

# **BGer 5A 531/2007 vom 9. November 2007**

Bundesgericht, 2007-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_531\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_531_2007)

FR: TF 5A 531/2007 du 9 novembre 2007

IT: TF 5A 531/2007 del 9 novembre 2007

## **Regeste**

unentgeltliche Rechtspflege (Verantwortlichkeitsklage nach Art. 429a ZGB) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein letztinstanzlicher Beschluss ( Art. 75 Abs. 1 BGG ), mit dem die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung in einem kantonalen Schadenersatzprozess entzogen worden ist. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; BGE 129 I 129 E. 1.1), dessen ungeachtet, ob er während des Hauptverfahrens, zusammen mit dessen Endentscheid oder nach diesem ergangen ist (Urteil 5A\_108/2007 vom 11. Mai 2007, E. 1.2).

### **E. 1.2**

Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache. Diese betrifft einen Schadenersatzprozess gestützt auf Art. 429a ZGB , mithin um eine Zivilsache, deren Streitwert den Betrag von Fr. 30'000.-- bei weitem übersteigt (Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Damit ist die Beschwerde in Zivilsachen gegen den vorgenannten Zwischenentscheid gegeben. Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann eine Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ), zu dem laut der Begriffsbestimmung des BGG auch das Verfassungsrecht gehört. Gerügt werden kann ferner eine Verletzung des Völkerrechts ( Art. 95 lit. b BGG ).

### **E. 2**

Die Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG hat nebst einem Antrag eine Begründung zu enthalten, in welcher in gedrängter Form dargelegt wird, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 f. BGG) verletzt ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten wird. In der Beschwerdeschrift ist m.a.W. (entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen des Art. 55 Abs. 1 lit. c OG : Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001, S. 4207 ff., Ziff. 4.1.2.4 zu Art. 39 Entwurf, S. 4294) auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen zu zeigen, welche Vorschriften (Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.2.4, S. 4232) und warum sie von der Vorinstanz verletzt worden sind ( BGE 116 II 745 E. 3 S. 749). Auch Verfassungsrügen sind in der Beschwerdeschrift vorzubringen und zu begründen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Dabei ist in der Beschwerdeschrift (entsprechend den altrechtlichen Begründungsanforderungen des Art. 90 Abs. 1 lit. b OG : Botschaft, a.a.O., Ziff. 4.1.2.4 zu Art. 39 Entwurf, S. 4294) klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, welche verfassungsmässigen Rechte und inwiefern sie durch den kantonalen Entscheid verletzt worden sind ( BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261f.).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführer rügen in einem ersten Abschnitt der Beschwerde eine Verletzung von Art. 9 und 29 Abs. 1 und Art. 29a BV sowie von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und machen zur Begründung im Wesentlichen geltend, die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich kenne kein Berufungs-Vorprüfungsverfahren. Es sei willkürlich, unter dem Begriff "Angriffs- und Verteidigungsmittel" gemäss § 84 ZPO auch Argumente jeglicher Natur zu subsumieren, wie dies das Kassationsgericht und das Obergericht des Kantons Zürich getan hätten. Ebenso wenig habe es an ihnen gelegen, die mangelnde Spruchreife mit Hinweisen zu substantiieren, da Beweisanträge nach der ZPO ebenfalls erst in der Berufungsbegründung gemäss § 264 ZPO anzugeben seien. Trotz Aufforderung des Obergerichts zur Kürze habe das Kassationsgericht von den Beschwerdeführern eine einlässliche Befassung mit dem bezirksgerichtlichen Urteil und damit eine einlässliche Berufungsbegründung erwartet. Namentlich werde ihnen vorgeworfen, sie hätten mit keinem Wort dargetan, dass und wieso bestimmte Erwägungen des bezirksgerichtlichen Urteils falsch seien. Im übrigen hätten sie entgegen der Auffassung des Kassationsgerichts in der Beschwerde die hochstrittigen Punkte genau benannt und mit Aktenhinweisen versehen, was vom Kassationsgericht unbeachtet geblieben sei.

### **E. 3.2**

Im vorliegenden Fall geht es nicht darum, ob der Kanton Zürich kein "Berufungs-Vorprüfungsverfahren" kennt, wie die Beschwerdeführer behaupten. Einzig streitige Frage ist, ob das Obergericht im Rahmen der Überprüfung der vom Bezirksgericht einstweilen bewilligten unentgeltlichen Prozessführung gegen die Verfassung bzw. die EMRK versties, indem es von den Beschwerdeführern vorgängig zur Berufungsbegründung Ausführungen darüber verlangte, wie sie die Berufung zu begründen gedenken. -:- Paragraph 84 ZPO/ZH, welcher von der unentgeltlichen Prozessführung handelt, sieht in Absatz 2 vor, dass das Gericht vom Gesuchsteller Ausweise verlangen, ihn über seine Verhältnisse sowie seine Angriffs- und Verteidigungsmittel einvernehmen und auch den Prozessgegner anhören kann. Nach der einschlägigen Gesetzgebung des Kantons Zürich wird die unentgeltliche Prozessführung nicht nur für die angerufene Instanz bewilligt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 2000, N. 3 zu § 90 ZPO ). Gemäss § 90 Abs. 2 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz indes für ihr Verfahren einen selbstständigen Entscheid treffen. Paragraph 91 ZPO sieht schliesslich vor, dass das Gericht eine Bewilligung entziehen kann, wenn im Verlaufe des Verfahrens deren Voraussetzungen bzw. die Voraussetzungen für die Vertretung dahinfallen. Mit Bezug auf diese Bestimmung geht die Lehre davon aus, dass das Gericht im Verlaufe des Prozesses weitere Ausweise verlangen und die Partei neuerdings nach § 84 Abs. 2 ZPO einvernehmen kann. Im vorliegenden Fall hatte das Obergericht zu entscheiden, ob die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung weiterhin, d.h. auch für das Berufungsverfahren, zu gewähren sei, und konnte damit im Einklang mit der einschlägigen Gesetzgebung und der Verfassung von den Beschwerdeführern Auskünfte zur Frage der Aussichtslosigkeit einholen, um die es vorliegend ausschliesslich geht. Die erwähnten Bestimmungen sprechen sich nicht über den Zeitpunkt aus, wann solche Auskünfte einverlangt werden dürfen. Sie schreiben insbesondere nicht vor, dass solches erst nach Eingang der begründeten Berufung geschehen soll ( § 264 ZPO ), wie die Beschwerdeführer meinen. Schliesslich ergibt sich daraus auch nicht zwingend, dass das Obergericht erst aufgrund der begründeten Berufung

über die Frage der unentgeltlichen Prozessführung hat entscheiden dürfen. Von daher ist das Vorgehen des Obergerichts, vor der Anordnung der Berufungsbegründung Auskünfte gemäss § 84 Abs. 2 ZPO einzuholen, weder im Lichte der Verfassung noch der EMRK zu beanstanden. Das vom Obergericht gewählte Vorgehen macht denn auch durchaus Sinn, sind doch sowohl die Partei als auch ihr Rechtsvertreter an einem raschen Entscheid interessiert, um so unnötige, infolge der späteren Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht gedeckte Kosten zu vermeiden. Konnte das Obergericht aber ohne Verletzung der Verfassung und der EMRK Auskünfte zur Frage der Aussichtslosigkeit des Berufungsverfahrens einholen, so versteht es sich von selbst, dass diese Auskünfte bei aller gebotener Kürze dem Obergericht eine Überprüfung der Prozessaussichten auch tatsächlich ermöglichen mussten. Die Beschwerdeführer waren somit gehalten, alle für die Frage massgebenden Elemente tatsächlicher und rechtlicher Art kurz darzulegen. Soweit die Beschwerdeführer unter Berufung auf die Ausführungen in der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde behaupten, die verlangten Auskünfte umfassend erbracht und die sachdienlichen Beweismittel genannt zu haben, sind sie nicht zu hören. Sie verweisen dabei auf ihre Angaben in der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde. Im vorliegenden Fall kommt es indes nicht darauf an, was sie in der Beschwerde vorgebracht haben; massgebend waren vielmehr ausschliesslich die Ausführungen, welche die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer gestützt auf die Verfügung des Präsidenten des Obergerichts vom 13. April 2006 am 27. Mai 2006 dem Obergericht haben zukommen lassen.

#### **E. 4**

In einem weiteren Punkt der Beschwerde richten sich die Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung der Vorinstanz.

##### **E. 4.1**

So behaupte das Kassationsgericht auf S. 9 Ziff. 4.3. willkürlich, ohne Grundlage und ohne Beizug der Akten, die Beschwerdeführer (die Kläger im kantonalen Verfahren) hätten die Beschwerde zurückgezogen. Die Beschwerdeführer lassen unerwähnt, dass sich das Kassationsgericht dabei auf den Beschluss des Obergerichts stützt. Die Beschwerdeführer zeigen nicht auf, inwiefern diese Feststellung willkürlich sein soll. Darauf ist nicht einzutreten.

##### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführer machen ferner geltend, das Kassationsgericht argumentiere auf S. 10, dem Bezirksrat sei die Möglichkeit verwehrt gewesen, mit Blick auf die Überprüfung der Verfügung vom 3. Mai 2002 ihre Eingabe vom 15. Mai 2002 allenfalls dem für fürsorgetische Freiheitsentziehungen zuständigen Einzelrichter zu überweisen, weil sie am 15. Januar 2003 zurückgezogen worden sei. Wie das Beweisverfahren zeigen werde, handle es sich bei der Beschwerde vom 15. Mai 2002 um eine Aufsichtsbeschwerde, mithin um kein Rechtsmittel. Zudem habe der Bezirksrat über acht Monate verfügt, um die Sache dem zuständigen Richter zu überweisen. Die Argumentation des Kassationsgerichts verletze Art. 9 BV und Art. 6 EMRK. Das Kassationsgericht führt im angefochtenen Beschluss ergänzend aus, die Beschwerdeführer hätten die Feststellung des Obergerichts nicht angefochten, wonach die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung in der Verfügung vom 3. Mai 2002 für die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer durch Lektüre des massgebenden Gesetzestextes erkennbar gewesen sei. War aber die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung erkennbar, hätten die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer den Rechtsbehelf selbst

rechtzeitig bei der zuständigen Instanz einreichen können. Zudem war ihnen auch zuzumuten, beim Bezirksrat die Übersendung ihrer Eingabe an die zuständige Instanz zu verlangen, nachdem der Bezirksrat selbst nach einer gewissen Zeit nicht aktiv geworden war. Tatsache ist zudem, dass die Beschwerdeführer ihre Beschwerde zurückgezogen haben. Im Lichte dieser Ausführungen ist nicht ersichtlich, inwiefern der angefochtene Beschluss im Ergebnis willkürlich sein soll ( BGE 132 III 209 E. 2.1).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführer rügen weiter, die Kinder seien bereits vor jeglichem Entscheid darüber und zwar ohne jegliches Verfahren in einer Anstalt im Rechtssinne, nämlich im Florhof, untergebracht gewesen. Die gegenteilige Auffassung des Kassationsgerichts verletze Art. 9 BV , Art. 31 und Art. 314 ZGB sowie Art. 5 EMRK . Aufgrund des angefochtenen Beschlusses ergibt sich anhand der Akten des Bezirksgerichts, dass dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 9. April 2002 die Obhut über die Kinder entzogen und B. X. \_\_\_\_\_ bewilligt wurde, mit den Kindern vorübergehend im Frauenhaus Winterthur zu wohnen. Erst mit der Verfügung vom 3. Mai 2002 sei - so das Kassationsgericht - im Rahmen des fürsorgerischen Freiheitsentzugs der Eintritt der Kinder in das Durchgangsheim Florhof bewilligt worden. Daraus ergibt sich, dass die strittige fürsorgerische Freiheitsentziehung, aus welcher die Beschwerdeführer Rechte ableiten, erst am 3. Mai 2002 angeordnet worden ist. Was allenfalls davor ohne behördliche Anordnung geschehen ist, kann für die Frage des Schadenersatzes nicht massgebend sein. Die Rüge ist unbegründet, soweit es sich dabei nicht um appellatorische und damit unzulässige Kritik am angefochtenen Beschluss handelt.

#### **E. 4.4**

Soweit die Beschwerdeführer das bezirksgerichtliche Verfahren beanstanden und dem Kassationsgericht allgemein eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorwerfen, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Das Verfahren vor dem Bezirksgericht war nicht Gegenstand des kassationsgerichtlichen Verfahrens, das sich einzig mit dem obergerichtlichen Beschluss vom 2. Oktober 2006 zu befassen hatte. Der an die Adresse des Kassationsgerichts gerichtete Vorwurf ist allgemein gehalten, so dass er eine sachgerechte Überprüfung des kassationsgerichtlichen Verfahrens verunmöglicht. Darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 5.1**

Schliesslich richten sich die Beschwerdeführer gegen die Schlussfolgerung der letzten kantonalen Instanz, das Verfahren sei aussichtslos. Sämtliche kantonalen Instanzen würden anerkennen, dass die Vormundschaftsbehörde Seuzach massive Fehler begangen habe. Die Haftung nach Art. 429a ZGB sei als Kausalhaftung ausgebildet, weshalb das Verfahren nicht als aussichtslos angesehen werden könne. Unbehelflich sei der Hinweis auf die Einmaligkeit des Rechtsschutzes, habe es doch die Behörde verpasst, die begangenen Fehler im Rahmen der Rechtsmittel zu korrigieren. Die Auffassung des Kassationsgerichts verletze Art. 9 BV sowie Art. 29a BV .

#### **E. 5.2**

Ein Rechtsweg besteht nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozessordnung, und die Rechtsweggarantie verbietet insbesondere nicht, das Eintreten auf ein Rechtsmittel von den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen abhängig zu machen (Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 134/1998, S. 288/291 f.; Kälin, Justizreform,

AJP 1995 S. 1007). Insoweit besteht auch im Lichte der Rechtsweggarantie kein Anspruch darauf, das Rechtsmittelverfahren trotz Fehlens der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege unentgeltlich durchzuführen.

### **E. 5.3**

Hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege rügen die Beschwerdeführer sinngemäss eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV (bundesrechtlicher Anspruch der unentgeltliche Rechtspflege). Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat nach Art. 29 Abs. 3 BV Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, steht ihr überdies ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu. 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. 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 ( BGE 109 Ia 5 E. 4 mit Hinweisen; 119 Ia 251 E. 3b ; 122 I 267 E. 2b ; 124 I 304 E. 2c). Die Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV ist unbegründet:

### **E. 5.4**

Aus dem angefochtenen Beschluss ergibt sich, dass die Beschwerdeführer die Verfügung der Vormundschaftsbehörde vom 9. April 2002, mit welcher dem Beschwerdeführer die Obhut über die Kinder entzogen und B. X. \_\_\_\_\_ bewilligt wurde, mit den Kindern im Frauenhaus zu wohnen, nicht angefochten haben. Die Präsidialverfügung vom 3. Mai 2002, mit welcher die Kinder in das Durchgangsheim Florhof eingewiesen wurden, haben die Beschwerdeführer zwar beim Bezirksrat angefochten, diese Beschwerde aber nachträglich zurückgezogen. Dabei erwies sich die entsprechende Rechtsmittelbelehrung zwar als falsch; doch war dieser Umstand für die anwaltlich verbeiständeten Beschwerdeführer erkennbar. Damit aber sind die strittigen Verfügungen in Rechtskraft erwachsen. Das Obergericht und das Kassationsgericht verweisen auf den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, wonach die Rechtmässigkeit rechtskräftiger Entscheide im Haftungsprozess nicht mehr kontrolliert werden kann, um sicherzustellen, dass abschliessend beurteilte Fragen im Staatshaftungsprozess nicht erneut aufgeworfen werden ( BGE 129 I 139 E. 3.1 S. 143 ; 126 I 1144 E. 2a S. 147 f.; 123 II 577 E. 4d/dd S. 582; 119 Ib 208 E. 3c S. 212). Im Lichte der aufgezeigten tatsächlichen Umstände und der rechtlichen Ausgangslage erweist sich die Auffassung des Kassationsgerichts, der Haftpflichtprozess gestützt auf Art. 429a ZGB bzw. die Berufung gegen das die entsprechende Klage abweisende bezirksgerichtliche Urteil sei aussichtslos, nicht als verfassungswidrig.

### **E. 5.5**

Soweit die Beschwerdeführer überhaupt dafürhalten, aufgrund ihrer Eingabe vom 27. Mai 2006 hätten die Erfolgsaussichten des Verfahrens nicht ohne Willkür verneint werden dürfen, erweist sich ihre Beschwerde ebenso als unbegründet: In der besagten Eingabe führen die Beschwerdeführer lediglich aus, das Verfahren sei noch nicht spruchreif; über erhebliche Tatsachen sei kein Beweis abgenommen worden; das Urteil und die Fristansetzung vom 13. April 2006 stützten sich auf Tatsachen, die bestritten seien und über

die kein Beweis abgenommen worden sei; Anordnungen wie jene der Vormundschaftsbehörde Seuzach seien nichtig und müssten nicht einmal angefochten werden. Aufgrund dieser allzu summarischen Angaben, konnte das Obergericht, ohne die Verfassung zu verletzen, schliessen, das Berufungsverfahren sei aussichtslos. Das gilt auch für die behauptete Nichtigkeit der Verfügungen der Vormundschaftsbehörde, wird doch Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen angenommen ( BGE 129 I 361 E. 2.1) und führen die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe nicht einmal summarisch aus, inwiefern ein solcher Ausnahmefall vorliegen soll.

#### **E. 6**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Da der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist die im angefochtenen Beschluss angesetzte Frist zur Leistung der Kautionen neu festzusetzen.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer zu gleichen Teilen kostenpflichtig, wobei sie für den Gesamtbetrag der Kosten solidarisch haften ( Art. 66 Abs. 5 BGG ).

#### **E. 8**

Dem Gesuch der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren kann angesichts der Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens kein Erfolg beschieden sein ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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