

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE130016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 17. September 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht
Zürich, 2. Abteilung, vom 14. Juni 2013 (EE120442-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Am 14. Juni 2013 erliess diese ein Urteil in der Sache und verfügte, was folgt (Urk. 62 = 68):

- "1. Auf das Begehren des Gesuchsgegners, es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, wird nicht eingetreten.
2. Die Gesuche der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b und c ZPO werden abgewiesen.
3. ... (Mitteilungssatz)
4. ... (Rechtsmittel)"

2. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 28. Juni 2013 Beschwerde, mit dem Hauptantrag, es sei ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung (für das erstinstanzliche Verfahren) zu bewilligen. Der Eventualantrag lautet auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Gleichzeitig stellte die Gesuchstellerin ein Armenrechtsgesuch für das Beschwerdeverfahren (Urk. 67 S. 2). Die Beschwerdeantwort datiert vom 23. Juli 2013. Der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsgegner) beantragt darin die Abweisung der Beschwerde (Urk. 72 S. 1). Am 30. August 2013 folgte eine Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 74), welche dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Prot. II S. 4).

II.

1. a) Auf den Antrag des Gesuchsgegners auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses trat die Vorinstanz nicht ein. Sie verwies dazu auf die Rechtsprechung der erkennenden Kammer, wonach im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2). Die Leistung eines

Prozesskostenvorschusses (vorläufige Zahlung für Gerichts- und Anwaltskosten) "impliziere" – so die Vorinstanz – die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei demnach im Eheschutzverfahren unzulässig und auf ein entsprechendes Gesuch sei nicht einzutreten. Darauf wird zurückzukommen sein. Die unentgeltliche Rechtspflege verweigerte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner mit der Begründung, er habe im Rahmen seiner Parteibefragung unter der Wahrheitspflicht von Art. 191 ZPO nachweislich falsche Angaben gemacht und zudem seine Mitwirkungspflicht verletzt.

b) Schliesslich folgerte die Vorinstanz, dass demzufolge auch dem – im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beurteilenden – Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin kein Erfolg beschieden sein könne. Sie wies darauf hin, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werden könne, wenn der bedürftige Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss nicht verlangt habe, obwohl er einen solchen hätte erhältlich machen können. Zwar bestünde – so die Vorinstanz weiter – im Eheschutzverfahren keine Rechtsgrundlage mehr, um vom leistungsfähigen Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen. Das ändere jedoch nichts daran, dass die unentgeltliche Rechtspflege der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB nachgehe. Es bleibe daher dabei, dass es dem bedürftigen Ehegatten, der behaupte, der andere sei leistungsfähig, obliege, die Übernahme der Prozesskosten durch den leistungsfähigen Ehegatten oder zumindest einen (Prozesskosten-)Beitrag daran zu verlangen. Unterlasse er dies und verpflichte er sich im Rahmen einer Vereinbarung vorbehaltlos und unter Wettschlagen der Parteienschädigungen zur hälftigen Übernahme der Gerichtskosten, wie das vorliegend der Fall sei, so bleibe kein Raum für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 68 E. III/C.3.4.5).

2. a) Richtig ist zunächst, dass die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beistandspflicht aus Familienrecht nachgeht (vgl. statt vieler: BGE 127 I 205 E. 3.b). Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann jedoch nicht unter Hinweis auf den Vorrang des Prozesskostenvorschusses verweigert werden, wenn nicht erhärtet ist, dass der andere Ehegatte tatsächlich zur Leistung eines solchen Vorschusses in der Lage wäre. Die

für die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege geltende Untersuchungsmaxime erstreckt sich auch auf die Vorfrage eines Prozesskostenvorschusses (vgl. Kass-Ger ZH AA070047 vom 14. November 2007).

b) Die Gesuchstellerin erwähnt denn auch zu Recht, dass die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners unklar und nicht belegt sei. Die Vorinstanz selbst habe dies im angefochtenen Entscheid mehrmals festgehalten (Urk. 67 S. 9). Konkret geht es um Folgendes: Im Jahre 2009 machte die Gesuchstellerin eine grössere Erbschaft. Das Geld wurde offenbar zu einem grossen Teil zur Schuldtilgung sowie für den laufenden Unterhalt verwendet. Die Gesuchstellerin gibt an, heute vermögenslos zu sein. Gemäss ihrer Darstellung hat sie dem Gesuchsgegner rund eine halbe Million Franken aus der Erbschaft zur Verfügung gestellt, damit dieser in seinem Heimatland Nigeria Land kaufe und darauf ein Haus baue. Die Gesuchstellerin erwähnte jedoch auch, dass es gemäss Aussagen des Gesuchstellers das Haus gar nicht gebe bzw. das Haus nicht mehr gebe, da es bei einer Überschwemmung untergegangen sei. Entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners im Beschwerdeverfahren behauptete die Gesuchstellerin nie, dass der Gesuchsgegner leistungsfähig sei, sondern liess dies offen. Die Vorinstanz hielt die Darstellung der Gesuchstellerin hinsichtlich des Geldes (zumindest teilweise) für glaubhaft. Die Angaben des Gesuchsgegners über den Verbleib oder den Verwendungszweck der finanziellen Mittel vermochten die Vorinstanz hingegen nicht zu überzeugen. Sie hielt daher fest, dass die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners nicht ausreichend begründet sei.

c) Die mangelnde Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners darf nun aber nicht zur Abweisung des Armenrechtsgesuches der Gesuchstellerin führen, zumal diese ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin selbst ist ausgewiesen. Bereits die Vorinstanz hielt fest, dass die Gesuchstellerin die Prozesskosten nicht aus ihrem Einkommen zu finanzieren vermöge. Dass die Gesuchstellerin über kein Vermögen (mehr) verfügt, kann ebenfalls als erstellt gelten. Die erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Behauptung des Gesuchsgegners, der Vater der Gesuchstellerin verfüge treuhänderisch über Vermögen der Gesuchstellerin, ist auf-

grund des umfassenden Novenverbots nicht zu berücksichtigen (Art. 326 ZPO). Schliesslich kann nicht gesagt werden, dass der Standpunkt der Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren aussichtslos gewesen wäre und sie nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen gewesen wäre. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet; das Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin wäre gutzuheissen gewesen.

3. a) Die Gesuchstellerin stört sich an der Argumentation der Vorinstanz, sie hätte einen Prozesskostenvorschuss verlangen müssen, obschon ein solcher angeblich aus prozessrechtlichen Gründen im Eheschutzverfahren gar nicht gerichtlich eingefordert werden könne. Damit verletze die Vorinstanz den Grundsatz von Art. 117 ZPO. Die Frage, ob ein Ehegatte im Eheschutzverfahren verpflichtet werden kann, dem anderen die Mittel zur Führung des Prozesses zur Verfügung zu stellen, bräuchte an dieser Stelle an sich nicht beantwortet zu werden, nachdem die Beschwerde der Gesuchstellerin ohnehin gutzuheissen ist. Eine Klarstellung drängt sich aber auf.

b) Es ist seit jeher unbestritten, dass der leistungsfähige Ehegatte verpflichtet werden kann, dem unbemittelten anderen Ehegatten auf dessen Begehren hin die finanziellen Mittel zur Führung eines Prozesses vorzuschliessen. Die Institution des Prozesskostenvorschusses erfuhr im Verlaufe der Zeit in Lehre und Rechtsprechung unterschiedliche dogmatische Begründungen. Die erkennende Kammer folgte dabei in konstanter Praxis der Auffassung, dass die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB gründet.

c) Vorliegend stellt sich die Frage, wie das Institut, das von seiner Funktion her eng mit dem prozessualen Armenrecht verknüpft ist, prozessrechtlich einzuordnen ist bzw. in welchem Verfahren über die Vorschussleistung zu befinden ist. Dabei ist zu differenzieren. Beim Prozesskostenvorschuss im Scheidungsverfahren handelt es sich klarerweise um eine vorsorgliche Massnahme (vgl. ZK-Bräm, Art. 159 ZGB N 134). Er ermöglicht es dem bedürftigen Ehegatten, selbst die Anwalts- und allenfalls Gerichtskosten vorzuschliessen. Die definitive Kostenregelung erfolgt später im Endurteil, und derjenige Ehegatte, der den Vorschuss ge-

leistet hat, hat grundsätzlich Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten oder Verrechnung mit güterrechtlichen Ansprüchen oder zivilprozessualen Gegenforderungen. Im Eheschutzverfahren besteht hingegen eine andere Ausgangslage. Das Verfahren ist ein summarisches und dient der raschen Bereinigung ehelicher Konflikte. Bereits unter altem Prozessrecht konnte ein Kostenvorschuss aufgrund der Natur des Eheschutzverfahrens regelmässig nicht vorweg in einem Massnahmeverfahren gefordert werden. Dies führte jedoch nicht dazu, dass der leistungsfähige Gatte dem bedürftigen Gatten zur Führung des Eheschutzprozesses keine finanzielle Unterstützung leisten musste. Es war vielmehr im Endentscheid im Sinne eines Prozesskostenbeitrags darüber zu befinden, wer die Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen hat. Dies hat das Obergericht bereits 1985 in einem wegweisenden Entscheid festgehalten (ZR 85 Nr. 32). Die gerichtliche Anordnung eines Prozesskostenbeitrags im Eheschutzverfahren stellt somit – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – keine vorsorgliche Massnahme dar. Damit ändert auch das Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung nichts daran, dass im Rahmen eines Eheschutzverfahrens der leistungsfähige Ehegatte aufgrund der gegenseitigen Beistandspflicht im Endentscheid verpflichtet werden kann, dem beistandsbedürftigen Partner einen Beitrag an die Prozesskosten zu leisten. Dies ist ein Gebot des Rechtsschutzes und dient der Waffengleichheit unter den Ehegatten.

d) Im Entscheid OGer ZH LE130035 vom 24. Mai 2013 schützte die Kammer ein Nichteintreten hinsichtlich eines Antrags auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Eheschutz. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass ein entsprechender Antrag – sofern er nicht ausdrücklich als Massnahmeantrag bezeichnet ist – im Zweifelsfall als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags im Endentscheid aufzufassen ist. Auf einen solchen Antrag wäre einzutreten.

4. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Demzufolge sind die

der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren auferlegten Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

III.

1. Die Gesuchstellerin obsiegt im Beschwerdeverfahren. Dem Gesuchsgegner als Gegenpartei im Hauptprozess kommt im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine förmliche Parteistellung zu. Folglich können ihm hierfür auch keine Kosten – weder Gerichtskosten noch Parteientschädigung – auferlegt werden (vgl. BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind daher unter Hinweis auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (vgl. ZK-Jenny, Art. 107 ZPO N 26).

2. Die Gesuchstellerin ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren. Dass sie als mittellos zu gelten hat, wurde bereits festgehalten, wobei die neue Behauptung des Gesuchsgegners, der Vater der Gesuchstellerin verfüge treuhänderisch über ihr zuzurechnendes Vermögen, nicht berücksichtigt wurde. Die Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren hat jedoch anhand sämtlicher vorgebrachter Tatsachen zu erfolgen. Der Gesuchsgegner bezieht sich auf eine Aufstellung über ein Kontokorrentverhältnis zwischen der Gesuchstellerin und ihrem Vater (Urk. 40/2/2) und macht geltend, die finanziellen Verstrickungen zwischen den beiden seien wenig transparent und nachvollziehbar (Urk. 72 S. 3). Die Gesuchstellerin bezeichnet die Behauptung des Gesuchsgegners als falsch und irreführend. Sie erklärt, dass sich ihr Vater einst in einer finanziell schlechten Lage befunden habe und sie ihn unterstützt habe. Die betreffenden Zahlungen an ihren Vater vom Juni 2008 bis zum April 2010 seien in der genannten Aufstellung unter "Credit" klar ausgewiesen. In der Folge habe sich die finanzielle Lage der Parteien rapide verschlechtert, so dass der zwischenzeitlich monetär wieder etwas erstarbte Vater sie im Jahre 2011 zu unterstützen begonnen habe. Die Schuldenlage zwischen ihr und ihrem Vater habe dieser stets minutiös nachgeführt (Urk. 74 S. 2 f.). Die Aufstellung über das Kontokorrentverhältnis kann als übersichtlich

und transparent bezeichnet werden. Aus Urk. 40/2/2 ergibt sich per 8. Februar 2013 ein Saldo von Fr. 12'889.15 zu Ungunsten der Gesuchstellerin – nicht zu Gunsten der Gesuchstellerin, wie fälschlicherweise festgehalten. Aus der im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Urk. 75 ergibt sich per 10. August 2013 ein Saldo von Fr. 28'374.15 zu Ungunsten der Gesuchstellerin. Für die Behauptung des Gesuchsgegners, der Vater der Gesuchstellerin verfüge treuhänderisch über ihr zuzurechnendes Vermögen, ergeben sich hingegen keine Anhaltspunkte. Die Gesuchstellerin hat nach wie vor als mittellos zu gelten. Ihr Antrag im Beschwerdeverfahren war sodann keineswegs aussichtslos. Zudem war sie auf rechtlichen Beistand angewiesen. Der Gesuchstellerin ist folglich ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren zu bestellen. Hinsichtlich der Befreiung von den Gerichtskosten ist das Armenrechtsgesuch als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 14. Juni 2013 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "2. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
Das Eventualgesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wird abgewiesen."

Demzufolge werden die der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren auferlegten Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 2. 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.

In der Hauptsache handelt es 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, 17. September 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se