

# **BGer 5A 84/2008 vom 8. Oktober 2007**

Bundesgericht, 2007-10-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_84\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_84_2008)

FR: TF 5A 84/2008 du 8 octobre 2007

IT: TF 5A 84/2008 del 8 ottobre 2007

## **Regeste**

Ablehnung (unentgeltliche Verbeiständung im Verfahren betr. fürsorgerische Freiheitsentziehung) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein letztinstanzlicher ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) Beschluss betreffend den Ausstand eines Gerichtsmitglieds. Dabei handelt es sich im einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinn von Art. 92 Abs. 1 BGG , gegen den die Beschwerde ergriffen werden kann. Der Rechtsweg des Zwischenentscheides folgt jenem der Hauptsache. Im vorliegenden Fall betrifft die Hauptsache die Gewährung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Rahmen eines Verfahrens betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung; gegen entsprechende Entscheide, die ihrerseits als Zwischenentscheide gelten (Urteil 5A\_108/2007 vom 11. Mai 2007, E. 1.2), ist die Beschwerde in Zivilsachen gegeben (Urteil 5A\_368/2007 vom 18. September 2007, E. 1.2); damit ist sie auch gegen den vorliegend angefochtenen letztinstanzlichen Beschluss über den Ausstand zulässig.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, Bundesrecht und kantonales Recht untersagten einem Richter, im gleichen Verfahren in erster und zweiter Instanz zu urteilen. Die Vorsitzende der fürsorgerechtlichen Kammer habe in erster Instanz über das Gesuch um einen unentgeltlichen Rechtsbeistand entschieden und sei nun im Begriffe im Beschwerdeverfahren über den gleichen Streitgegenstand als Mitglied der fürsorgerechtlichen Kammer mitzuentcheiden. Er rügt in diesem Zusammenhang eine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts (§ 41 Abs. 1 Ziff. 5 des Gerichtsorganisationsgesetzes des Kantons Zug, GOG); ferner beruft er sich auf Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK .

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass ihm das kantonale Recht einen über Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hinausgehenden Schutz verleiht. Die Beschwerde ist somit allein im Lichte der Verfassungs- und der Konventionsnorm zu behandeln ( BGE 131 I 113 E. 3.3 S. 116). In dieser Hinsicht erweist sie sich als begründet:

### **E. 3.1**

Nach der in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise

Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt ( BGE 131 I 24 E. 1.1 S. 25 ; 126 I 68 E. 3a S. 73, je mit Hinweisen). Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall so genannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen ( BGE 131 I 24 E. 1.2 S. 26; 114 Ia 50 E. 3d S. 57; Urteil des EGMR vom 22. April 1994 i.S. Saraiva de Carvalho gegen Portugal, Série A, Nr. 286-B, Ziff. 38; BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116). Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, kann nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall - anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 59) - zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als noch offen erscheint ( BGE 126 I 68 E. 3c S. 73; 114 Ia 50 E. 3d S. 57).

### **E. 3.2.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich mit der Verfassungs- und Konventionsgarantie eines unvoreingenommenen Richters nicht vereinbaren, dass ein erstinstanzlich tätig gewesener Richter auch als Richter oder Ersatzrichter am Rechtsmittelverfahren in derselben Sache mitwirkt ( BGE 114 Ia 50 E. 3c S. 58).

### **E. 3.2.2**

Nach dem massgebenden kantonalen Recht beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden gegen fürsorgereische Freiheitsentziehungen (§ 79a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG). Innerhalb des Gerichts ist für diese Beschwerden gemäss § 7bis der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977 (GO) die fürsorgereichtliche Kammer zuständig. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes gemäss § 27 VRG obliegt dem oder der Kammervorsitzenden. Bei Beschwerden gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. des unentgeltlichen Rechtsbeistandes liegt der Entscheid bei der in der Hauptsache zuständigen (fürsorgereichtlichen) Kammer (§ 9 Abs. 3 GO). Laut der kantonalen Ordnung hat die über das Gesuch um einen unentgeltlichen Rechtsbeistand entscheidende Präsidentin der fürsorgereichtlichen Kammer auch im Beschwerdeverfahren gegen ihren Entscheid mitzuwirken. Das lässt sich mit der in Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Garantie des unvoreingenommenen Richters nicht vereinbaren, zumal sich im Beschwerdeverfahren die gleichen Sach- und Rechtsfragen stellen wie bei der Beurteilung des Gesuchs durch die Kammerpräsidentin. Anhand des konkreten Falls beurteilt geht es hier wie dort um die Frage, ob der Beschwerdeführer seine Bedürftigkeit nachgewiesen hat bzw. ob die weiteren Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Nichtaussichtslosigkeit des Verfahrens, Notwendigkeit der amtlichen Verbeiständung) erfüllt sind.

### **E. 3.3**

In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an die fürsorgereichtliche Kammer des Verwaltungsgerichts zurückzuweisen, damit sie in

einer Bundesverfassung und Konvention respektierenden Zusammensetzung über die Beschwerde gegen die Verweigerung des unentgeltlichen Rechtsbeistands befindet.

**E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Zug hat indes den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen. Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos.

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