

# **BGer 5A 216/2022 vom 20. Juni 2022**

Bundesgericht, 2022-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_216\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_216_2022)

FR: TF 5A 216/2022 du 20 juin 2022

IT: TF 5A 216/2022 del 20 giugno 2022

## **Regeste**

Unentgeltliche Rechtspflege (persönlicher Verkehr) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid. Der Zwischenentscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert worden ist, kann einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; BGE 133 V 402 E. 1.2 ; 129 I 129 E. 1.1; siehe auch Urteile 5A\_653/2021 vom 10. November 2021 E. 1.1; 5A\_517/2021 vom 1. Juli 2021 E. 1). Der Rechtsweg folgt jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1). Bei dieser handelt es sich um die Regelung des persönlichen Verkehrs bzw. die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen durch die KESB und damit öffentlich-rechtliche Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Natur in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG). Der Entscheid ist zulässigerweise von der Vorinstanz als einziger kantonaler Instanz gefällt worden ( BGE 143 III 140 E. 1.2) und lautet zum Nachteil der Beschwerdeführerin ( Art. 76 Abs. 1 BGG ). Auf die im Weiteren rechtzeitig ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) eingereichte Beschwerde kann eingetreten werden.

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Es befasst sich aber grundsätzlich nur mit formell ausreichend begründeten Einwänden. In der Begründung ist deshalb in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Erhöhte Anforderungen gelten, wenn verfassungsmässige Rechte als verletzt gerügt werden. Das Bundesgericht prüft deren Verletzung nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; strenges Rügeprinzip).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann einzig vorgebracht werden, sie seien offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweis), oder sie würden auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ) beruhen. Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97

Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 264 E. 2.3). Für die Rüge der offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 144 V 50 E. 4.1). Das Bundesgericht prüft daher nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am Sachverhalt nicht eintritt ( BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 141 IV 317 E. 5.4, 249 E. 1.3.1; 140 III 264 E. 2.3; je mit Hinweisen).

## **E. 2**

Vorliegend stellt sich einzig die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht von der Aussichtslosigkeit der Begehren der Beschwerdeführerin ausgegangen ist.

### **E. 2.1.1**

Das ZGB sieht im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes keine Regelung über die unentgeltliche Rechtspflege vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz vor (vgl. Art. 450 ff. ZGB ). Die Bestimmungen der ZPO kommen nur zum Tragen, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen ( Art. 450f ZGB ). Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die ZPO angewendet. Diese findet als subsidiäres kantonales Recht Anwendung ( BGE 144 I 159 E. 4.2, siehe auch § 29 Abs. 1 der thurgauischen Verordnung des Obergerichts zum Kindes- und Erwachsenenschutz, RB 211.24) und kann vom Bundesgericht nur auf seine Verfassungsmässigkeit hin geprüft werden ( BGE 140 III 385 E. 2.3). Die Beschwerdeführerin erhebt keine Verfassungsfragen. Da die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO aber mit denjenigen der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV übereinstimmen ( BGE 142 III 131 E. 4.1), eine Verletzung von Art. 117 ZPO zugleich eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV darstellt (Urteil 4A\_384/2015 vom 24. September 2015 E. 3) und das Bundesgericht die Einhaltung von Art. 29 Abs. 3 BV frei prüft ( BGE 142 III 131 E. 4.1), ist auf die Rüge (ausschliesslich unter dem Blickwinkel von Art. 29 Abs. 3 BV ) einzugehen (siehe auch Urteil 5A\_511/2016 vom 9. Mai 2017 E. 4.1).

### **E. 2.1.2**

Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

### **E. 2.1.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Begehren als aussichtslos 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 - zumindest vorläufig - 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 142 III 138 E. 5.1 mit Hinweisen). Steht, wie hier, die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im kantonalen Beschwerdeverfahren im Streit, sind die dortigen Prozessaussichten anhand der konkret von der Beschwerdeführerin gestellten Beschwerdeanträge und ihren gegen die

Erwägungen der Vorinstanz erhobenen Rügen zu prüfen (Urteil 5A\_893/2018 vom 10. April 2019 E. 2.1).

#### **E. 2.1.4**

Wie es sich mit den Prozessaussichten der beschwerdeführenden Person in rechtlicher Hinsicht verhält, prüft das Bundesgericht grundsätzlich frei (Art. 95 f. und Art. 106 Abs. 1 BGG ; siehe oben E. 2.1.1). Es ist aber nicht dessen Aufgabe, dem Sachgericht vorgreifend zu beurteilen, ob die Position der beschwerdeführenden Person in der Hauptsache zu schützen sei oder nicht. Bei der Abklärung, ob die fehlende Aussichtslosigkeit als Voraussetzung für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gegeben ist, hat das Bundesgericht lediglich zu prüfen, ob der von der bedürftigen Person verfolgte Rechtsstandpunkt im Rahmen des sachlich Vertretbaren liegt bzw. nicht von vornherein unbegründet erscheint ( BGE 119 III 113 E. 3a; Urteil 5A\_635/2019 vom 5. Dezember 2019 E. 3.1). Die prognostische Beurteilung von Erfolgsaussichten eröffnet dem Sachgericht einen Beurteilungsspielraum, in welchen das Bundesgericht auch bei freier Prüfung der Rechtsfragen nur eingreift, wenn das Sachgericht von anerkannten Rechtsgrundsätzen abgewichen ist, es Umstände berücksichtigt hat, die für die Prognose im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder umgekehrt Überlegungen ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen (Urteil 5A\_635/2019 vom 5. Dezember 2019 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 2.2**

Die Vorinstanz führt aus, im angefochtenen Entscheid habe die KESB das Besuchsrecht auf zwei Erinnerungskontakte pro Jahr beschränkt. In der dagegen erhobenen Beschwerde werde beantragt, diese Regelung wieder aufzuheben und stattdessen ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen. Angesichts der Tatsache, dass die bereits im Jahr 2019 angeordneten begleiteten Besuche nicht hätten realisiert werden können, die Kinder ihren Vater derzeit auch nicht besuchen wollen würden und der Vater seit bald drei Jahren seine Kinder nicht mehr gesehen habe, erscheine die Anordnung von begleiteten Besuchen derzeit als nicht zielführend. Die Situation habe sich seit Oktober 2019 nicht derart verändert, dass ein begleitetes Besuchsrecht nun realisiert werden könnte, was von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet werde. Vielmehr habe sich für die KESB die Frage gestellt, ob die Kinder fremd zu platzieren oder Erinnerungskontakte anzuordnen seien. Im angefochtenen Entscheid werde der Beiständin unter anderem der Auftrag erteilt, bei Bedarf wieder einen neuen Antrag an die KESB zu stellen. Im Übrigen erscheine die Beschwerde auch widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin argumentiere, die Vorinstanz habe einen Entscheid gefällt, welcher sämtliche Bemühungen der Beteiligten, ein System zu schaffen, in welchem die Mutter und die Kinder gedeihen könnten, und die selbständige und gute Entwicklung der Mutter und der Kinder in den Jahren 2020 und 2021 subtil obsolet mache, obwohl in diesen Jahren gar keine Besuche stattgefunden hätten. Die Begründung der Beschwerdeführerin sei nach summarischer Prüfung der Aktenlage nicht nachvollziehbar. Daher erschienen die Gewinnchancen der Beschwerde als deutlich geringer als die Verlustgefahr, weshalb die Beschwerde als aussichtslos zu bezeichnen sei.

#### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführerin gelingt es mit ihren Rügen nicht, die Beurteilung durch die Vorinstanz zu erschüttern. Wie sich aus ihren Ausführungen ergibt, geht es der Beschwerdeführerin im Kern nicht um die tatsächliche Umsetzung begleiteter Besuche,

sondern sie erhofft sich aus deren Anordnung, die Verwirklichung der Besuche weiterhin zu unterbinden bzw. mindestens aufzuschieben und gänzlich in die Disposition der Kinder zu stellen. Entsprechend macht sie auch keine Ausführungen zur Erwägung der Vorinstanz, wonach die Anordnung von begleiteten Besuchen nicht zielführend erscheine angesichts der Tatsachen, dass die bereits im Jahr 2019 angeordneten begleiteten Besuche nicht haben realisiert werden können, die Kinder ihren Vater derzeit auch nicht besuchen wollen, der Vater seine Kinder seit bald drei Jahren nicht mehr gesehen hat, sich die Situation seit Oktober 2019 nicht derart verändert hat, dass ein begleitetes Besuchsrecht nun realisiert werden könnte, was von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet werde. So behauptet sie insbesondere nicht, entgegen den vorinstanzlichen Feststellungen Ausführungen zu einer veränderten Situation gemacht oder behauptet zu haben, ein begleitetes Besuchsrecht könne nun realisiert werden. Damit zielen die Schilderungen der Beschwerdeführerin aber am eigentlichen Kern der Sache vorbei. Was die Beschwerdeführerin damit meint, die Vorinstanz hätte nicht beurteilen dürfen, was für den vorliegenden Fall "zielführend" sei bzw. damit habe sie nicht eine ex ante Prüfung, sondern eine solche vom Ergebnis her getätigt, erschliesst sich nicht, hatte die Vorinstanz doch die Aussichtslosigkeit der Beschwerde (und damit der von der Beschwerdeführerin gestellten Begehren um Errichtung eines begleiteten Besuchsrechts nach einer Phase der Wiederannäherung) zu beurteilen, was sie folgerichtig getan hat. Im Übrigen hat sie auch darauf hingewiesen, dass die Beiständin im erstinstanzlichen Entscheid ausdrücklich beauftragt wurde, der KESB umgehend Antrag zu stellen, falls eine Änderung der Kinderschutzmassnahmen notwendig erscheine. Darauf geht die Beschwerdeführerin ebenso wenig ein wie auf die Tatsache, dass auch die Erinnerungskontakte gemäss Entscheid der KESB begleitet stattzufinden haben werden.

#### **E. 2.4**

Ihr gelingt es daher nicht, die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die Aussichtslosigkeit (und Widersprüchlichkeit) ihrer Beschwerde zu erschüttern.

#### **E. 3**

Nach dem Ausgeführten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, war die Beschwerde von vornherein aussichtslos. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren ist daher abzuweisen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Gerichtskosten sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Gemeinwesen ist keine Entschädigung geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.