

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC180050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Urteil vom 14. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter / Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtsvertretung)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 18. Dezember 2018
(FE170936-L)**

Erwägungen:

1.1. Die Parteien des erstinstanzlichen Verfahrens stehen seit Ende November 2017 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (Urk. 4/1). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 2 S. 2):

- "1. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege per 1. Dezember 2017 bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, ... [Adresse], als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Dem Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege per 19. Juli 2018 bewilligt und Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, ... [Adresse], als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. (Schriftliche Mitteilung.)
4. (Rechtsmittel.)"

1.2. Am 28. Dezember 2018 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) rechtzeitig Beschwerde und stellte folgenden Antrag (Urk. 1 S. 2):

" Die Verfügung vom 18.12.2018 sei dahingehend zu korrigieren, dass dem Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt der Mandatierung, eventualiter seit dem Datum der ersten Tagfahrt in diesem Verfahren (dem 13. Februar 2018) der unentgeltliche Rechtsbeistand – in der Person des Unterzeichnenden – zugebilligt sei.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin (respektive der VI)."

1.3. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (Art. 324 ZPO). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 4/1-73). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip, d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (ZK ZPO - Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind in der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz hielt fest, die unentgeltliche Rechtspflege werde grundsätzlich von der Einreichung des Gesuchs an bewilligt und ein Ausnahmefall, welcher ausnahmsweise eine rückwirkende Bewilligung für den anwaltlich vertretenen Be-

klagen rechtfertigen würde, sei weder vorgebracht worden noch aufgrund der Akten ersichtlich. Das Armenrecht sei dem Beklagten daher regulär per Einreichung des Gesuchs zu bewilligen (Urk. 2 S. 2).

3.2. Der Beklagte bringt dagegen sinngemäss und zusammengefasst vor, er habe seinen Rechtsvertreter am 8. Januar 2018 erstmals kontaktiert und mandatiert. Eine erste Anhörung der Parteien habe am 13. Februar 2018 stattgefunden. Es gehe strengrechtlich nicht um die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. deren Rückwirkung, sondern um die Frage, ab welchem Zeitpunkt dem Beklagten das Armenrecht unter dem Aspekt der Waffengleichheit *ex jura novit curia* zu gewähren sei (Urk. 1 S. 3). Der Gegenpartei sei die unentgeltliche Rechtspflege per 1. Dezember 2017 zugewilligt worden (Urk. 1 S. 2). Berücksichtigung finden müsse, dass der Rechtsvertreter des Beklagten bereits am 13. Februar 2018 an einer ersten Anhörung teilgenommen habe, weshalb sich spätestens ab dann die Frage der Prozessfinanzierung gestellt habe. Es sei überspitzt formalistisch, überhöhte Anforderungen an ein Gesuch zu stellen, insbesondere, wenn klar sei, dass der Beklagte nicht einmal über einen Monatsnettoverdienst von Fr. 3'000.– verfüge. Der vorinstanzliche Entscheid lasse insgesamt Fairness und Objektivität vermissen und strapaziere damit das Prinzip von Treu und Glauben zu sehr (Urk. 1 S. 3).

3.3. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, treten die Wirkungen einer erteilten unentgeltlichen Rechtsverteiständung per Datum der Gesuchseinreichung ein. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wirkt also grundsätzlich *ex nunc et pro futuro*. Dagegen sind vor der Gesuchseinreichung entstandene Kosten und Aufwendungen grundsätzlich nicht zu entschädigen (BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 4.5; BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 126). Hinsichtlich der vom Beklagten geltend gemachten rückwirkenden Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, insbesondere mit Blick auf die mit der Teilnahme an der Anhörung vom 13. Februar 2018 verbundenen Aufwendungen, ist auf den klaren Wortlaut von Art. 119 Abs. 4 ZPO hinzuweisen. Dieser Artikel behält die rückwirkende Bewilligung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich als Ausnahme vor. Da im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die

Dispositionsmaxime gilt (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 19), welche besagt, dass einer Partei nicht mehr zugesprochen werden darf, als sie beantragt hat, folgt, dass wer von der ausnahmsweisen Rückwirkung der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren will, ausdrücklich oder zumindest sinngemäss darum ersuchen muss (so auch OGer Bern ZK 16 219 vom 21.07.2016, E. IV/13).

3.4. Der Beklagte bringt im Beschwerdeverfahren weder vor, dass er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bereits vor dem 19. Juli 2018 (vgl. Urk. 4/34) gestellt, noch dass er vor Vorinstanz ausnahmsweise um rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht und eine solche Rückwirkung begründet hätte. Wenn er ausführen lässt, ein Armenrechtsgesuch könne auch mündlich zu Protokoll gegeben werden (Urk. 1 S. 3), tut er nicht weiter dar, er habe dies anlässlich der Anhörung vom 13. Februar 2018 tatsächlich getan. Entsprechendes lässt sich dem vorinstanzlichen Protokoll auch nicht entnehmen (vgl. Prot. I S. 3 ff.). Soweit der Beklagte sich im Übrigen auf die Prinzipien der Waffengleichheit sowie Treu und Glauben berufen will, ist zu bemerken, dass er im vorinstanzlichen Prozess anwaltlich vertreten war und ist. Von einem Rechtsvertreter darf erwartet werden, dass er die Modalitäten und Anforderungen an die rechtzeitige Einreichung eines Armenrechtsgesuchs kennt. Entsprechend ist dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu gewähren (vgl. Urk. 4/34 S. 2) und die Beschwerde abzuweisen.

4. Schliesslich sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestimmen. Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies indessen nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470 E. 6.5.5.). In Anwendung von § 5 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen. Der Beklagte beantragt für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung (Urk. 1 S. 2). Zufolge Unterliegens ist ihm keine solche zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, den 14. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
am