

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170055-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 3. August 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

betreffend **unentgeltliche Prozessführung**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Horgen vom 12. Juni 2017; VO.2016.45 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen)

Erwägungen:

I.

1. Der Beschwerdeführer ist der Vater von B._____, geboren am tt.mm.2015. Er lebte bei der Geburt von B._____ kurzzeitig mit der Mutter, C._____, zusammen. Das Kind steht unter der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter. Seit der Trennung der Eltern fand mit Ausnahme von kurzen Begegnungen kein persönlicher Kontakt zwischen dem Vater und dem Kind statt.

Mit Beschluss vom 27. Juli 2016 errichtete die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen (nachfolgend KESB) für B._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB im Wesentlichen mit der Aufgabe den Kontakt zwischen Kind und Vater aufzubauen und zu regeln. Da sich die Eltern nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigen konnten, ordnete die KESB mit Beschluss vom 2. November 2016 eine detaillierte Besuchsregelung an, welche Besuche in Anwesenheit der Mutter und einer Drittperson vorsah (act. 3/2).

2. Gegen diesen Beschluss erhob der Beschwerdeführer am 5. November 2016 Beschwerde. Er verlangte eine gleichberechtigte Betreuung des Kindes durch ihn, den Vater, mindestens zweimal wöchentlich und begrenzt auf zwei Monate, in Anwesenheit einer Begleitperson, jedoch ohne erzwungene Anwesenheit der Mutter. Die Kosten der begleiteten Besuche sollten entweder von den Eltern hälftig oder von der Mutter zu tragen sein, die Kosten des Verfahrens einstweilen auf die Amtskasse genommen werden (act. 7/1 = act. 3/3). Der Bezirksrat ging von einem sinngemäss gestellten Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung aus.

Nach Beizug der KESB-Akten und Eingang einer ergänzenden Eingabe des Beschwerdeführers, der Vernehmlassung der KESB und der Stellungnahme der Mutter, machte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe, welche ihrerseits zu keiner weiteren Stellungnahme der Mutter führte. Der Bezirksrat holte die zwischenzeitlich bei der KESB ergangenen weiteren Akten ein, welche den Parteien zur Kenntnis gebracht wurden. Am 12. Juni 2017 wies der Bezirksrat Horgen die

Beschwerde ab, ebenso den sinngemäss gestellten Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung. Die Verfahrenskosten von CHF 800.-- wurden dem Beschwerdeführer auferlegt (act. 6 = act. 3/1 S. 14/5). Der Entscheid ging dem Beschwerdeführer am 22. Juni 2017 zu (act. 6A).

3. Am 19. Juli 2017 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen den bezirksrätlichen Entscheid. Er wendet sich gegen die Abweisung seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege vor Vorinstanz und – als Folge davon – gegen die Kostenaufgabe an ihn. Angefochten sind Dispositiv Ziff. I des Beschlusses und Dispositiv Ziff. II des Urteils des Bezirksrates Horgen vom 12. Juni 2017. Dabei ergibt sich aus der Beschwerdebegründung, dass die Kostenaufgabe nicht deshalb angefochten ist, weil der Beschwerdeführer die Aufgabe an ihn als unterliegende Partei beanstandet, sondern weil er nicht über die finanziellen Mittel verfüge. Für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren beantragt er ebenfalls die unentgeltliche Prozessführung (act. 2 S. 1 und 2).

Die Akten des Bezirksrats und der KESB wurden beigezogen (act. 7 und act. 7/4/1-103 und 7/28/104 - 188). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das Verfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), soweit das kantonale Verfahrensrecht nichts Abweichendes regelt (Art. 450f ZGB und § 40 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR]). Nach Eingang der Beschwerde überprüft die Beschwerdeinstanz das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen von Amtes wegen.

2.1 Über Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gemäss Art. 119 ZPO im summarischen Verfahren entschieden. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (Art. 121

ZPO). Anders als Beschwerden im Sinne von Art. 450 Abs. 1 ZGB, für welche die besonderen Regeln von §§ 63 ff. EG KESR gelten, sieht das kantonale Recht für Beschwerden im Sinne von Art. 121 ZPO keine besonderen Regeln vor. Die Frist zur Beschwerde gegen einen Entscheid im summarischen Verfahren oder gegen eine prozessleitende Verfügung beträgt 10 Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO; vgl. auch OGer II. ZK. PQ150004, E. 2, Entscheid vom 23. Februar 2015). Die Beschwerdefrist für die Anfechtung der vorinstanzlichen Kostenregelung beträgt demgegenüber über 30 Tage.

2.2 Der angefochtene Entscheid ging dem Beschwerdeführer am 22. Juni 2017 zu. Seine am 19. Juli 2017 erhobene Beschwerde erweist sich damit als verspätet soweit sie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zum Gegenstand hat. Sie erging indes innert der im angefochtenen Entscheid belehrten Rechtsmittelfrist von 30 Tagen. Aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergibt sich, dass den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich keine Nachteile erwachsen dürfen, wenn sie sich bei richtiger Belehrung hätten anders verhalten können – und das ist der Fall, wenn eine Partei eine kurze Frist verstreichen lässt, weil ihr fälschlich eine längere genannt wurde. Die Kausalität (d.h. dass der Betreffende die kürzere Frist auch tatsächlich wahrgenommen hätte) wird dabei vermutet. Auf diesen Vertrauens-Schutz kann sich allerdings nur berufen, wer nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vertrauen durfte, was sich wiederum nach den konkreten Umständen und auch nach den Rechtskenntnissen der Partei beurteilt. Ist die Partei rechtsunkundig, darf sie nicht einer anwaltlich vertretenen Partei gleichgestellt werden. Eine Überprüfung der in der Rechtsmittelbelehrung enthaltenen Angabe ist von ihr nur zu verlangen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass sie über die hierfür notwendigen Kenntnisse verfügt (vgl. dazu BGer 4A_507/2011 vom 1. November 2011, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen, insbesondere BGE 135 III 374ff. E. 1.2.2.2). Hierfür bestehen beim Beschwerdeführer keine Anhaltspunkte, weshalb er in seinem Vertrauen auf die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung zu schützen ist.

2.3 Die übrigen Rechtsmittelvoraussetzungen sind ohne weiteres gegeben: Das angerufene Obergericht ist als zweite gerichtliche Beschwerdeinstanz gegen Ent-

scheide des Bezirksrates zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 64 EG KESR), die Beschwerde ist begründet und enthält hinreichend klar gestellte Anträge. Der Beschwerdeführer ist von der Anordnung unmittelbar betroffen und zur Beschwerde legitimiert. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

3.1 Eine Partei hat Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmasslichen Gerichtskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverbeiständung zu tragen, und darüber hinaus ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 und 118 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren vor der Rechtsmittelinstanz zu beantragen und von dieser im summarischen Verfahren zu entscheiden. Massgebend für die Beurteilung des Gesuches sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung.

3.2 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, der Beschwerdeführer habe entgegen dem ihm eingeschrieben zugestellten Informationsschreiben seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht dargelegt. Unabhängig von den finanziellen Verhältnissen sei sein Gesuch indes bereits aufgrund der Aussichtslosigkeit seiner Beschwerde abzuweisen. Aufgrund seiner psychischen Auffälligkeiten, des geringen Alters von B._____, der langen Kontaktlosigkeit zwischen Vater und Sohn sowie des Umstandes, dass die Kindsmutter lediglich in einer Anfangszeit bei den Besuchen anwesend sein solle, habe die Beschwerde offensichtlich keine nennenswerten Erfolgchancen gehabt (act. 6 S. 13).

3.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe vor Vorinstanz den Antrag gestellt, weil er weder über Vermögen noch Einkommen verfüge, was aus den Verfahrensakten sowohl der KESB wie auch des Bezirksrates unmissverständlich hervorgehe. Es sei ihm keineswegs klar gewesen, dass er seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse unaufgefordert hätte darlegen müssen. Wäre er dazu aufgefordert worden, hätte er dies unmittelbar getan. Nach der letzten Stellungnahme der Gegenpartei am 22. März 2017 habe er hierzu keine Gelegenheit mehr erhalten. Angesichts der weiterhin unbegründeten Beschuldigungen durch die Kindsmutter und deren ambivalentem Verhalten habe nach Absprache mit verschiedenen Fachpersonen aber auch davon ausgegangen werden können, dass

die Beschwerde hohe Erfolgsaussichten habe, ansonsten er eine solche vermeiden hätte (act. 2).

3.4 Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese, gilt ein Begehren demgegenüber nicht als aussichtslos. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Im Rechtsmittelverfahren ist zu prüfen, ob das Rechtsmittel offenbar prozessual unzulässig oder aussichtslos ist (BGer 5A_153/2014 E. 3 mit weiteren Hinweisen). Die Aussichtslosigkeit kann materieller oder formeller, muss aber immer rechtlicher Art sein. Materiellrechtlich ist eine Streitsache bzw. ein Rechtsmittel nur aussichtslos, wenn ihrer rechtlichen Begründetheit eine klare und im konkreten Fall unzweifelhaft anwendbare anspruchshindernde oder anspruchsvernichtende Rechtsnorm entgegensteht oder die Rechtsfolge des behaupteten Tatsachenfundamentes nicht der eingeklagte Anspruch sein kann (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 233ff., insbes. N 239; DIKE-Komm ZPO-HUBER, 2.A., Art. 117 N 59ff.).

Eine materielle Aussichtslosigkeit wie sie vorliegend einzig zur Diskussion steht, ist in familienrechtlichen Streitsachen und in Statusprozessen nur sehr zurückhaltend und nur in ausserordentlichen Fällen anzunehmen (BÜHLER, a.a.O., N 241a; HUBER, a.a.O., N 61). Ein solcher Fall liegt nicht vor. Geht es um den (Wieder-) Aufbau und die Ausgestaltung der Kontakte des Beschwerdeführers zu seinem Sohn (was nicht nur ein "Recht" des Vaters, sondern auch im Interesse des Kindes anzustreben und zu fördern ist), steht der KESB bzw. den Rechtsmittelinstanzen ein erhebliches Ermessen zu und es finden sich in solchen Fällen regelmässig gute und in der Regel auch objektiv nachvollziehbare Gründe für die verschiedenen Prozesstandpunkte. Der Prozesstandpunkt des Beschwerdeführers sowohl bei der KESB wie auch vor Vorinstanz ist zwar geprägt von der subjektiven Überzeugung des Beschwerdeführers, dass er sich im Gegensatz zur Mutter um

das Wohl des Kindes kümmern. Aus dem Anhörungsprotokoll der KESB vom 22. März 2017 ergibt sich immerhin, dass die Beiständin neu ein Setting beantragt hat, welches begleitete Kontakte des Vaters zum Kind ohne Anwesenheit der Mutter vorsieht (act. 7/156 S. 2). Die vom Beschwerdeführer vor dem Bezirksrat beantragte "gleichberechtigte Betreuung" des Kindes durch den Vater, mindestens zweimal wöchentlich und zunächst begleitet, erscheint damit nicht zum vornherein als aussichtslos.

3.5.1 Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz nicht beurteilt. Sie hielt indes fest, der Beschwerdeführer habe entgegen den ihm eingeschrieben zugestellten Informationsschreiben seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht dargelegt (act. 6 S. 13). Nach Eingang der Beschwerde war dem Beschwerdeführer mit Kurzmitteilung (act. 7/3) ein Merkblatt mit Hinweisen zum Verfahren zur Kenntnisnahme zugestellt worden, welche in allgemeiner Weise auf die gesetzlichen Bestimmungen zu den Prozesskosten, der unentgeltlichen Rechtspflege, der gerichtlichen Zustellung und zum Fristenlauf hinweist (act. 7/3 Anhang). Eine konkrete Aufforderung zur Darlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse enthält das Schreiben nicht.

3.5.2 Für das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege gilt der Untersuchungsgrundsatz, was bedeutet, dass das Gericht die erheblichen, zulässigen und tauglichen Beweise von Amtes wegen erheben kann (Art. 153 ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz wird eingeschränkt durch die Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers und ergänzt durch die richterliche Fragepflicht. Gestützt auf den verfassungsmässigen Gehörsanspruch und die richterliche Fragepflicht hat der Gesuchsteller Anspruch darauf, dass er im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mindestens ein Mal auf die Unvollständigkeit, Unklarheit, Missverständlichkeit etc. seiner Darlegung der finanziellen Verhältnisse hingewiesen wird (BK ZPO-BÜHLER, Art. 119 N 35, 37 und 107 ff.). Ging die Vorinstanz von einem sinngemäss gestellten Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aus, dann hätte sie den Beschwerdeführer daher zur Nachreichung der Belege für seine Mittellosigkeit auffordern müssen, was sie (weil sie die Prüfung der Mittellosigkeit nach ihrer Auffassung nicht vornehmen musste) nicht ge-

tan hat. Die Zusendung des Mitteilungsblattes entbindet nicht von dieser Pflicht. Dieses hat zum Zweck, die Parteien über die Kosten und allgemeine Verfahrensgrundsätze und dabei insbesondere auch die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege hinzuweisen. Eine konkrete Aufforderung enthält das Mitteilungsblatt nicht. Gestützt auf das vorinstanzliche Verfahren hätte das Gesuch des Beschwerdeführers nicht wegen fehlendem Nachweis der Mittellosigkeit abgewiesen werden dürfen. Die Nichtausübung der richterlichen Fragepflicht kann im Rechtsmittelverfahren indes geheilt werden (BÜHLER, a.a.O., N 112 mit Hinweis auf BGE 133 I 201 E. 2.2).

3.5.3 Im Beschwerdeverfahren rügt der Beschwerdeführer die fehlende Aufforderung seitens des Bezirksrates. Er verweist zudem auf die KESB-Akten, aus welchen sich die Mittellosigkeit ergebe und reicht mit der Beschwerde Belege über monatliche Unterstützungsbeiträge der Sozialbehörde D._____ ein (act. 3/6); diese sind nach dem Gesagten ohne weiteres zuzulassen.

3.5.4 Der in den KESB-Akten liegende Steuerausweis vom 15. Juli 2016 (act. 7/4/45) weist für das Steuerjahr 2014 für den Beschwerdeführer ein satzbestimmendes Einkommen von CHF 6'500.-- und kein Vermögen aus, die finanzielle Unterstützung der Sozialbehörde D._____ beschlägt den Zeitraum November 2016 bis Juli 2017 und bestand damit bereits bei Erhebung der vorinstanzlichen Beschwerde. Damit erscheint die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Gesuchstellung glaubhaft, weshalb ihm – in Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses – für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist.

4. Als Folge der ihm für das bezirksrätliche Verfahren zu bewilligenden unentgeltlichen Rechtspflege entfällt seine Kostenpflicht für das vorinstanzliche Verfahren einstweilen (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist auch insoweit gutzuheissen. Die bezirksrätlichen Kosten sind einstweilen der Bezirksratskasse zu belassen. Der Beschwerdeführer wird indes darauf hingewiesen, dass er zur Rückerstattung verpflichtet ist, sobald er hiezu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Entscheidgebür für das obergerichtliche Verfahren ausser Ansatz. Da dem Beschwerdeführer zufolge seines Obsiegens keine Kosten auferlegt werden, wird sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren gegenstandslos.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im obergerichtlichen Verfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Dispositiv Ziff. I des Beschlusses des Bezirksrates Horgen vom 12. Juni 2017 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - I. *Dem Beschwerdeführer wird für das bezirksrätliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.*
2. Dispositiv Ziff. II des Urteils des Bezirksrates Horgen vom 12. Juni 2017 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - II. *Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Bezirksratskasse genommen.
Die Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.*
3. Die Entscheidgebür fällt ausser Ansatz.
4. Es wird keine Entschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Horgen, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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. K. Würsch

versandt am: