

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE130012-O/U.doc

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

## Urteil vom 8. August 2013

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

2. **X.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege / Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 3. April 2013 (EE120370-L)**

**Erwägungen:**

I.

1. Mit Urteil und Verfügung vom 3. April 2013 entschied die Erstinstanz über das Eheschutzbegehren der Gesuchstellerin und verfügte u.a. Folgendes:

1. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Vom Rückzug des Gesuches der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages, um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird Vormerk genommen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Beschwerde gegen Ziff. 1 und Ziff. 2).

2. Am 22. April 2013 reichte Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ im Namen des Gesuchsgegners (Beschwerdeführer 1) sowie im eigenen Namen (Beschwerdeführer 2) Beschwerde ein und stellte die folgenden Anträge (Urk. 67 S. 1 f.):

1. Die Dispositivziffer 1. und 2. der beiliegenden Verfügung der Vorinstanz seien aufzuheben.
2. Es sei dem Beschwerdeführer 1 das unentgeltliche Verfahren zu bewilligen und es sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Beschwerdeführers 2 für das vorausgehende Verfahren mit Wirkung ab 16.11.2012 (Datum der Mandatierung) zur Seite zu stellen und Letzterer sei für seinen Aufwand nach Einreichung der Kostennote aus der Gerichtskasse zu entschädigen.
3. Es seien sodann die Kosten für den unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers von der Beschwerdegegnerin und ursprünglichen Klägerin (Gesuchstellerin) zu erheben bzw. dieser aufzuerlegen.
4. Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin oder der Vorinstanz.

3. Mit Verfügung vom 17. Mai 2013 wurde der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt, welche am 23. Mai 2013 mit dem Antrag auf Abweisung erstattet wurde, was der Gegenseite am 30. Mai 2013 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 72, 73).

## II.

1. Die angefochtenen Dispositivziffern betreffen die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages an den Gesuchsgegner und die Abschreibung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 27 S. 3 f.). Den Erwägungen lässt sich Folgendes entnehmen (Urk. 68 S. 27 f.):

Der Gesuchsgegner verfüge - nachdem er zu verpflichten sei, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 900.- zu bezahlen - nicht mehr über die für die Führung des Prozesses erforderlichen Mittel. Hingegen sei davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin in absehbarer Zeit Ergänzungsleistungen zu ihrer IV-Rente erhalten werde. Deshalb sei für die Beurteilung des Vermögensverzehrs nicht von ihrem tatsächlichen aktuellen Einkommen auszugehen, sondern vielmehr sei davon auszugehen, dass sie ihr Vermögen nur im Umfang gemäss Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) anzehren werde. Hinsichtlich ihres Vermögens sei ferner zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin nicht nur ihren Anteil der Gerichtskosten sowie ihre Rechtsvertretung und dem Gesuchsgegner eine Prozessentschädigung zu bezahlen müssen und dass sie seit ihrem Auszug aus der ehelichen Wohnung erhebliche Kosten zu bezahlen habe. Dennoch übersteige ihr Vermögen einen ihrem Alter und ihrer Gesundheit angemessenen grosszügigen Notgroschen von Fr. 25'000.- erheblich. Der Prozess sei zudem nicht aussichtslos. Unter diesen Umständen sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 4'000.- zu bezahlen (Urk. 68 S. 28 f.).

Das eventualiter gestellte Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters sei demzufolge als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Urk. 68 S. 29).

2. Die Beschwerdeführer monieren, indem die Vorinstanz den Gesuchsgegner einerseits zu familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet habe, die auf ein hypothetisches Einkommen abstellten, nicht auf seine Mittellosigkeit Rücksicht genommen habe und auf Grund des schwankenden Einkommens immer wieder, Monat für Monat, einen Eingriff in das betriebsrechtliche Existenzminimum in Kauf genommen habe, habe sie es ihm (dem Gesuchsgegner) verunmöglicht, seine Partei- und insbesondere Anwaltskosten für das Verfahren zu begleichen. Die Vorinstanz habe dieses Problem nun nicht damit gelöst, indem sie folgerichtig dem Gesuchsgegner seinen Anteil an den Verfahrenskosten einstweilen auf die Gerichtskasse genommen und ihm einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Seite gestellt und diesen aus der Gerichtskasse entschädigt hätte. Wobei die Vorinstanz die Kosten von der Gegenpartei hätte erheben können, da diese über wesentliches und den Freibetrag überschreitendes Vermögen verfüge. Die Vorinstanz habe vielmehr den Weg des Parteikostenvorschusses gewählt, der vom Beschwerdeführer 2 ja auch sicherheitshalber gefordert worden sei. Da die Vorinstanz aber festhalte, es könne im Eheschutzverfahren kein eigentlicher Vorschussentscheid gefällt werden, sondern im Nachhinein ein Entscheid über einen Partei- und Gerichtskostenbeitrag, zahlbar durch die Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner, zugleich aber familienrechtliche Unterhaltsbeiträge ab Datum Gesuchseinreichung spreche, komme es nun zur Geltendmachung von Verrechnung durch die Gegenpartei (Urk. 67 S. 2 f.).

Dadurch entstehe bei der vorliegenden Konstellation eine Situation, die aus Sicht des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. des Beschwerdeführers 2 bedenklich sei: Der Rechtsbeistand gehe leer aus. Er könne nämlich seine Kosten auf unabsehbare Zeit hinaus nicht bei seinem Mandanten erhältlich machen, werde dessen Einkommen durch die Unterhaltspflichten bereits auf bzw. unter das Existenzminimum gedrückt. Es sei daher antragsgemäss die Verfügung in den beiden Dispositivziffern aufzuheben, dem Gesuchsgegner das unentgeltliche Ver-

fahren zu bewilligen und den Beschwerdeführer 2 als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 67 S. 3 f.).

3. Die Gesuchstellerin lässt im Wesentlichen geltend machen, sie könne die gegnerischen Darlegungen nicht ganz nachvollziehen. Die Beschwerdeführer würden dadurch, dass die Gesuchstellerin den Prozesskostenbeitrag mit den Unterhaltsbeiträgen verrechne, nicht schlechter dastehen, wie wenn sie dies nicht tun würde. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass der Gesuchsgegner die Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab 6. November 2012 bezahlen müsse. Im Zeitpunkt als die Rechtsvertreterin den Prozesskostenbeitrag mit den offenen Unterhaltsbeiträgen verrechnet habe, hätte der Gesuchsgegner demnach im Besitzes eines Guthabens von mindestens Fr. 5'400.– sein sollen. Diese seien ihm dank der Verrechnung erhalten geblieben. Anstatt dass er diese nun der Gesuchstellerin überweise, könne er sie dafür verwenden, seine Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 4'000.– zu begleichen. Wenn der Gesuchsgegner keine Rückstellungen für die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen gemacht und das fragliche Geld bereits ausgegeben habe, könne dies nicht zum Nachteil der Gesuchstellerin reichen. Zu erwähnen sei sodann, dass es nicht zutrefte, dass die Vorinstanz auf ein hypothetisches Einkommen abgestellt habe. Der Gesuchsgegner habe selber erklärt, dass er durchschnittlich Fr. 1'500.– pro Monat verdiene. Dass die Vorinstanz zur Festlegung des Einkommens des Gesuchsgegners gewisse Annahmen haben treffen müssen, habe der Gesuchsgegner im Übrigen selber zu vertreten, weil er, wie im angefochtenen Entscheid ausgeführt, wahrheitswidrige Angaben über seine Einkünfte gemacht habe (Urk. 72 S. 2 ff.).

Zudem habe die Gesuchstellerin ihre Rechtsvertreterin kürzlich darüber informiert, dass ihr Mann (Gesuchsgegner), ihr Sohn und sie beschlossen hätten, das Familienleben wieder aufzunehmen. Dies bedeute, dass die Familienausgaben erheblich sinken würden, weil die Parteien wieder unter einem Dach wohnten. Die zukünftige Unterhaltsverpflichtung falle damit weg. Daher sollte der Gesuchsgegner auch in der Lage sein, seine Anwaltskosten zu bezahlen (Urk. 72 S. 5).

4. Gemäss Art. 319 lit. b ZPO sind mit Beschwerde anfechtbar andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen: 1. in den vom Gesetz

bestimmten Fällen, 2. wenn durch sie ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Laut Art. 110 ZPO ist der Kostenentscheid selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar. Dritte wie Zeugen, Gutachter oder gerichtlich bestellte Rechtsbeistände können gegen einen sie betreffenden Kostenentscheid auf kantonalen Ebene ausschliesslich das Rechtsmittel der Beschwerde ergreifen (BSK ZPO-Rüegg, Art. 110 N 2). Bei der unentgeltlichen Rechtspflege, wo der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen zu entschädigen ist (Art. 122 Abs. 1 lit. a und Abs. 2), besteht für die Rechtsbeistände wie für jeden von einem Kostenentscheid direkt betroffenen Dritten die Möglichkeit, den Entscheid über die Entschädigung mittels Beschwerde (allenfalls auch vor Bundesgericht) anzufechten (BSK ZPO-Rüegg, Art. 110 N 3). Der Beschwerdeführer 2 ist gerade nicht als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt worden, weshalb er unter dem Titel Entschädigungsanspruch / Parteienschädigung nicht legitimiert ist, den Entscheid anzufechten. Im Schrifttum sind weitere Streitgegenstände vermerkt, in denen die Rechtsstellung des Rechtsvertreters tangiert ist und dieser zur Beschwerde berechtigt ist, beispielsweise wenn die Einsetzung aus persönlichen oder fachlichen Gründen verweigert wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 121 N 2) oder etwa bei Nichternennung zufolge Nichtbeachtung der verfassungsmässigen Schranken des diesbezüglichen Wahlrechts des Gerichts (Berner Kommentar, ZPO, Bd. I, 2012, Art. 121 N 12b). Um solche Streitfragen geht es vorliegend nicht. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 ist deshalb nicht einzutreten.

5. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

6. Im Ergebnis kritisiert der Gesuchsgegner, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege verweigert worden ist. Die Erstinstanz hat den "sicherheitshalber" gestellten Antrag auf Bevorschussung der Gerichts- und Parteikosten (Urk. 27 S. 3 f., Urk. 38 S. 2) geprüft und alsdann zwar nicht einen Prozesskostenvorschuss, indessen einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– zugesprochen. Dies entspricht herrschender Lehre und Praxis. Es kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen im Entscheid verwiesen werden (Urk. 67 S. 26 f.). Zu präzisieren ist einzig, dass nach konstanter Praxis der beschliessenden Kammer die Pflicht, die Kosten eines Rechtsstreites des Ehepartners vorzuschüssen, aus der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB folgt (ZR 85 Nr. 32). Noch einmal ist zu betonen, dass gemäss konstanter Praxis die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beistandspflicht aus Familienrecht nachgeht (BGE 85 I 1 ff.; ZR 83 Nr. 21 und ZR 90 Nr. 82). Da im zu beurteilenden Fall die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages erfüllt sind (Bedürftigkeit des Gesuchsgegners, Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin, was im Beschwerdeverfahren nicht bestritten wird), besteht kein Raum für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Es liegt keine unrichtige Rechtsanwendung durch die Erstinstanz vor. Dass das Gesuch als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde, ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

7. Der Einwand, durch die von der Gegenseite vorgenommene Verrechnung gehe der Rechtsvertreter leer aus (Urk. 67 S. 3), ist eine neue Behauptung, die im Beschwerdeverfahren nicht zu hören ist. Doch selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre das Vorbringen unbegründet. Erstens ist die Unterhaltspflicht als solche und deren Beginn nicht angefochten und sie sind somit für den vorliegenden Entscheid verbindlich. Und zweitens ist der Gesuchstellerin zuzustimmen, dass der Gesuchsgegner letztlich über die gleichen Mittel verfügt wie ohne Verrechnung: Zwar wird ihm der Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– nicht überwiesen, allerdings verringert sich gleichzeitig seine Verpflichtung für ausstehende Unterhaltsbeiträge um denselben Betrag. Ebenso ist der Gesuchstellerin beizupflichten, dass der Anwalt oder die Anwältin das (wirtschaftliche) Risiko trägt, dass die Kli-

entschaft die nötigen Rückstellungen für die Begleichung der Anwaltsrechnungen tätigt.

8. Weiter moniert der Gesuchsgegner, es seien die Kosten für den unentgeltlichen Rechtsbeistand aus folgenden Gründen der Gesuchstellerin des vorausgegangenen Verfahrens aufzuerlegen: Sie habe wesentliches Vermögen verheimlicht, sei von Anfang an anwaltlich vertreten gewesen und habe mit ihrem Verhalten zur vorliegenden Beschwerde Anlass gegeben und die entstandene unhaltbare Situation verursacht (Urk. 67 S. 3).

9. Laut den Erwägungen zu den Prozesskosten obsiegt der Gesuchsgegner mit seinem Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. eines Beitrages an die Prozess- und Anwaltskosten (Urk. 68 S. 29). Die Gesuchstellerin hat also die Kosten diesbezüglich zu tragen, weshalb der Gesuchsgegner nicht beschwert ist. Auf die Beschwerde des Gesuchsgegners ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

### III.

Das vorliegende Verfahren ist kostenpflichtig (vgl. BGE 137 III 470). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Ausgangsgemäss erscheint es angemessen, die Kosten zu zwei Dritteln dem Gesuchsgegner und zu einem Drittel dem Beschwerdeführer 2 aufzuerlegen. Ferner sind der Gesuchsgegner und der Beschwerdeführer 2 anteilmässig zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 ZPO); die Parteientschädigung enthält die gesetzliche Mehrwertsteuer.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde des Gesuchsgegners wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer 1 zu zwei Dritteln und dem Beschwerdeführer 2 zu einem Drittel auferlegt.
5. Die Beschwerdeführer werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.  
Im internen Verhältnis hat der Beschwerdeführer 2 Fr. 300.– zu tragen, der Beschwerdeführer 1 Fr. 600.–.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht 2. Abteilung, 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 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 Streitigkeit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 8. August 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: js