

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB120043-O/U.doc

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 7. November 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung, vom 7. August 2012 (CG110136)**

Erwägungen:

1. Am 24. Oktober 2011 ging bei der Vorinstanz die Klage der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) betreffend Unterhaltsforderung für ihre Tochter und sie persönlich über den Betrag von Fr. 195'600.– zuzüglich Zins ein. Gleichzeitig ersuchte die Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 in Verbindung mit Art. 118 Abs. 1 lit. a-c ZPO (Urk. 1, Urk. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 7. August 2012 trat die Vorinstanz auf die Klage im Umfang von Fr. 175'900.– (Unterhalt Tochter) nicht ein und wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege insoweit ab, als es sich auf die Ansprüche für "Unterhalt" der Tochter bezieht (Urk. 41 S. 10 Dispositiv Ziffern 1 und 2 des Erstbeschlusses). Sodann wurde der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, soweit sich ihre Klage auf den für sie persönlich zu leistenden Betrag (Fr. 19'900.–) bezieht (Urk. 41 S. 11, Dispositiv Ziffer 1 des Zweitbeschlusses).

1.2 Mit Eingabe vom 14. September 2012 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 17. September 2012) erhob die Klägerin Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 40 S. 2):

- "1. Der Beschluss der Vorinstanz sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren fortzusetzen;
2. Der Beschluss der Vorinstanz über die teilweise Bewilligung des Gesuchs der Klägerin um unentgeltliche Prozessführung sei für die gesamte Klageforderung zu bewilligen und es sei der Klägerin für die gesamte Klageforderung in der Person von Rechtsanwalt Dr. X._____, ... [Anwaltskanzlei], ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsbeklagten."

2. Mit ihrem Antrag 2 stellt sich die Klägerin gegen den abweisenden Entscheid ihres Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bezug auf den Betrag von Fr. 175'900.– (Dispositiv Ziffer 2 des Erstbeschlusses der Vorinstanz vom 7. August 2012). Da gegen einen abweisenden Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege ausschliesslich das Rechtsmittel der Beschwerde

möglich ist (Art. 121 ZPO), wurden vorliegend zwei Verfahren angelegt: einerseits ein Berufungsverfahren (LB120079) betreffend den Nichteintretensentscheid im Umfang von Fr. 175'900.– (Dispositivziffer 1 des Erstbeschlusses der Vorinstanz vom 7. August 2012), andererseits das vorliegende Beschwerdeverfahren betreffend die teilweise Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Dispositivziffer 2 des Erstbeschlusses der Vorinstanz vom 7. August 2012). Entsprechend ist vorliegend der berufungsweise gestellte Antrag 2 als Beschwerde entgegen zu nehmen unter dem Vorbehalt, dass lediglich die in Art. 320 ZPO genannten Beschwerdegründe beachtet werden können.

3.1 Die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz lautet wie folgt (Urk. 41 S. 10 Dispositiv Ziffer 7):

"Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Wird nur die Abweisung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege (Ziffer 2) oder die Regelung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung in diesem Entscheid angefochten, kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, Beschwerde erhoben werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

3.2.1 Die Rechtsmittelbelehrung in Absatz 2 ist nicht korrekt. Zwar kann der Kostenentscheid zusammen mit der Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid in der Hauptsache angefochten werden, und ist selbstständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO, Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/Genf 2010, N 12 zu Art. 319 ZPO; Jenny in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 2 zu Art. 110 ZPO). Dies trifft jedoch nicht für einen abweisenden Entscheid über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu. Ein solcher Entscheid ist – unabhängig davon, ob auch der Entscheid in der Hauptsache angefochten wird –

nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 121 ZPO). Damit hätte in Bezug auf Dispositiv Ziffer 2 als Rechtsmittel die Beschwerde belehrt werden müssen.

3.2.2 Sodann wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im summarischen Verfahren behandelt (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO beträgt die Beschwerdefrist im summarischen Verfahren 10 Tage, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Dementsprechend betrug vorliegend die Frist zum Erheben der Beschwerde nicht 30 Tage, sondern 10 Tage.

3.2.3 Schliesslich wurde der hier in Bezug auf die Anfechtung von Dispositiv Ziffer 2 anzuwendende Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO nicht angezeigt (Art. 145 Abs. 3 ZPO). Allerdings bewirkt der fehlende Hinweis, dass die betreffende Frist ausnahmsweise vom Fristenstillstand erfasst wird (A. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 4 zu Art. 145 ZPO). Selbst unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes lief die Frist am 27. August 2012 ab. Die Beschwerde wurde indes erst am 14. September 2012 eingereicht, weshalb sie verspätet ist.

3.3.1 Fraglich ist, ob die Partei die Folgen aus der hier erfolgten falschen Rechtsmittelbelehrung zu tragen hat. Die Rechtsprechung zu Art. 49 BGG und Art. 5 Abs. 3 BV lautet dahingehend, dass der Vertrauensschutz, wonach einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen darf, nur derjenige beanspruchen darf, der sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Insbesondere gilt kein Vertrauensschutz, wenn der Mangel der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtssuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter schon durch Konsultieren der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre. Sodann ist eine anwaltlich vertretene Partei einer rechtsunkundigen oder auch nicht rechtskundig vertretenen Partei nicht gleichzustellen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1 mit Verweis auf BGE 134 I 199 E. 1.3.1, BGE 129 II 125 E. 3.3, mit je weiteren Hinweisen; D. Staehelin in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 27 zu Art. 238 ZPO).

3.3.2 Vorliegend geht aus den massgeblichen Bestimmungen im Gesetz (Art. 319 lit. b Ziffer 1 ZPO in Verbindung mit Art. 121 ZPO) hervor, dass ein abweisender Entscheid eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur mit Beschwerde anfechtbar ist. Ebenso kann dem Gesetz entnommen werden, dass die Beschwerdefrist in summarischen Verfahren lediglich 10 Tage beträgt (Art. 321 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 119 Abs. 3 ZPO). Damit aber hätte die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung für die hier anwaltlich vertretene Klägerin ohne Weiteres – insbesondere ohne dass in Literatur oder Rechtsprechung hätte nachgeschlagen werden müssen – erkannt werden können. Entsprechend greift der Vertrauensschutz vorliegend nicht.

3.4 Damit ist die Beschwerde als verspätet zu betrachten, weshalb nicht darauf einzutreten ist.

4.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung folgt aus Art. 119 Abs. 6 ZPO, dass die Kostenlosigkeit des Verfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege einzig das Gesuchsverfahren vor der ersten oder zweiten Instanz betrifft. Das Beschwerdeverfahren gegen einen abweisenden kantonalen Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege ist daher grundsätzlich kostenpflichtig (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Zwar unterliegt die Klägerin mit ihrem Antrag infolge Nichteintretens vollständig und würde an sich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da einer Partei aber wegen einer falschen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen soll (unter Verweis auf die vorangehend zitierte Rechtsprechung, explizit auch BGer. 5A.139/2008), sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zwar wäre die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung allein schon durch Konsultieren des Gesetzestextes ersichtlich gewesen, indes wurde das Rechtsmittelverfahren ohne Zweifel durch die Vorinstanz veranlasst. Entsprechend sind vorliegend keine Kosten zu erheben.

4.2 Dem Beschwerdegegner und Beklagten (fortan Beklagter) ist mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von Urk. 40, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 175'900.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc