum der Übermittlung 6. Dezember 2022) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen die Verfügung vom 1. September 2022 betreffend die unentgeltliche Rechtspflege (act. 22; zur Rechtzeitigkeit act. 18/1). Da die Eingabe nicht gültig signiert ist, wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. Dezember 2022 eine Nachfrist angesetzt, um seine Eingabe zu verbessern (act. 27). Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer fristgerecht nach (act. 28 – 30).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 – 19). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Beschwerdeentscheid relevant sind.

II.

1.1. Das Verfahren der fürsorgerischen Unterbringung richtet sich in erster Linie nach dem ZGB und dem kantonalen EG KESR. Enthalten diese Gesetze keine Bestimmungen, gelten für die gerichtlichen Beschwerdeverfahren das kantonale GOG und subsidiär die Bestimmungen der ZPO (Art. 439 Abs. 3 i.V.m. Art. 450f ZGB i.V.m. § 40 EG KESR).

1.2. Angefochten ist ein Entscheid in einem Verfahren betreffend fürsorgliche Unterbringung. Allerdings beanstandet der Beschwerdeführer lediglich die Verfügung betreffend das abgewiesene Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Mangels eigener Vorschriften im ZGB und in den kantonalen Gesetzen ist ein solcher Entscheid – in analoger Anwendung als kantonales Recht – nur mit der Beschwerde nach Art. 121 i.V.m. Art. 319 ff. ZPO anfechtbar (§ 40 Abs. 3 EG KESR mit Verweis auf die ZPO).

2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 lit. a und b ZPO). Es gilt eine Begründungsobliegenheit der Beschwerdeführenden Partei (Art. 321 ZPO). Sie hat darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet, 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. Neue Anträge, Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen der Aussichtslosigkeit der Beschwerde ab. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, bereits das durch die KESB Pfäffikon angeordnete Gutachten von Dr. med. D. _____ sei klar und eindeutig ausgefallen, was aufgrund der Leidensgeschichte des Beschwerdeführers nicht weiter erstaune, und womit (also auch mit der Frage alternativer Betreuungsformen) sich die KESB in ihrem Entscheid auseinandergesetzt und die Voraussetzungen der Weiterführung der Unterbringung sorgfältig geprüft habe. Es erstaune daher wenig, dass das gerichtliche Gutachten von Dr. med. E. _____ zu keinem anderen – und auch nicht zu einem weniger klaren – Schluss gelangt sei (act. 21 S. 9 f.).

3.2. Der Beschwerdeführer bringt dagegen zusammengefasst vor, Aussichtslosigkeit sei in einem solchen Fall nicht leichtfertig anzunehmen. Die fürsorgliche Unterbringung beinhalte immer einen besonders intensiven Eingriff in die Rechtstellung des Gesuchstellers. Deshalb sei in den entsprechenden Verfahren

grundsätzlich, jedenfalls aber – in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Ausschaffungshaft – spätestens nach (drohendem) dreimonatigem Freiheitsentzug von einer besonders schweren Freiheitsbeschränkung bzw. Betroffenheit auszugehen, welche die Anordnung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung gebiete. Das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit sei bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer im Hinblick hierauf jeweils sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der Erfolgsaussicht differenziert zu handhaben; diesem Erfordernis komme die Vorinstanz in keiner Weise nach. Die Leidensgeschichte des Beschwerdeführers sei lang. Auch sein Aufenthalt in der B._____ dauere bereits sehr lange und die Vorinstanz sei nicht davon ausgegangen, dass die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos einzustufen gewesen sei, ansonsten sie – neben dem bestehenden Gutachten von Dr. med. D._____ – nicht noch ein weiteres Gutachten eingeholt hätte. Indem die Vorinstanz das Kriterium der Erfolgsaussichten in keiner Weise sachgerecht relativiere und differenziert handhabe, handle sie willkürlich (act. 22).

4. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als aussichtslos sind gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4. mit Hinweisen). Unzulässig ist es, die Aussichtslosigkeit erst nach einem späteren Beweisverfahren zu beurteilen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Auflage 2017, Art. 117 N 18 mit

Verweis auf BGE 101 Ia 34 E. 2). Je schwieriger und je umstrittener die sich stellenden Fragen sind, umso eher ist von genügenden Gewinnaussichten auszugehen (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 117 N 20 m.H.).

5.1. Vorliegend wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen eines bezirksgerichtlichen Beschwerdeverfahrens betreffend die fürsorgerische Unterbringung ersucht. Es ist daran zu erinnern, dass die fürsorgerische Unterbringung eine Zwangsmassnahme darstellt, bei welcher eine Person dem Staat – in Form der KESB resp. Einrichtungen (Art. 428 ZGB) oder Ärzten (Art. 429 ZGB) – gegenübersteht. Sie stellt einen äusserst schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte dar und kommt folglich auch nur als ultima ratio in Frage. Auch wenn den Beschwerdeinstanzen medizinische Gutachten vorliegen, auf die sie sich regelmässig stützen, verbleibt die Beurteilung der Verhältnismässigkeit solcher Eingriffe letztendlich bei ihnen. Dabei besteht naturgemäss ein hoher Ermessensspielraum, der eine Schlussfolgerung hinsichtlich des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege äusserst schwierig gestaltet. Entsprechend kann in Verfahren betreffend die fürsorgerische Unterbringung die Aussichtslosigkeit nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Die Aussichtslosigkeit wäre etwa bei prozessualen Mängeln der Beschwerde zu bejahen, wenn jemand bspw. wiederholt in unvernünftigen Abständen bzw. in querulatorischer Weise Entlassungsgesuche stellt und anschliessend gerichtliche Beurteilung verlangt (vgl. in diese Richtung BSK ZGB I-GEISER, 7. Auflage 2022, Art. 450e N 33; vgl. BGE 130 III 729 E. 2.1 zur Frage des Rechtsschutzinteresses bei wiederholten Entlassungsgesuchen). Im vorliegenden Fall stellt sich die Situation allerdings anders dar: Anlass für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren war die periodische Überprüfung der fürsorgerischen Unterbringung gemäss Art. 431 Abs. 2 i.V.m. Art. 426 ZGB durch die KESB Pfäffikon. Die Überprüfung mündete in den Entscheid vom 3. August 2022, mit dem die weitere Unterbringung angeordnet wurde (act. 3). Die letzte Überprüfung vor diesem Entscheid fand am 9. November 2021 und damit fast neun Monate davor statt (act. 3 S. 6). Konkrete Umstände sind nicht ersichtlich, die es rechtfertigen würden, die Aussichtslosigkeit des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens zu bejahen. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz die Aussichts-

losigkeit des Gesuchs und damit ihren Entscheid betreffend Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege einzig auf ein Gutachten von Dr. med. D. _____ (act. 10), das vom Beschwerdeführer anlässlich des Beschwerdeverfahrens gerade kritisiert wurde (vgl. act. 16 S. 2 unten), sowie auf ein Gutachten von Dr. med. E. _____ stützte, das allerdings im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung – und damit dem relevanten Beurteilungszeitpunkt – noch gar nicht existierte (act. 13).

Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Aussichtslosigkeit der Beschwerde zu Unrecht bejaht.

5.2. Die Vorinstanz hat sich nicht mit der zweiten Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege befasst; es ist somit zu prüfen, ob der Beschwerdeführer als mittellos i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO gilt. In diesem Zusammenhang bringt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde an die Kammer lediglich vor, die weitere Voraussetzung für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 lit. a ZPO sei nach wie vor als erfüllt anzusehen (act. 22 S. 2 Mitte).

Aus dem vorinstanzlichen Protokoll geht hervor, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Verhandlung vom 1. September 2022 geltend machte, seine finanziellen Verhältnisse hätten sich in den letzten Jahren stetig verschlechtert. Derzeit belaufe sich sein Vermögen auf rund CHF 20'000.– (VI Prot. S. 8). Im Entscheid der KESB Pfäffikon vom 3. August 2022 ist festgehalten, gemäss Bestand des Beschwerdeführers bestehe ein Vermögen von CHF 23'000.–, wobei noch eine Heimrechnung über CHF 9'000.– zu begleichen sei (act. 3 S. 7). Schliesslich geht aus dem Gutachten von Dr. med. D. _____ hervor, dass der Beschwerdeführer von der AHV lebe und Ergänzungsleistungen beziehe (act. 10 S. 8). Aufgrund der Gesamtumstände ist folglich von der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers auszugehen.

5.3. Damit sind beide Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege i.S.v. Art. 117 ZPO gegeben, weswegen die vorinstanzliche Verfügung vom 1. September 2022 aufzuheben und dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Antragsgemäss (vgl. Beschwerdeantrag 2. Satz in act. 22) sind die Kosten des erst-

instanzlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO vorbehalten bleibt. Entsprechend ist auch die Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils vom 1. September 2022 zu ergänzen.

6.1. Der Beschwerdeführer beantragte für das vorinstanzliche Verfahren auch die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ (act. 1 S. 2). Auch im Beschwerdeverfahren beantragt er die unentgeltliche Rechtsbeistandung durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ (act. 22 S. 2).

6.2. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wurde dem Beschwerdeführer von der KESB Pfäffikon gestützt auf Art. 449a ZGB bestellt (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziffer 4 und 5). Sinn und Zweck der Beistandschaft nach dieser Bestimmung ist die Wahrung der Rechte der betroffenen Person durch eine in fürsorglichen und rechtlichen Belangen erfahrene Person. Dies bedingt, dass die Verfahrensbeistandschaft auch die Berechtigung zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen den Entscheid der KESB beinhaltet. Das "Verfahren bezüglich der Überprüfung der fürsorglichen Unterbringung", für welches die KESB Pfäffikon die Verfahrensbeiständin bestellte, umfasst daher auch die kantonalen Rechtsmittelverfahren (vgl. OGer ZH PA130045 vom 17. Dezember 2013 E. III.3.1.; OGer ZH PA210019 vom 27. Juli 2021 E. 4.3.). Somit steht die Verfahrensbeiständin (auch) mit Blick auf ihre Tätigkeit als Vertreterin des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren in einem Mandatsverhältnis mit der KESB Pfäffikon bzw. mit dem Gemeinwesen. Für eine Bestellung als unentgeltliche Rechtsbeiständin nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO bleibt danach kein Raum. Das Mandat der Verfahrensbeiständin inkl. deren Entschädigung richtet sich somit auch für das vorinstanzliche Rechtsmittelverfahren nach dem Entscheid der KESB Pfäffikon vom 3. August 2022 (act. 3).

III.

Bei diesem Ausgang fällt die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ausser Ansatz. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (act. 22 S. 2) wird damit gegenstandslos und ist abzuschreiben. Eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteient-

schädigung kommt – mangels gesetzlicher Grundlage – nur in ganz besonderen Fällen in Frage (vgl. BGE 140 III 385 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 138 III 471 E. 7; BGE 139 III 475 E. 2.3). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

In Bezug auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das vorliegende Beschwerdeverfahren (act. 22 S. 2 oben) gilt das in Ziffer II.6.2. vorstehend erwogene per analogiam; auf das entsprechende Gesuch ist nicht einzutreten.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 1. September 2022 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - " 1. Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
 2. Auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird nicht eingetreten."
2. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 1. September 2022 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - " 3. Die Kosten gemäss vorstehender Dispositiv-Ziff. 2 werden vollumfänglich dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."
3. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Pfäffikon (unter Beilage einer Kopie von act. 22) sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
7. März 2023