

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE160008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss vom 6. Juli 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 30. Mai 2016 (EE160036-K)

Erwägungen:

I.

1. Am 10. März 2016 reichte A._____ (Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Winterthur ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 1), worauf die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 19. Mai 2016 vorgeladen wurden (Urk. 2). Mit Eingabe vom 18. Mai 2016 (Urk. 11 = Urk. 16) zog die Gesuchstellerin ihr Eheschutzgesuch zurück. Im Rahmen seiner Eingabe vom 19. Mai 2016 begründete der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) sein bereits am 18. April 2016 (Urk. 3) gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und reichte zugleich eine Honorarnote ein (Urk. 12-14). Mit Verfügung vom 30. Mai 2016 (Urk. 18 = Urk. 21) schrieb die Vorinstanz das Verfahren als durch Rückzug erledigt ab (Dispositivziffer 1). Die Gerichtskosten wurden der Gesuchstellerin auferlegt (Dispositivziffer 4). Diese wurde sodann verpflichtet, den Gesuchsgegner mit Fr. 1'750.– (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen) zu entschädigen (Dispositivziffer 5). Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um unentgeltliche Rechtsverteidigung schrieb die Vorinstanz zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (Dispositivziffer 2).
2. Dagegen erhob der Gesuchsgegner am 13. Juni 2016 fristgerecht (vgl. Urk. 19) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 20 S. 2):
 - "1. Es sei Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung vom 30. Mai 2016 aufzuheben und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie Rechtsverteidigung gutzuheissen.
 2. Es sei in Ergänzung zu Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung vom 30. Mai 2016 zu verfügen, dass der Beschwerdeführer wegen Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bei der Beschwerdegegnerin vom Staat entschädigt wird.
 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."
3. Da es sich beim Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege um ein Verfahren zwischen dem Gesuchsgegner und dem Staat handelt (BGer

5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2; BGE 139 III 334 E. 4.2) und die Gesuchstellerin als Gegenpartei im Hauptverfahren keine Parteistellung hat, ist von ihr keine Beschwerdeantwort einzuholen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (Art. 324 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (Urk. 1-19). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 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. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind in der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

III.

1. Die Vorinstanz schrieb das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um unentgeltliche Rechtsverteidigung - mangels Auferlegung von Gerichtskosten und aufgrund der Zusprechung einer von der Gesuchstellerin zu bezahlenden Parteientschädigung - zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (Urk. 18).

2. Der Gesuchsgegner macht im Rahmen der Beschwerde geltend, es sei das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie Rechtsverteidigung gutzuheissen und in Ergänzung zu Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides zu verfügen, dass er wegen Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bei der Gesuchstellerin vom Staat entschädigt werde. Der Gesuchsgegner bringt diesbezüglich vor, er habe in seiner Eingabe vom 19. Mai 2016 auf Art. 122

Abs. 2 ZPO hingewiesen, wonach die unentgeltlich prozessführende Partei bei Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung vom Kanton entschädigt werde. Die Uneinbringlichkeit bei der Gesuchstellerin sei damit begründet worden, dass diese keine Arbeit und kein Vermögen habe. Entsprechende Unterlagen hätten naturgemäss nicht eingereicht werden können. Die Gesuchstellerin habe im erstinstanzlichen Verfahren keinerlei Unterlagen eingereicht. Insofern habe die Vorinstanz nicht einfach davon ausgehen dürfen, dass sie zahlungsfähig sei und die Parteientschädigung zahlen könne. Vielmehr hätte die Vorinstanz vor Erlass des Endentscheides weitere Abklärungen vornehmen und von der Gesuchstellerin die notwendigen Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation verlangen müssen. Ohne gegenteilige Angaben hätte die Vorinstanz von seinem Vorbringen, dass die Gesuchstellerin kein Einkommen und kein Vermögen habe und somit die Parteientschädigung uneinbringlich sei, ausgehen und entsprechend Art. 122 Abs. 2 ZPO anwenden müssen. Das Vorgehen der Vorinstanz verletze Bundesrecht und sein rechtliches Gehör. Zudem habe die Vorinstanz in ihrem Entscheid mit keiner Silbe begründet, inwiefern Art. 122 Abs. 2 ZPO nicht angewendet werde, sondern nur Art. 106 ZPO. Auch habe sie die Abgrenzung zwischen den beiden genannten ZPO-Artikeln nicht erörtert. Damit habe die Vorinstanz die ihr obliegende Begründungspflicht verletzt. Indem die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung abgeschrieben (und somit materiell nicht behandelt) habe, sei es ihm auch nicht möglich, in einem späteren Zeitpunkt an die Vorinstanz zu treten und im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO darzulegen, dass er die Parteientschädigung vergeblich bei der Gesuchstellerin einzutreiben versucht habe. Dies sei ihm nicht möglich, da er nicht als unentgeltlich prozessführende Partei im Sinne von Art. 122 ZPO gelte, solange das Gesuch nicht materiell behandelt und gutgeheissen werde (Urk. 20 S. 3 f.).

3.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand hat sie Anspruch, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstel-

lende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 179 E. 3.a). Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 222 mit weiteren Hinweisen; BGE 135 I 221 E. 5.1). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (BGE 129 I 129 E. 2.3.1).

3.2. Art. 122 Abs. 1 Satz 1 ZPO sieht vor, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt wird, wenn bei Obsiegen der unentgeltlich prozessführenden Partei die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Bei Art. 122 Abs. 2 Satz 1 ZPO handelt es sich um die gesetzliche Konkretisierung eines verfassungsmässigen Anspruchs (BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 69). Denn Art. 29 Abs. 1 BV verlangt, dass der Anwalt einer unentgeltlich verbeiständeten Partei vom Staat entschädigt wird, wenn im Falle des Obsiegens die kostenpflichtige Gegenpartei nicht mit Erfolg belangt werden kann. Ein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung darf daher nicht schon deshalb abgewiesen oder als gegenstandslos abgeschrieben werden, weil eine Parteientschädigung zu Lasten des Prozessgegners zugesprochen wird (BGE 122 I 322 E. 3.c und d; BGer 5A.849/2008 vom 9. Februar 2009,

E. 2.2.1; BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 69; ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 11).

Gegenstandslosigkeit kann sich demgegenüber allenfalls mit Bezug auf ein Gesuch um Befreiung der Gerichtskosten ergeben. Sofern eine Partei grundsätzlich Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, im Verfahren indessen entweder keine Gerichtskosten gesprochen oder solche dem Prozessgegner auferlegt werden, wird ein entsprechendes Gesuch um Befreiung der Gerichtskosten unter den genannten Umständen gegenstandslos, weil die gesuchstellende Partei gerade keine Verfahrenskosten zu tragen hat (BGer 5C.169/2006 vom 13. September 2006, E. 3; BGE 109 Ia 5 E. 5).

Wie über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden ist, hängt letztlich davon ab, ob die Parteientschädigung vom Prozessgegner - allenfalls auf dem Wege der Zwangsvollstreckung - eingebracht werden kann. Handelt es sich bei der kostenpflichtigen Gegenpartei um ein Gemeinwesen oder auch um eine private Partei, deren Zahlungsfähigkeit ausser Zweifel steht, lässt sich gegen einen Entscheid, das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung abzuweisen, nichts einwenden. Anders verhält es sich jedoch, wenn sich die Zahlungsfähigkeit als unsicher erweist, zumal diesfalls gewährleistet bleiben muss, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat entschädigt wird. Wie dies prozessual sichergestellt wird, ist verfassungsrechtlich ohne Belang. Über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung kann zum Beispiel mit dem Entscheid in der Sache selbst befunden, die Entschädigung durch den Staat aber vom späteren Nachweis der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung abhängig gemacht werden. Denkbar ist allerdings auch, den Entscheid über die unentgeltliche Verbeiständung auszusetzen und darüber nur erforderlichenfalls zu entscheiden. Schliesslich kann es sich auch rechtfertigen, die Entschädigung des Anwalts direkt festzulegen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei bereits feststeht (was allerdings nicht bereits aus dem Umstand zu folgen braucht, dass der Gegenpartei ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt worden ist; BGE 122 I 322 E. 3.d; BGer 5A.849/2008 vom 9. Februar 2009, E. 2.2.2; ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 14).

3.3. Es ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Abschreibungsverfügung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist, soweit sie die Gerichtskosten betrifft, zumal der Gesuchsgegner keine Verfahrenskosten zu tragen hat. Die Zusprechung einer Parteientschädigung hat die Vorinstanz demgegenüber nicht davon entbunden, über das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden, da die Uneinbringlichkeit der zugesprochenen Parteientschädigung - aufgrund fehlender Arbeitsstelle und Vermögenslosigkeit der Gesuchstellerin - vom Gesuchsgegner bereits vor Vorinstanz geltend gemacht wurde (Urk. 12 S. 1). Aufgrund der derzeitigen Aktenlage kann über die Uneinbringlichkeit der dem Gesuchsgegner zugesprochenen Parteientschädigung nicht (reformatorisch) befunden werden, liegen nämlich keinerlei Unterlagen zur finanziellen Situation (Einkommen, Vermögen) der Gesuchstellerin im Recht. Im Übrigen erfolgte im vorinstanzlichen Verfahren auch keine Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Gesuchstellerin, welche den Schluss auf die Uneinbringlichkeit der von ihr zu leistenden Parteientschädigung zulassen würde (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 67). Demzufolge rechtfertigt es sich, die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben, als das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Verbeiständung als gegenstandslos abgeschrieben worden ist (Dispositivziffer 2), und das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Vorinstanz wird zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilen und bejahendenfalls eine Regelung betreffend die auszurichtende Parteientschädigung zu treffen haben.

IV.

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend ist dies der Kanton Zürich, weshalb für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben sind. Der Gesuchsgegner ist für seine Bemühungen mit Fr. 450.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (BGer 4A_374/2013 vom 23. September 2014, E. 4.3.2 und 5). Bei dieser Kosten- und Entschädi-

gungsregelung wird das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 30. Mai 2016 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Der Gesuchsgegner wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 450.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsgegner, die Vorinstanz sowie an die Gerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

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

Zürich, 6. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
se