

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 24. April 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **unentgeltliche Prozessführung (Ausstandsbegehren)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Affoltern vom 19. März 2019;
VO.2018.11 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die unverheirateten und getrennt lebenden Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2015.
2. Mit Beschluss vom 2. November 2016 regelte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen (fortan KESB) den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn C._____. Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde des Vaters wies der Bezirksrat Horgen 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 Horgen erhoben.
4. Daraufhin stellte der Beschwerdeführer gegen die am früheren Entscheid beteiligten Mitglieder und den Schreiber des Bezirksrats Horgen ein Ausstandsbegehren, das der Regierungsrat auf Ersuchen des Bezirksrats Horgen dem Bezirksrat Affoltern zur Beurteilung überwies, der es mit Urteil vom 16. Oktober 2018 abwies.
5. Mit Urteil der Kammer vom 7. Januar 2019 wurde die Beschwerde gegen die Abweisung des Ausstandsbegehrens abgewiesen. Mit Bezug auf die Nebenfolgen wurde die Beschwerde hingegen gutgeheissen und die Sache zum Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege und zur neuen Entscheidung über die Kostenfolgen an den Bezirksrat Affoltern zurückgewiesen.
6. Mit Beschluss vom 19. März 2019 wies der Bezirksrat Affoltern das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab und hielt an der Auflage der Kosten des regierungsrätlichen und des bezirksrätlichen Verfahrens zulasten des Beschwerdeführers fest (act. 6). Gegen diesen Entscheid, der seiner Vertreterin am 21. März 2019 zugestellt wurde (BR act. 30/1) richtet sich die mit Eingabe vom 1. April

2019 rechtzeitig erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers mit den Anträgen (act. 2 S. 2):

1. Es seien Dispositiv Ziff. I, II und III des Beschlusses des Bezirksrats Affoltern vom 19. März 2019 aufzuheben und dem Beschwerdeführer im Verfahren betreffend Ausstandsgesuch gegen den Bezirksrat Horgen die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von RAin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
 2. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWST) zulasten der Beschwerdegegnerin.
7. Die Vorakten wurden beigezogen (KESB act. 1-365; BR Horgen act. 1-18 und 1-28; BR Affoltern act. 1-30). Die Beschwerdegegnerin ist durch diesen Entscheid nicht beschwert und ist daher nicht anzuhören. Ein Doppel der Beschwerdeschrift ist ihr mit diesem Entscheid zuzustellen.

II.

1. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, dass der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde an den Bezirksrat Horgen vom 3. Januar 2018 ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt hatte, das er damit begründete, dass er gemäss Unterstützungsbestätigung der Gemeinde ... sowie dem Auszug seines Privatkontos mittellos sei und dass nach obergerichtlicher Rechtsprechung Aussichtslosigkeit in familienrechtlichen Belangen nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen sei. Im Ausstandsbegehren vom 26. Februar 2018 habe er keine weiteren Ausführungen hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege gemacht, insbesondere in Bezug auf die fehlende Aussichtslosigkeit (act. 6 S. 3 E. 3).

Gestützt auf den Rückweisungsentscheid der Kammer vom 7. Januar 2019 beschränkte die Vorinstanz ihre Prüfung in der Folge darauf, ob die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege für das Ausstandsverfahren erfüllt waren. Sie stellte zunächst fest, dass der Beschwerdeführer mittellos i.S. von Art. 117

lit. a ZPO gelte. Sodann führte sie die einzelnen Gründe an, mit welchen der Beschwerdeführer sein Ausstandsbegehren begründete, und verwarf diese. Sie bewertete die Erfolgchancen des Ausstandsbegehrens deshalb als gering und qualifizierte dieses als aussichtslos und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab.

2. Der Beschwerdeführer beruft sich in seiner Beschwerde auf den Ausstandsgrund der Vorbefassung. Die Situation sei vorliegend eine andere, als wenn ein Gericht einen Eheschutz beurteile und kurz darauf – nach dem Eintritt verschiedener Ereignisse – die Abänderung desselben, was sowohl die Vorinstanz als auch die Kammer in ihrem Urteil vom 7. Januar 2019 verkennten, da sich der Sachverhalt zwischen dem ersten und dem zweiten Verfahren am Bezirksrat Horgen praktisch nicht verändert habe. Deshalb wäre im Ausstandsverfahren besonders sorgfältig zu prüfen gewesen, ob sich der Bezirksrat Horgen nicht eine ausstandsrelevante Vorbefassung vorwerfen lassen müsse (act. 2 S. 4).

Hinzu komme, dass der Bezirksrat Horgen die Position des Beschwerdeführers im früheren Verfahren regelrecht "abgeschmettert" habe, indem er die Beschwerde als aussichtslos qualifizierte. Dass weder die Vorinstanz noch die Kammer in ihrem Urteil vom 7. Januar 2019 erkennen könnten, dass die Bezeichnung einer Beschwerde als aussichtslos sehr wohl ein "Abschmettern" einer Beschwerde sei, kann der Beschwerdeführer nicht nachvollziehen (act. 2 S. 5).

3. Als aussichtslos betrachtet das Bundesgericht Begehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren. Massgeblich ist, ob eine Person, die über die nötigen Mittel verfügt – also nicht mittellos ist und daher keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat und den Prozess somit selbst finanzieren müsste – sich bei vernünftiger Überlegung zu einem solchen Vorgehen entschliessen würde. Die Prozesschancen beurteilen sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung im konkreten Einzelfall, auch wenn diese allenfalls im Endentscheid und damit erst im Nachhinein erfolgt. Je umfangreichere Abklärungen dafür notwendig sind, desto weniger ist Aussichtslosigkeit anzunehmen (vgl. KuKo ZPO-Jent, Art. 117 N 34).

4. Wie die Kammer in ihrem Urteil vom 7. Januar 2019 aufzeigte, liegt keine Vorbefassung i.S. des Gesetzes vor, wenn sich der Bezirksrat Horgen im Rahmen des aktuellen Beschwerdeverfahrens nicht zum ersten Mal mit der Auseinandersetzung der Parteien befasst. Zu prüfen war hingegen, ob der Auffangtatbestand von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO (Anschein der Befangenheit "aus anderen Gründen") erfüllt war (OGer PQ180083, Urteil vom 7. Januar 2019, E. 5).

Die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach es sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Kammer eben doch um die gleiche Sache handle, gehen deshalb an der Sache vorbei, so dass es sich erübrigt, darauf einzugehen. Es wird zudem an den Hinweis im Urteil der Kammer vom 7. Januar 2019 erinnert, wonach bei einem völlig identischen Sachverhalt grundsätzlich kein Anspruch auf eine neue Beurteilung bestünde (OGer PQ180083, Urteil vom 7. Januar 2019, E. 4).

5. Als Ausstandsgrund genügt der Anschein der Befangenheit, doch für diesen Anschein müssen objektive Anhaltspunkte vorhanden sein. Der Umstand, dass der frühere Entscheid zuungunsten des Beschwerdeführers ausgefallen ist, ist zwar objektiver Natur, reicht aber dafür nicht aus (vgl. KuKo ZPO-Kiener, Art. 47 N 18 a.E.). Dass die frühere Beschwerde seiner Darstellung zufolge "abgeschmettert" wurde, ist demgegenüber als typisch subjektiver Eindruck von vornherein nicht geeignet, eine Befangenheit darzutun und vermag die vorinstanzliche Beurteilung seines Ausstandsbegehrens als aussichtslos daher grundsätzlich ebenfalls nicht umzustossen.

6. Der Sachverhalt weist die Besonderheit auf, dass der Bezirksrat die frühere Beschwerde im Endentscheid nicht bloss abgewiesen, sondern im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege obendrein als aussichtslos qualifiziert hatte, was im Rechtsmittelverfahren vor der Kammer allerdings keinen Bestand hatte.

Das stellt mit Bezug auf die neue Beschwerde keine Vorbefassung dar (und wäre als solche im Übrigen auch mit Bezug auf das frühere Verfahren gemäss Art. 47

Abs. 2 lit. a ZPO grundsätzlich zulässig gewesen), sondern ist ebenfalls im Lichte des Auffangtatbestandes von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO zu würdigen.

Im Urteil vom 7. Januar 2019 kam die Kammer zwar zum Schluss, dass auch dieser Umstand keinen Ausstandsgrund bildet, und wies die gegen die Abweisung des Ausstandsbegehrens gerichtete Beschwerde gleichwohl ab (OGer PQ180083, Urteil vom 7. Januar 2019, E. 8). Insbesondere mit Blick auf die damalige Korrektur der Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren lässt sich dieser Standpunkt aber deswegen noch nicht als aussichtslos bezeichnen, wie im Übrigen auch der vergleichsweise breite Raum illustriert, den seine Behandlung im Ausstandsentscheid der Kammer einnimmt. An der entsprechenden Einschätzung der Vorinstanz kann daher nicht festgehalten werden.

7. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und dem Beschwerdeführer ist für das Verfahren des Bezirksrats Affoltern die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, da er, wie die Vorinstanz feststellte, mittellos ist und sein Ausstandsbegehren nicht als aussichtslos zu betrachten war. Die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung ist mit Blick auf das Verfahren des Bezirksrats Horgen zu prüfen, in dem es um den persönlichen Kontakt zu seinem Sohn geht, da das Ausstandsgesuch in diesem Rahmen gestellt wurde, und ist unter Hinweis auf die anwaltliche Vertretung der Gegenpartei ohne Weiteres zu bejahen.

8. Die vorinstanzliche Entscheidgebühr ist in ihrer Höhe zu bestätigen und zusammen mit den Kosten des regierungsrätlichen Verfahrens betreffend Zuständigkeit ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer (der mit seinem Ausstandsbegehren unterlegen ist) aufzuerlegen, aber zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Staatskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass er bis zum Eintritt der Verjährung (zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens) zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

III.

Ausgangsgemäss sind für das Verfahren der Kammer keine Kosten zu erheben. Da Gegenpartei in materieller Hinsicht der Staat ist, ist dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse auszurichten, zahlbar an seine Vertreterin. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird dadurch gegenstandslos und ist daher abzuschreiben.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Dispositiv-Ziffern I., II. und III. des Beschlusses des Bezirksrats Affoltern vom 19. März 2019 werden aufgehoben.
2. Dem Beschwerdeführer wird für das Verfahren betreffend sein Ausstandsbegehren gegen den Bezirksrat Horgen die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. Die Entscheidgebühr des Bezirksrats Affoltern in der Höhe von CHF 1'000.00 wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt, aber zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Staatskasse genommen.

Die Kosten des regierungsrätlichen Verfahrens in der Höhe von CHF 418.00 werden dem Beschwerdeführer auferlegt, aber zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Staatskasse genommen.

Die gesetzliche Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers bleibt vorbehalten.

4. Für das obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens fallen Kosten ausser Ansatz.

5. Für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird der Beschwerdeführer aus der Staatskasse mit CHF 1'077.00 entschädigt, zahlbar an seine Vertreterin, Rechtsanwältin lic. iur. X._____.
6. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen, sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen und den Bezirksrat Affoltern, je gegen Empfangsschein.
8. 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 mit einem Streitwert von CHF 1'418.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: