

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC240011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos und Oberrichter lic. iur. K. Vogel sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss vom 5. September 2024

in Sachen

A._____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Affoltern,

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege, Kostenfolgen)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Affoltern vom 18. April 2024 (FE160099-A)**

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2016 machte der Kläger und Beschwerdegegner 1 (fortan Kläger) beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz und Beschwerdegegner 2) das vorliegende Scheidungsverfahren anhängig (Urk. 1). Mit Verfügung vom 9. Oktober 2017 wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und je eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt, der Beklagten und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) Rechtsanwältin Dr. Z. _____ (Urk. 69). Mit Verfügung vom 31. Mai 2019 wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit sofortiger Wirkung entzogen (Urk. 212). Mit Eingabe vom 1. Februar 2022 ersuchte die Beklagte die Vorinstanz um Abänderung des Massnahmeentscheids der hiesigen Kammer vom 3. November 2021 (Geschäfts-Nr.: LY210009-O) sowie um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags von mindestens Fr. 5'000.–, eventualiter Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt Dr. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand (Urk. 306 S. 2 und S. 9). Mit Verfügung vom 11. Juli 2022 entschied die Vorinstanz über die beantragten vorsorglichen Massnahmen. In derselben Verfügung hielt sie fest, dass über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zusammen mit der Hauptsache zu entscheiden sei, was auch für den beklagten Antrag betreffend Prozesskostenvorschuss respektive unentgeltliche Rechtspflege gelte (Urk. 338 S. 11 f.). Der übrige Prozessverlauf kann den Erwägungen des angefochtenen Entscheids entnommen werden (Urk. 392 S. 9–25). Am 18. April 2024 erliess die Vorinstanz den Endentscheid, wobei sie betreffend die Kostenfolgen erkannte (Urk. 392 S. 87):

"18. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 26'000.– festgesetzt. Die Kosten für Sprachdienstleistungen betragen Fr. 3'461.25.

19. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt."

1.2. Mit Eingabe vom 23. Mai 2024 erhob die Beklagte Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 391 S. 2 f.):

"1. In Gutheissung der Beschwerde sei das Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 14. April 2024 mit der folgenden Verfügung zu ergänzen:

'Der Beklagten wird mit Wirkung ab dem 6. Januar 2022 erneut die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.'

2. Ferner sei in Gutheissung der Beschwerde Dispositiv-Ziff. 19 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 14. April 2024 wie folgt zu ergänzen:

'19. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Umfang von CHF 9'820.- einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.'

3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zum Entscheid über den mit Eingabe vom 1. Februar 2022 beantragten Prozesskostenbeitrag bzw. die beantragte unentgeltliche Rechtspflege zurückzuweisen.
4. Die Kosten des Verfahrens seien der Vorinstanz aufzuerlegen, und diese sei zu einer angemessenen Prozessentschädigung zu verpflichten."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–390). Mit Verfügung vom 4. Juni 2024 wurde dem Kläger Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz eingeladen, eine Vernehmlassung zur Beschwerde zu erstatten (Urk. 395). Die Vernehmlassung der Vorinstanz, in welcher diese die Gutheissung der Beschwerdeanträge 1 und 2 beantragt, datiert vom 26. Juni 2024 (Urk. 396). Die Beschwerdeantwortschrift des Klägers, mit welcher er ein Nichteintreten, eventualiter die Abweisung von Beschwerdeantrag Nr. 3 beantragt, datiert vom 4. Juli 2024 (Urk. 397). Mit Verfügung vom 5. Juli 2024 wurden die Stellungnahme der Vorinstanz sowie die Beschwerdeantwort des Klägers der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 398). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Zudem kann mit der Beschwerde Rechtsverzögerung geltend gemacht werden (vgl. Art. 319 lit. c ZPO). Darunter ist die Rechtsverweigerung in formeller Hinsicht zu verstehen, d.h. dass ein (anfechtbarer) Entscheid vom dazu be-

rufenen Gericht nicht gefällt wird, obwohl er gefällt werden könnte (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 320 N 7 und Art. 319 N 17).

2.2. Die Beklagte rügt mit ihrer Beschwerde, dass die Vorinstanz trotz ihrer Ankündigung in der Verfügung vom 11. Juli 2022 nicht über ihr Gesuch vom 1. Februar 2022 entschieden habe (Urk. 391 Rz. 9 f.). Sie sei mittellos und nicht in der Lage, den Ehescheidungsprozess zu finanzieren, weshalb ihr die Armenrechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Dr. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben sei (Urk. 391 Rz. 16). Was den Zeitpunkt anbelange, sei zu beachten, dass ihr für den Zeitraum zwischen dem 8. Oktober 2016 (Eingang Scheidungsbegehren) bis und mit 31. Mai 2019 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei. Die damalige unentgeltliche Rechtsbeiständin sei durch die Gerichtskasse vollumfänglich entschädigt worden. Mit Eingabe vom 1. Februar 2022 habe sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung erneut gestellt, und zwar für das neue vorsorgliche Massnahmebegehren sowie für das weitere Scheidungsverfahren. Dieses sei konkret aufgrund eines am 6. Januar 2022 geführten Telefongesprächs mit dem Gegenanwalt eingeleitet worden. Damit aber seien die Aufwendungen ihres Rechtsvertreters ab dem 6. Januar 2022 im Rahmen der zu gewährenden unentgeltlichen Rechtsverteidigung zu erstatten. Es handle sich (bei einem üblichen Ansatz von Fr. 220.– pro Stunde) um einen Betrag von Fr. 6'760.22. Die Vorinstanz habe die Gerichtskosten in den Ziffern 18 und 19 des Scheidungsurteils auf Fr. 26'000.– (zuz. Kosten für Sprachdienstleistungen von Fr. 3'461.25) festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werde daher voraussichtlich eine Rechnung der Gerichtskasse über einen Betrag von Fr. 14'730.– erhalten. Aufgrund des Umstandes, dass sie zwischen dem 8. Oktober 2016 und dem 31. Mai 2019 und erneut ab dem 6. Januar 2022 in den Genuss der Armenrechtspflege komme, dürften ihr diese Gerichtskosten nicht in vollem Umfang, sondern lediglich anteilmässig auferlegt werden. Ausgehend von einer Prozessdauer von insgesamt 7,5 Jahren und einem Zeitraum von 2,5 Jahren, in welchem ohne Armenrechtspflege habe prozessiert werden müssen, wären 2/3 der Gerichtskosten im Rahmen der Armenrechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die genaue Kostenverteilung sei indessen im Zweifelsfall durch die Vorinstanz vorzunehmen. In diesem Fall wäre die Sache, wie im Eventualbe-

gehen beantragt, an die Vorinstanz zum Entscheid zurückzuweisen (Urk. 391 Rz. 17–19).

2.3. Der Kläger beantragt, es sei mangels ausreichender Begründung auf den Eventualantrag (Beschwerdeantrag Nr. 3) nicht einzutreten (Urk. 397 Rz. 4). Zudem habe die Beklagte einen Prozesskostenbeitrag verlangt. Falls ein Prozesskostenbeitrag als vorsorgliche Massnahme beantragt werde, sei dieser gemäss Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich als Prozesskostenvorschuss zu behandeln. Ein Prozesskostenvorschuss könne nur im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen beantragt werden, welche wiederum nur angeordnet werden könnten, solange das Hauptverfahren hängig sei. Da das Hauptverfahren rechtskräftig abgeschlossen sei, könnten keine vorsorglichen Massnahmen mehr angeordnet werden. Auf den Eventualantrag sei auch aus diesen Grund nicht einzutreten (Urk. 397 Rz. 5–7). Die Vorinstanz hätte im Endentscheid mangels Möglichkeit der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen keinen Prozesskostenvorschuss mehr zusprechen können. Entsprechend hätte die Beklagte bereits den Entscheid, welcher einen Entscheid über das VSM-Begehren im Endentscheid in Aussicht gestellt habe, anfechten müssen (Urk. 397 Rz. 8). Sofern der Eventualantrag als Antrag auf Zusprechung eines definitiven Prozesskostenbeitrags qualifiziert werde, beschlage dies die Kostenregelung des Endentscheids und wäre mit Berufung anzufechten. Auf den Eventualantrag wäre daher auch unter diesem Gesichtspunkt nicht einzutreten (Urk. 397 Rz. 10).

Das Gesuch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei ferner auch materiell offensichtlich nicht begründet gewesen. So habe die Beklagte mit ihrer Eingabe vom 1. Februar 2022 rückwirkend ab 1. September 2021 deutlich höhere Unterhaltsbeiträge von ihm verlangt. Mit der beantragten Abänderung sei beiden Parteien ein gleich grosser Überschuss verblieben. Insofern die Beklagte prozessarm gewesen sei, sei er es auch gewesen (Urk. 397 Rz. 9). Zudem sei anzumerken, dass die Parteien in der Vereinbarung vom 7. Juni 2018 gegenseitig auf Parteientzündungen verzichtet hätten. Da die Kostenregelung der von den Parteien getroffenen Vereinbarung entspreche, wäre der Antrag auf Zusprechung eines definitiven Prozesskostenbeitrags ohnehin abzuweisen (Urk. 397 Rz. 11).

Der Beklagten sei in den Hauptanträgen aber insoweit zuzustimmen, als die teilweise Auflage der Prozesskosten auf die Staatskasse beantragt werde. Beiden Parteien sei bis zum 31. Mai 2019, und damit für einen erheblichen Teil des Verfahrens, die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden. Die Beklagte beantrage die Reduktion der Gerichtskosten zwar nur für sich, die teilweise Auflage der Gerichtskosten auf die Gerichtskasse betreffe jedoch beide Parteien gleichermassen, da beiden für den gleichen Zeitraum die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei (Urk. 397 Rz. 12).

2.4. Mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe nicht über ihr Gesuch betreffend Prozesskostenbeitrag bzw. unentgeltliche Rechtspflege vom 1. Februar 2022 entschieden, macht die Beklagte eine Rechtsverweigerung geltend. Diese Rüge ist berechtigt. So unterliess es die Vorinstanz entgegen ihrer Ankündigung in der Verfügung vom 11. Juli 2022 (Urk. 338 S. 11), über das Gesuch der Beklagten vom 1. Februar 2022 betreffend Prozesskostenbeitrag bzw. unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 306) im Endentscheid vom 18. April 2024 (Urk. 392) zu befinden, was die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 26. Juni 2024 auch anerkennt. Es handelt sich dabei um ein Versehen (Urk. 396). Mit Blick auf Art. 119 ZPO ist die Rechtsmittelinstanz nicht befugt, anstelle der ersten Instanz über das bei dieser gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden. Dasselbe muss auch für den aufgrund des Subsidiaritätsprinzips vorgängig zu prüfenden Antrag um Zuspprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags gelten.

Zutreffend ist zwar, dass mit dem Endentscheid vom 18. April 2024 kein Prozesskostenvorschuss im Sinne einer vorsorglichen Massnahmen mehr hätte angeordnet werden können, indessen kann ein entsprechendes Gesuch als Antrag um Zuspprechung eines (definitiven) Prozesskostenbeitrags im Endentscheid entgegengenommen werden. Aufgrund der Ankündigung der Vorinstanz, dass über den Antrag der Beklagten um Prozesskostenvorschuss resp. unentgeltliche Rechtspflege im Endentscheid befunden werde (Urk. 338 S. 11), durfte diese somit davon ausgehen, dass die Vorinstanz ihren Antrag als Gesuch um Leistung eines (definitiven) Prozesskostenbeitrags im Endentscheid behandeln würde. Folglich war die Be-

klagte entgegen der Auffassung des Klägers nicht gehalten, gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 11. Juli 2022 (Urk. 338) vorzugehen.

Ebenfalls kann dem Kläger nicht gefolgt werden, wenn er geltend macht, die Beklagte hätte betreffend den Antrag um Prozesskostenbeitrag Berufung erheben müssen. Wie gezeigt, entschied die Vorinstanz überhaupt nicht über ihren Antrag, sodass die Beschwerde (Art. 319 lit. c ZPO) das korrekte Rechtsmittel ist. Im Übrigen beantragte die Beklagte in ihrer Eingabe vom 1. Februar 2022 einen Prozesskostenbeitrag von mindestens Fr. 5'000.– (Urk. 306 S. 9), sodass der Mindeststreitwert der Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nicht erreicht wäre.

Nach dem Gesagten ist die Sache deshalb zum nachträglichem Entscheid betreffend Prozesskostenbeitrag, eventualiter unentgeltliche Rechtspflege an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz auch zu prüfen haben, ob der am 7. Juni 2018 geschlossene Verzicht der Parteien auf gegenseitige Parteient-schädigung (Urk. 120) einen Einfluss auf diese Anträge hat.

2.5. Wie die Beklagte zu Recht vorbringt, wurde ihr von der Vorinstanz für die Zeit vom 31. Oktober 2016 bis zum 31. Mai 2019 die unentgeltliche Rechtspflege ge-währt (Urk. 69; Urk. 132; Urk. 212). Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO hält fest, dass die Gerichtskosten zulasten des Kantons gehen, wenn die unentgeltlich prozessfüh-rende Partei unterliegt. Da die Beklagte zur Hälfte unterliegt (Urk. 392 S. 98 Dispo-sitivziffer 19), wäre somit ein Teil der von ihr zu tragenden Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen. Entsprechend müsste Dispositivziffer 19 des vorinstanzli-chen Urteils in Bezug auf die Beklage – nicht aber auch in Bezug auf den Kläger, da er selbst eine Kostenbeschwerde gegen Dispositivziffer 19 hätte erheben müs-sen – ergänzt werden. Auch diesbezüglich ist die Beschwerde somit begründet. Da der von der Vorinstanz neu zu fällende Entscheid über den Antrag der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab dem 6. Januar 2022 allenfalls auch Auswirkungen auf Dispositivziffer 19 des Urteils haben wird, ist der Vorinstanz der Entscheid über den konkreten Betrag, der auf die Gerichtskasse zu nehmen ist, zu überlassen. Entsprechend ist das Verfahren auch diesbezüglich an die Vor-instanz zurückzuweisen.

3.1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens zu befinden. In Anwendung von § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 900.– festzusetzen. Nachdem der Kläger beantragte, es sei auf den Eventualantrag (betreffend Prozesskostenbeitrag) nicht einzutreten, eventualiter sei dieser abzuweisen, gilt er als unterliegend, weshalb ihm gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren aufzuerlegen sind. Zudem ist er zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beklagte zu verpflichten. In Anwendung vom § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 lit. b sowie § 13 Abs. 1 AnwGebV ist die Entschädigung auf Fr. 864.80 (inkl. Fr. 64.80 MwSt.) festzusetzen.

3.2. Da der Beklagten somit keine Kosten auferlegt werden und ihr eine volle Parteientschädigung zugesprochen wird, ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (inkl. Rechtsverteidigung; Urk. 390 S. 3) für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird zum nachträglichen Entscheid über das Gesuch der Beklagten vom 1. Februar 2022 um Leistung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (inkl. Rechtsverteidigung) sowie zur Ergänzung von Dispositivziffer 19 des Urteils vom 18. April 2024 im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt Dr. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 900.– festgelegt.
4. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 864.80 zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 5. September 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Paszehr

versandt am:

jo