

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE160012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 28. September 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Meilen

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 30. Juni 2016 (EE150045-G)**

Erwägungen:

1. a) Am 31. Juli 2015 hatte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch eingereicht. In dessen Verlauf wurde eine unter Mitwirkung beider Parteivertreter am 1. bzw. 2. Juni 2016 aussergerichtlich geschlossene umfassende Vereinbarung eingereicht. Mit Urteil und Verfügung vom 30. Juni 2016 (Urk. 49 = Urk. 52) nahm die Vorinstanz zusammengefasst davon Vormerk, dass die Parteien das Getrenntleben vereinbart hätten, belies den gemeinsamen Sohn (geboren 1999) unter der gemeinsamen bzw. alternierenden Obhut der Parteien, genehmigte die Vereinbarung bezüglich der Kinderbelange, schrieb im Übrigen das Verfahren als durch Vergleich erledigt ab (Dispositiv-Ziffern 2 - 6) und trat auf das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1).

b) Gegen das Nichteintreten auf ihr Armenrechtsgesuch hat die Gesuchstellerin am 8. September 2016 fristgerecht (Urk. 50/1) Beschwerde erhoben und stellt die Beschwerdeanträge (Urk. 51 S. 2):

- "1. Es sei der Entscheid des Urteils und der Verfügung vom 30. Juni 2016 in Dispositiv Ziff. 1 aufzuheben.
2. Die Einzelrichterin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin die Entsch eidgebü hr von insgesamt CHF 3'893.95 zu erlassen.
3. Die Einzelrichterin sei anzuweisen, die Kosten des Rechtsbeistandes für insgesamt 53 geleisteten Honorarstunden angemessen zu entschädigen (+ MWST) sowie die Barauslagen in Höhe von CHF 167.40 durch die Gerichtskasse zu begleichen,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gerichtes."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Gesuchstellerin habe als vorsorgliche Massnahme den Antrag auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.-- durch den Gesuchsgegner gestellt. Die danach eingereichte Vereinbarung enthalte die je hälftige Übernahme der Gerichtskosten und

den gegenseitigen Verzicht auf Parteientschädigung. Die Gesuchsgegnerin habe damit auf die Unterstützung des Gesuchsgegners verzichtet, was sie tun könne, da dies ihrer Disposition unterliege (Urk. 52 S. 6). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setze Mittellosigkeit voraus. Die unentgeltliche Rechtspflege könne nur bewilligt werden, wenn der Prozess nicht anderweitig finanziert werden könne; sie sei subsidiär zur familienrechtlichen Unterstützungspflicht. Die Gesuchstellerin habe mit Abschluss der Vereinbarung vom 1. bzw. 2. Juni 2016 auf die Unterstützung des Gesuchsgegners bei der Bezahlung der Prozesskosten verzichtet. Sie verfüge demnach nicht über ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihres Gesuchs, weshalb auf dieses nicht einzutreten sei (Urk. 52 S. 7).

b) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde konkret dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll; was nicht in dieser Weise beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand.

c) Soweit die Beschwerdevorbringen der Gesuchstellerin nicht eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid zum Gegenstand haben (Urk. 51 S. 2-5), erfüllen diese Vorbringen die Anforderungen an substantiierte Rügen nicht und ist darauf nicht weiter einzugehen.

d) Die Gesuchstellerin macht geltend, über die unentgeltliche Rechtspflege hätte zu Beginn des Verfahrens entschieden werden müssen und nicht erst nach Abschluss der Konvention (Urk. 51 S. 6).

Dem ist insoweit zuzustimmen, als eine um das Armenrecht ersuchende Partei bzw. deren Rechtsvertreter verlangen kann, dass darüber entschieden werde, bevor die Partei in erheblichem Masse Kosten verursachende weitere Prozesshandlungen vornimmt (BGer 4A_20/2011 vom 11.4.2011, E. 7.2.2). Dass die Gesuchstellerin solches verlangt hätte, macht sie in ihrer Beschwerde nicht geltend. Damit verblieb ihr das Risiko, dass sie die entsprechenden Kosten selber zu tragen hat (ZR 100/2001 Nr. 34).

Ohnehin aber ist – wie die Vorinstanz unangefochten und zu Recht erwogen hat – das Armenrecht zu einem möglichen Prozesskostenvorschuss subsidiär. Die Gesuchstellerin hatte diesbezüglich anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 4. November 2015 die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners behauptet und belegt; dieser habe per Ende 2013 über ein Vermögen von Fr. 712'313.-- verfügt, wovon Fr. 203'596.-- liquide Werte (Urk. 39 S. 11 i.V.m. Urk. 25/16). Der Gesuchsgegner hatte hierzu zwar zuvor behauptet, das Vermögen habe sich "massiv reduziert", hatte dies jedoch in keiner Weise substantiiert, geschweige denn belegt (Urk. 23 S. 16). Daher war davon auszugehen, dass – entsprechende Bedürftigkeit der Gesuchstellerin vorausgesetzt – dem Gesuch um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages stattzugeben sein würde. Nachdem die Parteien sodann an jener Verhandlung erklärten, aussergerichtliche Vergleichsgespräche führen zu wollen – wozu selbstredend auch die Frage der Prozessfinanzierung gehörte –, war die Vorinstanz nicht gehalten, das Armenrechtsgesuch zuvor zu entscheiden.

e) Die Gesuchstellerin macht schliesslich geltend, sie habe in der Vereinbarung nicht auf die Unterstützung des Gesuchsgegners bei der Bezahlung der Prozesskosten verzichtet, sondern das Einverlangen der Übernahme der Prozesskosten durch den Gesuchsteller sei aussichtslos gewesen; dieses Begehren hätte das Zustandekommen der Vereinbarung erschwert oder sogar verhindert (Urk. 51 S. 6 f., auch schon S. 5 unten).

Wenn eine Partei an einem Anspruch, welchen sie gerichtlich geltend gemacht hat, in einem Vergleich nicht (mehr) festhält, verzichtet sie mit dem Vergleichsschluss auf diesen Anspruch (vgl. Art. 241 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin hat ihren Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gerichtlich geltend gemacht (Urk. 13, Urk. 29). In der Vereinbarung der Parteien vom 1./2. Juni 2016 – welche ohne weiteres einen Vergleich im Sinne von Art. 241 ZPO darstellt – haben die Parteien die hälftige Übernahme der Gerichtskosten und den gegenseitigen Verzicht auf Parteientschädigung vereinbart, ohne einen Prozesskostenbeitrag oder sonst eine entsprechende Zahlung des Gesuchsgegners vorzusehen (Urk. 41 und 43, je Ziffer 6). Zudem haben sie um Abschreibung

des Verfahrens infolge Vergleichs ersucht (Urk. 41 und 43, je Ziffer 5; vgl. auch Urk. 40 S. 2). Damit hat die Gesuchstellerin auf den von ihr geltend gemachten Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag verzichtet. Dass ohne diesen Verzicht möglicherweise der Vergleich nicht zustande gekommen wäre, beschlägt sodann die Motivation für den Verzicht, ändert aber selbstredend nichts an der Qualifikation des Verzichts als solchen.

f) Damit bleibt es dabei, dass die Gesuchstellerin auf die Unterstützung des – leistungsfähigen – Gesuchsgegners für die Prozessfinanzierung verzichtet hat. Ob bei dieser Ausgangslage auf deren Armenrechtsgesuch mangels schutzwürdigem Interesse nicht einzutreten war, wie dies die Vorinstanz getan hat und was als solches nicht gerügt wurde, oder ob das Gesuch zufolge fehlender Mittellosigkeit abzuweisen gewesen wäre, braucht nicht vertieft zu werden.

g) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde der Gesuchstellerin als unbegründet; sie ist dementsprechend abzuweisen.

3. a) Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470). Demgemäss sind für das vorliegende Beschwerdeverfahren Gerichtskosten festzusetzen (§ 6 Abs. 2 lit. b, § 9 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung) und ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Die Gesuchstellerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 51 S. 2). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

c) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Gesuchstellerin zufolge ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 51, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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. 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, 28. September 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
kt