

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190030-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

Beschluss und Urteil vom 20. November 2019

in Sachen

A._____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils / unentgeltliche Rechtsverbei-
ständung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Juni 2019; Proz. FP190035**

Erwägungen:

1. Übersicht und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Mai 2007 in Zürich (act. 4/5 S. 1). Der Ehe entsprangen die Zwillinge C._____ und D._____ (geb. tt.mm.2010; act. 4/5 S. 4).

1.2. Mit Eingabe vom 24. Januar 2017 (act. 4/1 und 4/2) stellten die damaligen Ehegatten (nachfolgend die Parteien bzw. Beklagte und Kläger) beim Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung) ein gemeinsames Begehren auf Scheidung ihrer Ehe unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen (Art. 112 ZGB). Anlässlich einer Einigungsverhandlung vom 10. März 2017 schlossen die Parteien eine Scheidungskonvention (act. 4/22, act. 4/Protokoll S. 11), der das Bezirksgericht mit Urteil und Verfügung vom 10. März 2017 (act. 4/23) entsprach, d.h. das Vereinbarte anordnete bzw. soweit nötig genehmigte.

1.3. Mit Eingabe (Formular) vom 15. April 2019 (act. 1) stellte der Kläger ein Begehren um Abänderung des Scheidungsurteils. In der Einigungsverhandlung vom 20. Juni 2019 schlossen die Parteien eine Vereinbarung (act. 19, Protokoll-Vi S. 4).

1.4. Die Beklagte stellte im vorinstanzlichen Abänderungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten und Bestellung eines Rechtsbeistandes) (Protokoll-Vi S. 2, 4). Mit Verfügung vom 20. Juni 2019 bewilligte das Bezirksgericht die Befreiung von den Gerichtskosten (act. 32 S. 4 Dispositiv-Ziffer 2), wies jedoch das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ab. Nach Zugang der unbegründeten Verfügung am 14. August 2019 (act. 22) verlangte die Beklagte rechtzeitig die Begründung (vgl. act. 23). Gegen die begründete Verfügung (act. 24), die der Beklagten am 6. September 2019 zuging (act. 26), führt sie mit Eingabe vom 16. September 2019 (act. 29) rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen:

" 1. Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 29. Juni 2019 sei aufzuheben, und der Beschwerdeführerin

sei für das erstinstanzliche Verfahren in der Person von lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Eventualiter: Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 20. Juni 2019 sei aufzuheben und das Verfahren zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Der Beschwerdeführerin sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person von lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen."

1.5. Das Verfahren ist spruchreif, es sind keine Weiterungen (Art. 322 ZPO) nötig.

2. Rückwirkende Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

2.1. Das Bezirksgericht erwog, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand sei "nach ... gefestigter und langjähriger Praxis im Kanton Zürich erst ab dem Zeitpunkt zu bestellen, in welchem ein entsprechendes Gesuch gestellt worden ist" (act. 32 Erw. 4 Abs. 1 S. 2). Zudem sei die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO nur ausnahmsweise rückwirkend zu bewilligen. Deshalb wäre der Beklagten frühestens ab dem Ende der Einigungsverhandlung vom 20. Juni 2019 ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, doch seien ab diesem Zeitpunkt keine "nennenswerten" Umtriebe entstanden (act. 29 Erw. 5 S. 4). Dass die Beklagte ihr Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zudem erst am Ende der Einigungsverhandlung vom 20. Juni 2019 stellte, blieb unbestritten (act. 32 Erw. 4 Abs. 2 S. 4, act. 29 Ziff. II.5.c S. 4).

2.2. Sofern die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegeben sind, hat der Staat ab Einreichung des Gesuchs die Kosten zu übernehmen. Die unentgeltliche Verbeiständung entfaltet dabei bereits Wirkung auf die Bemühungen des Anwalts für die gleichzeitig mit dem Gesuch um

unentgeltliche Verbeiständung eingereichte Rechtsschrift und die dafür nötigen Vorarbeiten, das heisst auf die anwaltschaftlichen Leistungen, die im Hinblick auf den Verfahrensschritt erbracht worden sind, bei dessen Anlass das Gesuch gestellt wird (zum Ganzen BGer 5A_181/2012 Erw. 2.3.3, noch in Anwendung kantonalen Prozessrechts und Art. 29 BV). In BGE 120 Ia 14 Erw. 3.f S. 17 erwog das Bundesgericht zudem, die unentgeltliche Verbeiständung umfasse auch Bemühungen im Zusammenhang mit einer Forderungsklage, die zusammen mit dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege eingereicht wurde. Es handle sich dabei nach allgemeinem Verständnis "nicht eigentlich um eine Frage der Rückwirkung" und es sei (bereits aufgrund der [damaligen] Bundesverfassung) gerechtfertigt, die Wirkungen der unentgeltlichen Verbeiständung auf das Verfassen der Klageschrift und die dafür nötigen Vorarbeiten auszudehnen (ebd.; vgl. auch Wuffli/Fuhrer, Handbuch der unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich / St. Gallen 2019, N 720, mit Verweis auf BGer 5A_301/2018 Erw. 3.1 und 3.4 und BGer 4A_541/2012 Erw. 8). Ist es die *beklagte* Partei, die um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege – wenn sie zu bewilligen ist – in zeitlicher Hinsicht also auch das Verfassen einer Klageantwort oder, wenn (wie hier) ohne Weiteres zu einer Verhandlung vorgeladen wird, die Vorbereitung derselben.

2.3. Aus der von der Beklagten eingereichten Kostennote vom 6. September 2019 (act. 31/3 und dazu act. 29 Ziff. II.5.a S. 3 f.) ergibt sich, dass alle Aufwendungen ihres Anwalts bis zur Stellung des Gesuchs um unentgeltlichen Rechtsbeistand in der Einigungsverhandlung vom 20. Juni 2019 dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Vorbereitung der Einigungsverhandlung dienten. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege – auch der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands – ist deshalb nicht nach den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 119 Abs. 4 ZPO, sondern allein nach Art. 117 f. ZPO zu beurteilen.

2.4. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte ihr Gesuch nicht bereits mit der Eingabe betreffend Vollmacht oder betreffend Unterlagen (act. 7, 12) stellte, sondern erst anlässlich der Einigungsverhandlung. Rücksicht zu nehmen ist da-

rauf, was wirtschaftlich sinnvoll ist (vgl. BGE 120 Ia 14 Erw. 3.f am Ende S. 18). Gerade in Verfahren um Abänderung eines Scheidungsurteils sind die Fragen zur Aussichtslosigkeit (Art. 117 lit. b ZPO) grundsätzlich die gleichen wie die zur Hauptsache. Und ebenso stellen sich die Fragen zur Mittellosigkeit (Art. 117 lit. a ZPO) gleichermassen wie die zur Einkommens- und Bedarfsberechnung, die für den Unterhalt relevant ist. Wirtschaftlich effizient ist aber nur, wenn die Arbeiten für das Gesuch und für den ersten wesentlichen Verfahrensschritt gemeinsam erfolgen können; es genügt hier also, dass das Gesuch anlässlich der Einigungsverhandlung gestellt wurde. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass es erst *am Ende* der Einigungsverhandlung gestellt wurde, denn jeder Verhandlungsschritt ist eine Einheit. Dies gilt jedenfalls solange, als dafür vertretbare Gründe vorgebracht und glaubhaft sind [act. 29 S. 4 Ziff. II.5.c], es sich also nicht um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten handelt. Ein effizientes Vorgehen dient zudem auch dem Gericht, das sich nicht zusätzlich mit einem vorab gestellten Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege befassen muss und entsprechende zusätzliche Aufwände zu entschädigen hätte.

3. Voraussetzungen der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

3.1. Der Entscheid des Bezirksgerichts ist nur aufzuheben, wenn er auch aufgrund der anwendbaren Art. 117 f. ZPO unrichtig ist.

3.2. Das Bezirksgericht ging von der Mittellosigkeit (Art. 117 lit. a ZPO) der Beklagten aus (act. 23 Erw. 2 S. 2). Das ist nicht beanstandet und es ergibt sich auch aus den Akten.

3.3. Das Bezirksgericht erwog allerdings weiter, es sei fraglich, ob das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands hätte gutgeheissen werden können. Denn die Gegenseite sei nicht anwaltlich vertreten und das Prozessthemata nicht "besonders komplex" gewesen; die Einkommens- und Bedarfsverhältnisse hätten sich relativ übersichtlich gestaltet und die Parteien seien aufgrund des zwei Jahre zuvor geführten Scheidungsverfahrens mit der Materie bereits vertraut gewesen. Die Beklagte sei auch nicht als unbeholfen zu bezeichnen (zum Ganzen act. 23 Erw. 6 Ziff. 4).

3.4. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). In der Scheidungsvereinbarung vom 10. März 2017 (act. 4/22) vereinbarten die Parteien, dass der Kläger (mangels Leistungsfähigkeit) keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zu leisten habe (S. 3 Ziff. 5). Sein Begehren um Abänderung betraf deshalb nur Kinderunterhaltsbeiträge (vgl. auch die "Abänderungsvereinbarung" vom 20. Juni 2019 [act. 19]). Für solche gelten der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz (Art. 296 ZPO), weshalb das Gericht den Parteien einen gewissen Teil ihrer prozessualen Lasten abnimmt. Sie sind deshalb nicht ohne Weiteres auf einen Rechtsanwalt angewiesen. Die Parteien sind denn soweit ersichtlich Angestellte, sodass die Einkommensverhältnisse relativ einfach zu ermitteln sind. Weiter ist die Beklagte soweit ersichtlich nicht unbeholfen, wie das Bezirksgericht zu Recht erwog.

3.5. Die Beklagte beanstandet, es sei nicht sicher gewesen, ob die Gegenseite kurzfristig noch einen Anwalt beiziehe (act. 29 Ziff. II.6 S. 4). Zudem seien auch Verfahren um Abänderung einer Scheidung "keineswegs banal", insbesondere bei Fällen mit geteilter Obhut, bei denen keine anerkannte Praxis bestehe (ebd.). Die Parteien waren anlässlich ihrer Scheidungs-Anhörung beide anwaltlich vertreten (act. 4/Protokoll S. 4), weshalb die Beklagte nicht zu Unrecht annehmen durfte, der Kläger würde erneut einen Anwalt beiziehen. Dann spräche bereits der Grundsatz der Waffengleichheit dafür, dass der Beklagten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist (vgl. nur den Wortlaut von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Berechtigt ist sodann der Hinweis, dass es in Fällen der geteilten (oder "alternierenden") Obhut keine gefestigte Praxis gibt, auf die eine Partei im Voraus abstellen kann, weshalb anwaltliche Überprüfung auch eines Vergleichs (-vorschlags) angebracht erscheint, auch wenn dieser unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Gericht steht (Art. 134 Abs. 2 i.V.m. Art. 287 Abs. 3 ZGB). Dazu kommen hier die finanziellen Verhältnisse. Diese sind nicht so knapp, dass klarerweise kein Unterhalt geleistet werden kann, aber beide Parteien befinden sich mehr oder weniger nahe am Existenzminimum. In einer solchen Situation hat der vom geschiedenen Ehegatten geleistete Kinderunterhaltsbeitrag für den an-

dern (und für die Kinder) ganz erhebliche Bedeutung. Das alles rechtfertigt gerade noch den Beizug eines Rechtsvertreters.

4. Ergebnis

Zusammengefasst hat das Bezirksgericht zu Unrecht das Gesuch der Beklagten nach Art. 119 Abs. 4 ZPO (rückwirkende Bewilligung) beurteilt; es hat zudem zu Unrecht "der Vollständigkeit halber" erwogen, das Gesuch wäre ohnehin, insbesondere mangels Notwendigkeit, abzuweisen. Ziffer 3 der Verfügung vom 20. Juni 2019 ist deshalb aufzuheben und entsprechend neu zu fassen. Der Beklagten ist für das (gesamte) vorinstanzliche Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Beklagte ist aber auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen, die im Übrigen auch für die Gerichtskosten (act. 32 Dispositiv-Ziffern 1 und 2) gilt.

5. Festsetzung der Entschädigung

Die Beklagte stellt keinen Antrag, in welcher Höhe der unentgeltliche Rechtsbeistand zu entschädigen ist, und dieser stellt einen solchen auch nicht selbst (vgl. § 23 Abs. 2 AnwGebV). Er reicht zwar eine Kostennote ins Recht, doch ergibt sich auch daraus nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) nicht ein solcher Antrag. Vielmehr wird dieser ausdrücklich (nur) ins Recht gelegt, um aufzuzeigen, dass die anwaltlichen Aufwendungen der Vorbereitung des Gesuchs und der Einigungsverhandlung dienen (act. 29 Ziff. II.5.a S. 3 f.). Ohnehin ist das Bezirksgericht besser in der Lage, zu beurteilen, ob und in welchem Umfang der unentgeltliche Rechtsbeistand (aus der Bezirksgerichtskasse) zu entschädigen sein wird. Es erscheinen aber weder der getätigte Zeitaufwand noch die aufgeführten Spesen aussergewöhnlich.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Kosten

Umständehalber sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Kosten zu erheben.

6.2. Pflicht zur Leistung einer Parteientschädigung

6.2.1. Das Bundesgericht geht davon aus, der Staat schulde demjenigen (bzw. seinem Anwalt, nachfolgend 6.5), der mit einem Rechtsmittel gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege durchdringt, eine Parteientschädigung (BGE 140 III 501, und zwar nicht eine reduzierte nach den Ansätzen für die unentgeltliche Verbeiständung, sondern eine volle, was aber für den Kanton Zürich das gleiche ist [§ 23 Abs. 1 AnwGebV]).

6.2.2. Die I. Zivilkammer des Obergerichts erwog jedoch, dieser (grundsätzlich bereits in BGE 138 III 471 Erw. 7 S. 483 geäußerten) Ansicht "einstweilen nicht zu folgen" (OGer PC130059 Erw. 6 am Ende). Die hier erkennende II. Zivilkammer erwog in einem grundlegenden Entscheid (OGer PQ140037 Erw. 3.1), der Staat schulde nur eine Parteientschädigung, wenn der angefochtene erstinstanzliche Entscheid offensichtlich unbegründet war, wie es § 17 Abs. 2 VRG vorsieht (teilweise ist auch von "qualifizierter Unrichtigkeit" die Rede); sie hielt daran auch angesichts der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (diese bestätigt in BGE 142 III 110) fest (OGer PS180130 Erw. VI, OGer LF180091 Erw. VII.3). In einem anderen Entscheid (PQ150070 Erw. 3) erwog die Kammer aber wiederum, es genüge, wenn *entweder* ein qualifizierter unrichtiger Entscheid vorliege *oder* wenn die Vorinstanz (oder das sie tragende Gemeinwesen, hier der Kanton Zürich) "materiell" Gegenpartei sei (vgl. zur Differenzierung einer "Partei" gemäss Art. 66 ff. ZPO einerseits und gemäss Art. 106 ZPO andererseits BGE 140 III 501 Erw. 4.1 S. 508 f. und Zogg, Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange, FamPra.ch 2019, S. 33); und dass in einem Rechtsmittelverfahren über die vorinstanzliche unentgeltliche Rechtspflege der Staat "materiell" Gegenpartei sei.

Bei einem Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich der Sache nach um eine verwaltungsrechtliche Angelegenheit (nämlich die Erbringung staatlicher Leistungen) und ist der Staat Adressat des Gesuchs und damit bereits im erstinstanzlichen Verfahren beteiligt, weshalb er in einem Rechtsmittelverfahren zur Partei wird. Deshalb ist der Staat in Rechtsmittelverfahren

über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichtet.

6.3. Bemessung der Parteientschädigung

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, und der Streitwert ist anhand der geforderten Entschädigung zu bemessen (vgl. BGer 5D_4/2011 Erw. 1.1). Er ist auf Fr. 2'240.– festzusetzen (560 Min. x Fr. 220.–/h + Fr. 187.– [act. 31/3]). In Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV und § 9 AnwGebV (und Art. 119 Abs. 3 Satz 1 ZPO) ist die Parteientschädigung auf Fr. 350.– festzusetzen. Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt (vgl. act. 29 S. 2 und S. 3) und ist daher auch nicht zu ersetzen.

7. Unentgeltliche Rechtspflege (Beschwerdeverfahren)

7.1. Die Beklagte stellt für das zweitinstanzliche Verfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 29 S. 2 Rechtsmittelantrag 2). Da keine Kosten zu erheben sind, ist das Gesuch betreffend die Befreiung von Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) gegenstandslos.

7.2. Die Mittellosigkeit der Beklagten wurde vom Bezirksgericht angenommen, ist nicht beanstandet und aktenkundig. Die Beschwerde war wie gezeigt nicht aussichtslos, sondern vielmehr berechtigt. Es ist zudem in der Regel nicht zumutbar, ein Rechtsmittelverfahren ohne anwaltlichen Beistand zu führen. Die anwaltliche Vertretung war damit auch notwendig. Es ist der Beklagten in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Da die Beklagte obsiegt, steht ihr eine Parteientschädigung zu, die in analoger Anwendung von Art. 122 Abs. 2 ZPO dem Anwalt zuzusprechen ist (vorn 6.5).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird in Bezug auf das Gesuch um Befreiung von den Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2. Der Beklagten wird für das zweitinstanzliche Verfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Rechtsmittelbelehrung und Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

4. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 20. Juni 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Der Beklagten wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Er wird aus der Gerichtskasse angemessen entschädigt. Die Nachzahlungspflicht (Art. 123 ZPO) bleibt vorbehalten."
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
6. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von Fr. 350.– ausbezahlt. Eine Nachzahlungspflicht (Art. 123 ZPO) oder ein Anspruch nach Art. 122 Abs. 2 Satz 2 ZPO besteht nicht.
7. Schriftliche Mitteilung an Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, im Doppel für sich und die Beklagte, an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung (FP190035), je gegen Empfangsschein, und an die Kasse des Obergerichts.

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

8. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'240.—.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: