

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE130027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 4. Februar 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch lic. iur. Y. _____

betreffend **Partnerschaftsschutz (Prozesskostenvorschuss, unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. November 2013 (EG130003-L)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich vor Vorinstanz in einem Partnerschaftsschutzverfahren gegenüber. Mit Eingabe vom 5. September 2013 machte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsteller) das Verfahren anhängig. Dabei stellte er unter anderem den Antrag, es sei der Gesuchsgegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, eventualiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Vi Urk. 1 S. 3). Nach einer erfolglosen Vergleichsverhandlung und einem Schriftenwechsel verfügte die Vorinstanz am 22. November 2013 was folgt (Vi Urk. 14 = Urk. 2):

- "1. Auf den Antrag des Gesuchstellers, es sei der Gesuchsgegner zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, wird nicht eingetreten.
2. Der Antrag des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. ... (prozessleitende Anordnung)
4. ... (Mitteilungssatz)
5. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

2. Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 13. Dezember 2013 Beschwerde, mit dem Hauptantrag, es seien die Dispositivziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sodann wiederholte er seine vor Vorinstanz gestellten Anträge auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als Eventual- bzw. Subeventualantrag. Gleichzeitig stellte er ein Armenrechtsgesuch für das Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 2). Die Beschwerdeantwort datiert vom 20. Januar 2014. Der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsgegner) beantragt darin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, eventualiter seien der Haupt- und Eventualantrag des Gesuchstellers abzuweisen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Urk. 11 S. 2). Die Beschwerdeantwortschrift wurde dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15).

3. Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Unterhalts- und Beistandspflicht aus Familienrecht nach (vgl. statt vieler: BGE 127 I 205 E. 3.b). Im Eherecht 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 vorzuschüssen. Die Institution des Prozesskostenvorschusses erfuhr im Verlaufe der Zeit in Lehre und Rechtsprechung unterschiedliche dogmatische Begründungen. Die erkennende Kammer folgte dabei bis anhin der nicht unumstrittenen Auffassung, dass die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB gründet. Namentlich die Berner Kommentatoren leiten den Anspruch auf Gewährung von Prozesskostenvorschüssen hingegen aus der Unterhaltspflicht gemäss Art. 163 ZGB ab. Sie weisen darauf hin, dass die gerichtliche Anordnung eines Beitrags an die Prozesskosten im vom numerus clausus beherrschten Eheschutzverfahren nur möglich ist, wenn es sich um Unterhalt handelt (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159 ZGB N 38 f. und Art. 163 ZGB N 15). Die Frage nach der dogmatischen Begründung kann an dieser Stelle offen gelassen werden, lässt sich doch die zum Eherecht entwickelte Praxis mit beiden Begründungen auf das Partnerschaftsrecht übertragen (vgl. Art. 12 und 13 PartG).

4. a) Die Vorinstanz trat auf den Antrag des Gesuchstellers auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht ein, da es sich um eine vorsorgliche Massnahme handle, die in der ZPO für Partnerschaftsschutzsachen nicht vorgesehen sei. Sie verwies dazu auf die obergerichtliche Praxis zum Eheschutz, wonach auf einen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht einzutreten ist, sofern dieser ausdrücklich als vorsorgliche Massnahme bezeichnet wird und die antragstellende Partei überdies anwaltlich vertreten ist (OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013 E. 4.a). Diese Praxis basiert auf der Auffassung, dass im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2). Gleiches muss auch für das Partnerschaftsschutzverfahren nach Art. 305 f. ZPO gelten. Die Erwägungen der Vorinstanz geben den fraglichen Entscheidung der Kammer allerdings nur unvollständig wieder. Diese hielt fest, dass die

gerichtliche Anordnung eines Prozesskostenbeitrags im Eheschutzverfahren – anders als die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses im Scheidungsverfahren – keine vorsorgliche Massnahme darstelle (so bereits OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013 E. II/3.c). Um nicht in überspitzten Formalismus zu verfallen, sei ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutz im Zweifelsfalle als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags im Endentscheid aufzufassen (OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013 E. 4.a).

b) Vorliegend bezeichnete der Gesuchsteller seinen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht ausdrücklich als vorsorgliche Massnahme. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 8. Oktober 2013 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsteller sogar Frist an zur Stellung bzw. Erweiterung und Begründung seines Gesuchs um Bezahlung des Prozesskostenvorschusses. Indem sie anschliessend nicht auf den Antrag eintrat, handelte sie nicht nur überspitzt formalistisch, sondern auch wider Treu und Glauben. Der Antrag des Gesuchstellers wäre im Lichte der obergerichtlichen Rechtsprechung als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags aufzufassen gewesen. Die erstinstanzliche Verfügung ist in diesem Punkt aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zusammen mit dem Endentscheid darüber zu befinden haben.

5. a) Das Eventualgesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege wies die Vorinstanz ab, weil dieser keinen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags gestellt habe. Wie gesehen durfte die Vorinstanz den Gesuchsteller nicht auf dem Wortlaut seines Antrags behaften. Es war demzufolge auch nicht richtig, die unentgeltliche Rechtspflege unter Hinweis auf die Subsidiarität des staatlichen Armenrechts zu verweigern.

b) Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Vorinstanz hat die genannten Voraussetzungen nicht geprüft. Sie stellte jedoch die Frage in den Raum, ob dem Gesuchsteller allenfalls ein (ev. nur hypothetisches) Einkommen

aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit anzurechnen sein werde. Es ist daran zu erinnern, dass grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse massgeben sind. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nur bei Rechtsmissbrauch zu prüfen, wenn gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf einen Erwerb verzichtet wird (BGE 104 Ia 34 E. 4).

c) Wie der Gesuchsteller vor Vorinstanz glaubhaft darlegte, verfügt er weder über ein Erwerbseinkommen noch über Vermögen. Der Gesuchsgegner bezahlt ihm derzeit seine Wohnungsmiete sowie ein Taschengeld von Fr. 600.– (Vi Urk. 1 S. 6 und 8 sowie Vi Urk. 3/10-11). Zusätzlich erhält der Gesuchsteller Unterstützung von der Sozialhilfe (Vi Urk. 7/18). Seine Mittellosigkeit ist somit zu bejahen. Zudem kann nicht gesagt werden, dass seine Anträge im erstinstanzlichen Verfahren aussichtslos wären und er nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen wäre. Damit ist ihm vorerst das Armenrecht zu gewähren, der guten Ordnung halber unter dem Hinweis, dass eine allfällige Verpflichtung des Gesuchsgegners im Endentscheid zur Übernahme der Prozesskosten zum rückwirkenden Widerruf (Entzug) der unentgeltliche Rechtspflege (mit Wirkung ex tunc) führt (vgl. OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013 E. 5).

6. In Bezug auf den Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses unterliegt der Gesuchsgegner im Beschwerdeverfahren. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege kommt ihm hingegen keine eigentliche Parteistellung zu. Folglich können ihm hierfür auch keine Kosten – weder Gerichtskosten noch Parteientschädigung – auferlegt werden (BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013 E. 3.2; vgl. auch BGE 139 III 342 ff. E. 4.2). Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 1'500.– festzusetzen und zur einen Hälfte dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und zur anderen Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsgegner ist ferner zu verpflichten, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren betreffend Prozesskostenvorschuss eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 80.–. In Bezug auf das Verfahren um Bewilligung der unentgeltli-

chen Rechtspflege ist darauf hinzuweisen, dass nach der Praxis des Zürcher Obergerichts mangels gesetzlicher Grundlage keine Entschädigungspflicht des Staates besteht (so zuletzt: OGer ZH PC130059 vom 7. Januar 2014 E. 6, unter Auseinandersetzung mit dem anderslautenden BGE 138 III 471 E. 7).

7. Der Gesuchsteller ersuchte schliesslich um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren. Er verzichtete hingegen darauf, diesbezüglich einen weiteren Prozesskostenbeitrag des Gesuchsgegners zu verlangen. Beide Parteien gehen im Beschwerdeverfahren nunmehr übereinstimmend davon aus, dass der Gesuchsgegner nicht leistungsfähig sei. Es erscheint glaubhaft, dass dieser über kein nennenswertes liquides Vermögen verfügt. Zudem ist davon auszugehen, dass von seinem monatlichen Einkommen von Fr. 8'481.– unter Berücksichtigung des eigenen Bedarfs sowie der mutmasslich zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller kein relevanter Überschuss verbleibt. Unter diesen Umständen durfte ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags unterbleiben. Dass der Gesuchsteller als mittellos zu gelten hat, wurde bereits festgehalten. Seine Anträge im Beschwerdeverfahren waren sodann keineswegs aussichtslos. Zudem war er auf rechtlichen Beistand angewiesen. Dem Gesuchsteller 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. Dem Gesuchsteller wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt MLaw X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. November 2013 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 22. November 2013 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Dem Gesuchsteller wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Der Gesuchsteller wird darauf hingewiesen, dass eine allfällige Verpflichtung des Gesuchsgegners im Endentscheid zur Übernahme der Prozesskosten zum rückwirkenden Widerruf (Entzug) der unentgeltliche Rechtspflege (mit Wirkung ex tunc) führt."
3. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden zur einen Hälfte dem Gesuchsgegner auferlegt und zur anderen Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren betreffend Prozesskostenvorschuss eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Be-

schwerde 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se