

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE120009-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 2. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege, Edition)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 18. Dezember 2012
(EE120262)**

Erwägungen:

I.

1. Am 25. Juli 2012 liess die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) ein Gesuch um Eheschutzmassnahmen mit den folgenden Anträgen stellen:

1. Der Gesuchstellerin sei das Getrenntleben zu bewilligen;
2. Das Kind C._____, geb. tt.mm.2012, sei unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen;
3. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Oktober 2011 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens für sich persönlich und die beiden Kinder D.____ und C._____ monatliche im Voraus jeweils auf den 1. eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 1'000.- zu bezahlen;
Eventualiter sei für Sohn C._____ ein separater Unterhaltsbeitrag festzulegen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu lasten des Gesuchsgegners.

Zudem beantragte die Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss, eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege sowie die Edition diverser Unterlagen wie Lohnausweise, Steuererklärungen etc. Am 25. Oktober 2012 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien eine Vereinbarung geschlossen haben, die in der Folge vom Gesuchsgegner widerrufen wurde. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2012 verlangte der inzwischen anwaltlich vertretene Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) ebenfalls einen Prozesskostenvorschuss, eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 7/19 S. 7). Am 18. Dezember 2012 erliess die Erstinstanz die folgende Verfügung (Urk. 2 S. 7):

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Prozesskostenvorschuss, eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege, wird abgewiesen.
2. Die Gesuchstellerin wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um für die Gerichtskosten bei der

Bezirksgerichtskasse Zürich (Konto ...) einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu leisten.
(Zahlungsmodalitäten).

3. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Prozesskostenvorschuss, eventualiter unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
 4. Die Editionsbegehren der Gesuchstellerin werden abgewiesen.
 5. (Schriftliche Mitteilung).
 6. (Beschwerde).
2. Am 29. Dezember 2012 reichte die Gesuchstellerin Beschwerde ein mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2f.):

1. Es seien die Ziffern 1 und 2 und 4 des Dispositivs der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2012 vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 8'000.– zu bezahlen;
Eventualiter sei der Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
3. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, folgende Unterlagen zu edieren:
 - Lohnausweise 2010 und 2012
 - Steuererklärungen 2009 und 2010
4. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
5. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Gesuchsgegners.

Zudem liess die Gesuchstellerin folgenden prozessualen Antrag stellen (Urk. 1 S. 3):

Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren ein Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 3'000.– zu bezahlen;

Eventualiter sei der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

3. Mit Präsidialverfügung vom 4. Januar 2013 wurde die Vollstreckung von Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufgeschoben (Urk. 6). Am 18. Januar 2013 wurde dem Gesuchsgegner Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt, welche am 23. Januar 2013 erstattet und am 5. Februar 2013 der Gegenseite zur Kenntnis zugestellt wurde (Urk. 8-10).

II.

1. Die Erstinstanz wies den beantragten Prozesskostenvorschuss mit folgender Begründung ab: Es sei unbestritten, dass die Gesuchstellerin schon länger vom Gesuchsgegner getrennt lebe und zwei Kinder zur Welt gebracht habe, die beide nicht vom Gesuchsgegner stammten. Die Vaterschaftsvermutungen, die den Gesuchsgegner als Ehemann trafen, seien mittlerweile beide rechtskräftig aufgehoben. Damit sei der Antrag auf Zuteilung der Obhut über ihr Kind C._____ obsolet. Wie die Gesuchstellerin unter dieser Prämisse vom Gesuchsgegner noch Kinderunterhalt verlangen könne, bleibe schleierhaft. Nachdem die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Trennung vom Gesuchsgegner keine Kinder gehabt habe, erwerbstätig gewesen und selber für ihren Unterhalt aufgekommen sei, bestehe nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Raum für eine Ehegattenrente; ihr Begehren sei aussichtslos. Da das Getrenntleben nicht strittig sei, würden sich alle anderen Anträge der Gesuchstellerin als aussichtslos erweisen (Urk. 2 S. 4 ff.).

2. Die Gesuchstellerin rügt vorab die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie habe am 25. Juli 2012 ein Eheschutzverfahren anhängig gemacht und die prozessualen Anträge begründet. Die Rechtsvertreterin habe sich ausdrücklich vorbehalten, die Hauptbegehren anlässlich der Verhandlung ausführlich zu begründen. Am 25. Oktober 2012 habe eine Vergleichsverhandlung ohne Parteivortrag und ohne persönliche Befragung stattgefunden. Am 31. Oktober 2012 habe der inzwischen anwaltlich vertretene Gesuchsgegner den Vergleich widerrufen. Mit Verfügung vom 12. November 2012 sei dem Gesuchsgegner die Möglichkeit eingeräumt worden, zum beantragten Prozesskostenvorschuss sowie zum Editionsantrag Stellung zu nehmen. Sodann seien die Parteien am 14. November 2012

zur mündlichen Verhandlung auf den 22. Januar 2013 vorgeladen worden, anlässlich welcher die gesuchstellende Partei erstmals ihren Standpunkt in der Hauptsache begründen würde. Der Gesuchsgegner habe in der Eingabe vom 17. Dezember 2012 ausführlich über 20 Seiten nicht nur zu den obigen Themen sich geäußert, sondern auch gleich im Sinne einer vorgezogenen Antwort auf eine noch nicht existente Begründung der gestellten Eheschutzbegehren Stellung genommen. Am 18. Dezember 2012 sei der angefochtene Entscheid erfolgt. Mit dieser Vorgehensweise - d.h. von Aussichtslosigkeit auszugehen, ohne die Begründung der Eheschutzbegehren gehört zu haben - habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör in krasser Weise verletzt und ihren Entscheid lediglich auf Vorbringen der Gegenpartei gestützt, was absolut nicht angehe (Urk. 1 S. 4f.).

3. Der Gesuchsgegner lässt vorbringen, von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs könne nicht die Rede sein. Die Gesuchstellerin verkenne, dass sie sich zu ihrem Armenrechtsgesuch bereits im Rahmen der Klage vom 25. Juli 2012 geäußert habe. Es wäre dem unterzeichnenden Rechtsanwalt neu, dass auch und insbesondere im summarisch zu behandelnden Eheschutzverfahren zu prozessualen Armenrechtsgesuchen auch noch Ansprüche auf eine "Replik" und eine "Duplik" bestünden. Noven selber habe die Gesuchstellerin ja zu Recht nicht geltend gemacht, weil der Gesuchsgegner sich in seiner Eingabe eigentlich ausnahmslos auf ihre eigenen Behauptungen und Unterlagen habe abstützen können und es seien auch keine Noven vorhanden (Urk. 9 S. 5, S. 18).

4. Über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 119 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Nach Eingang des schriftlichen Gesuchs gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme, wenn sich das Gesuch nicht offensichtlich als unzulässig oder unbegründet erweist (Art. 253 ZPO). Nach Vorliegen der Stellungnahme wird aufgrund des Wesens des Summarverfahrens (Verfahrensbeschleunigung) nur ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel *angeordnet* (BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254 mit Hinweisen). Zur Wahrung des verfassungsrechtlich garantierten Gehörsanspruchs (Art. 29 Abs. 2 BV) ist das Gericht jedoch stets verpflichtet, die Stellungnahme der

Gegenpartei vor dem Entscheid zur Kenntnisnahme *zustellen*; es obliegt dann der Gegenpartei, umgehend Stellung zu nehmen, ansonsten angenommen wird, sie verzichte auf eine weitere Eingabe (BGE 138 I 484 E. 2.4 und 2.5 S. 487 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz unmittelbar nach Eingang der Stellungnahme am 18. Dezember 2012 gleichentags über das Gesuch entschieden und die Stellungnahme des Gesuchsgegners der Gesuchstellerin erst mit der angefochtenen Verfügung zugestellt. Folglich konnte sich die Gesuchstellerin nicht rechtzeitig zu den darin geltend gemachten Vorbringen äussern. Auch wenn die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin darum ersuchte hatte, bereits vor der auf den 22. Januar 2013 vorgeladenen mündlichen Verhandlung zu entscheiden (Urk. 2 S. 2), ändert dies nichts am Äusserungsrecht der Partei. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wurde damit verletzt, unabhängig davon, dass für die im Raum stehenden prozessualen Fragen kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen ist.

5. Nach der Rechtsprechung kann die Heilung einer Gehörsverletzung erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern. Voraussetzung ist indes, dass diese Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2., 132 V 387 E. 5.1., 127 V 431 E. 3.d.aa). Dies ist im Beschwerdeverfahren nicht der Fall. Einerseits verfügt die Beschwerdeinstanz insoweit über eine beschränkte Kognition, als nur offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen gerügt werden können (Art. 320 lit. b ZPO). Und andererseits besteht - von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen - ein strenges Novenverbot (Art. 326 ZPO). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.

6. Demzufolge ist die angefochtene Verfügung in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Gesuchsgegner, der die Abweisung der Beschwerde beantragt hat, für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären.

8. Die Gesuchstellerin beantragt im Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 3'000.–, eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 2 S. 3). Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. – im Eheschutzverfahren – eines Prozesskostenbeitrages (vgl. ZR 85 Nr. 32; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136) setzt einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (Beschwerde-)Entscheidens. Ist die Gesuchstellerin in der Lage, die bereits aufgelaufenen und die künftig zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist, gegebenenfalls in Raten, zu bezahlen, so besteht kein Anlass zur Gewährung eines Prozesskostenbeitrages resp. der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. ZR 90 Nr. 57; ZR 98 Nr. 35).

9. Der vorliegende Entscheid beendet das Beschwerdeverfahren. Die Gesuchstellerin hat keine Gerichtskosten zu tragen, weshalb das Begehren um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos geworden und abzuschreiben ist. Dagegen ist wie dargelegt der Gesuchsgegner zu einer Parteientschädigung zu verpflichten, welche die Aufwendungen des Verfahrens zu entschädigen hat. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Prozessentschädigung (Art. 122 Abs. 2 ZPO) ist der Gesuchstellerin aufgrund der glaubhaft gemachten finanziellen Situation die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Allerdings ist mit Blick auf die zuletzt bekannten Einkommensverhältnisse des Gesuchsgegners (VI Urk. 10/2) darauf hinzuweisen, dass an die Uneinbringlichkeit hohe Anforderungen zu stellen sind.

Es wird beschlossen:

1. Der Gesuchstellerin wird in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
2. Der Antrag der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe ihr für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 3'000.– zu bezahlen, eventualiter es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, wird abgeschrieben.
3. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 18. Dezember 2012 (EE120262) wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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 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, 2. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
se