

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE200006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 18. September 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht,

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 12. Februar 2020
(EE190284-L)**

Erwägungen:

I.

1. B. _____ (Gesuchstellerin im Hauptprozess, fortan Gesuchstellerin) und A. _____ (Gesuchsgegner im Hauptprozess und Beschwerdeführer, fortan Gesuchsgegner) standen vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren. Mit Urteil vom 12. Februar 2020 erging der Entscheid in der Hauptsache (Urk. 44). Mit gleichem Datum erliess die Vorinstanz die folgende Verfügung, zunächst in unbegründeter und auf Begehren des Gesuchsgegners in begründeter Form (Urk. 49 = Urk. 54 S. 16):

1. Die Begehren um Verpflichtung der Gegenpartei zur Leistung von Prozesskostenbeiträgen werden, soweit sie über Ziffer 8 Absatz 2 der Parteivereinbarung vom 22. Januar 2020 hinausgehen, abgewiesen.
2. Die Gesuche beider Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden abgewiesen.
3. (Schriftliche Mitteilung).
4. (Beschwerde).

2. Am 15. Mai 2020 erhob der Gesuchsgegner Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 53 S. 2):

"1. In Abänderung von Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2020 sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Prozessverbeiständung in der Person des Unterzeichneten zu gewähren;

2. In Ergänzung von Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2020 seien dem Beschwerdeführer die Hälfte der Prozesskosten aufzuerlegen jedoch aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen;

4. In Ergänzung des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Februar 2020 seien die Kosten für den unentgeltlichen Rechtsbeistand einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen;"

Prozessualer Antrag:

"Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Verfahren in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

3. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege hat die Gegenpartei im Hauptprozess keine Parteistellung, sondern es handelt sich um ein Verfahren zwischen dem Gesuchsgegner als gesuchstellende Partei und dem Staat (BGE 139 III 334 E. 4.2.).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 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 (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

2. Die Vorinstanz prüfte zunächst die von den Parteien gestellten Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von je Fr. 6'000.—. Dies in Einklang mit der Rechtsprechung, dass die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beistandspflicht aus Familienrecht nachgeht. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei im Zeitpunkt des Entscheids voraus. Ausserdem darf der Prozessstandpunkt nicht als aussichtslos erscheinen. Die Vorinstanz wies die beiden Gesuche ab, da weder die Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegner bedürftig sei. Beide Parteien

würden je über Wohneigentum im Ausland verfügen und es sei ihnen zumutbar, dieses zu veräussern (Urk. 54 S. 11, S. 15).

3.1 Nicht umstritten ist, dass der Gesuchsgegner nicht in der Lage ist, den Prozess – geschweige denn seinen Rechtsvertreter – aus seinen laufenden Einkünften zu finanzieren. Die Vorinstanz ermittelte einen Bedarf von Fr. 4'550.– und ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'900.–. Dies führt zu einem Manko von Fr. 1'650.–, das sich allerdings auf Fr. 250.– reduziert, da der Gesuchsgegner verpflichtet ist, ein Zimmer seiner Wohnung zu Fr. 1'400.– unterzuvermieten (Urk. 54 S. 8).

3.2 Zur Vermögenssituation erwog die Vorinstanz, der Gesuchsgegner sei Eigentümer einer möblierten Ferienwohnung in C. _____ [Stadt], die er im Juni 2017 für EUR 103'000.– gekauft habe und deren Steuerwert für das Jahr 2018 mit Fr. 110'000.– veranlagt worden sei. Dem Gesuchsgegner sei im Jahr 2017 wegen gesundheitlicher Beschwerden eine Versicherungsleistung von insgesamt Fr. 175'000.– ausbezahlt worden, die sich aus einer Integritätsentschädigung (Fr. 40'000.–), einer Genugtuung (Fr. 30'000.–), einem Kostenersatz (Fr. 10'000.–) sowie einer Entschädigung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens (Fr. 95'000.–) zusammensetze (Urk. 26/4). Die Integritätsentschädigung, die Genugtuung sowie der Kostenersatz in der Höhe von Fr. 80'000.– seien in die Wohnung investiert worden und gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG unpfändbar. Die Entschädigung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens in Höhe von Fr. 95'000.– sei gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG beschränkt pfändbar. Unklar sei, woher die Fr. 30'000.– stammten, zugunsten des Gesuchsgegners sei davon auszugehen, dass er Fr. 30'000.– aus der Entschädigung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens geleistet habe. Die Unpfändbarkeit bzw. beschränkte Pfändbarkeit der Leistungen erstreckte sich auch auf die Wohnung als Surrogat. Gemäss Bundesgericht sei für die Beurteilung der Mittellosigkeit jedoch grundsätzlich unerheblich, aus welcher Quelle ein Vermögenswert stamme. Die Art der Vermögensanlage beeinflusse allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung anzugreifen (unter Verweis auf

BGE 144 III 531). Soweit die Wohnung in C._____ binnen nützlicher Frist zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden könne, sei diese somit bei der Beurteilung der Bedürftigkeit des Gesuchsgegners zu berücksichtigen (Urk. 54 S. 8 ff.).

3.3 Die Wohnung in C._____ sei nicht vermietet. Entsprechend sei es dem Gesuchsgegner zumutbar, diese ohne grosse Verzögerungen und - da sie nicht zuletzt in einer beliebten Gegend an der D._____ [Gegend in Frankreich] liege - Aufwand zu verkaufen. Der Gesuchsgegner plane denn auch bereits, die Wohnung zu verkaufen; so habe er sich in der Eheschutzvereinbarung verpflichtet, der Gesuchstellerin Fr. 5'000.- des Verkaufserlöses akonto Güterrecht zu bezahlen. Demzufolge sei die Bedürftigkeit zu verneinen. Sein Begehren um Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses [bzw. -beitrags] sei abzuweisen (Urk. 54 S. 8 ff.). Ebenfalls abzuweisen sei das eventua-liter gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 54 S. 12).

4.1 In der Beschwerde wendet sich der Gesuchsgegner gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege. Im Wesentlichen macht er geltend, der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden, dass es für die Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung unerheblich sei, aus welcher Quelle ein Vermögenswert stamme. Die von der Vorinstanz zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 144 III 531) könne im vorliegenden Verfahren nicht angewandt werden. Im zitierten Entscheid habe sich das Bundesgericht mit der Frage befasst, ob der Beschwerdeführer, welcher auf einen Leistungsanspruch aus kollektiver Krankentaggeldversicherung geklagt habe, sein beschränkt pfändbares Vermögen zur Prozessfinanzierung heranziehen müsse. Im vorliegenden Fall sei der Gesuchsgegner beklagte Partei in einer familienrechtlichen Angelegenheit und habe keinen Prozess ausgelöst, um einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen. Die Situation sei weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einfach und der Gesuchsgegner sei auf anwaltliche Unterstützung angewiesen gewesen. Nach Ansicht des unterzeichnenden Rechtsvertreters erscheine klar, dass vorab die Integritätsentschädigung und die Genugtuung in der Immobilie angelegt worden seien, während die Kapitalauszahlung vor allem für die Lebenshaltungskos-

ten und die Ersatzanschaffung eines Fahrzeugs zur Berufsausübung verwendet worden sei. Es sei deshalb von Fr. 30'000.– auszugehen, welche im Kaufpreis der Liegenschaft aus der Kapitalauszahlung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens stammten und beschränkt pfändbar seien. Aus Sicht des unterzeichnenden Rechtsvertreters sei das allfällig durch den Verkauf der Liegenschaft liquidierbare Kapital aus Erwerbsersatz (Fr. 30'000.–) im Hinblick auf das Alter des Gesuchsgegners und die eingeschränkte Erwerbsfähigkeit weder pfändbar, noch dürfe es zur Deckung der Prozessfinanzierung herangezogen werden (Urk. 53 S. 3 f.).

4.2 Was die Verwertbarkeit der Liegenschaft innert nützlicher Frist angehe, sei der Vorinstanz ebenfalls zu widersprechen. Der Gesuchsgegner versuche seit dem 10. Januar 2019 aufgrund seiner desolaten finanziellen Verhältnisse und unabhängig von der Finanzierung des Prozesses die Liegenschaft zu verkaufen. Es habe während des ganzen Jahres keinen einzigen Kaufinteressenten gegeben. Aufgrund der Covid-19-Pandemie sei es zurzeit nicht absehbar, wann die Wohnung tatsächlich verkauft werden könne (Urk. 53 S. 5).

4.3 Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die Anwaltschaft gesetzlich verpflichtet sei, auch amtliche Vertretungen anzunehmen und die Verfahren mit gleicher Sorgfalt zu führen wie bei zahlender Klientschaft. Wenn man den Ausführungen der Vorinstanz folge, hätte der unterzeichnende Rechtsanwalt auf einem Vorschuss bestehen müssen (wozu die Anwälte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet seien) und das Mandat infolge der Nichtbezahlung des Vorschusses nicht annehmen dürfen. Dem Gesuchsgegner wäre es - den Erwägungen der Vorinstanz folgend - nicht möglich gewesen, sich anwaltlich vertreten zu lassen und somit seine Interessen in einem fairen Verfahren durchzusetzen (Urk. 53 S. 6).

5.1 In BGE 144 III 531 hat das Bundesgericht die Rechtsfrage entschieden, dass der Kapitalbezug der beruflichen Vorsorge nach Eintritt des Versicherungsfalls bei der Ermittlung der Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO dem Vermögen des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege anzurechnen ist (Regeste).

Es trifft zu, dass BGE 144 III 531 nicht die in casu zu beantwortende Frage behandelt, ob die Entschädigung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens bei der Bestimmung der prozessualen Bedürftigkeit als Vermögen anzurechnen ist. Gleichwohl hat die Vorinstanz diesen Entscheid zu Recht berücksichtigt. Daran ändert auch die Parteistellung als Beklagter bzw. Gesuchsgegner im Eheschutzverfahren nichts. So wie es gesetzlich nicht sichergestellt ist, dass die versicherte Person das ausbezahlte Kapital der zweiten Säule nur für den Vorsorgefall verwenden wird (BGE 144 III 531 E. 4.2.3), so verhält es sich auch hier. Mit der Auszahlung der Kapitalabfindung für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens ging das Geld in das Privatvermögen des Gesuchsgegners über, und er konnte grundsätzlich frei darüber verfügen. Der Gesuchsgegner räumt selbst ein, wovon auch die Vorinstanz ausgegangen ist (Urk. 54 S. 10), dass er Fr. 30'000.– in die Wohnung in C._____ investiert und den Rest für die Deckung der Lebenshaltungskosten verbraucht hat (Urk. 53 S. 4). Daher erübrigt es sich ohnehin, die Kapitalabfindung für die restlichen Jahre der Erwerbstätigkeit in eine Rente um- und pro rata als Einkommen anzurechnen, um dem Erwerbsausfall Rechnung zu tragen. Die mangelnde bzw. beschränkte Pfändbarkeit spricht schliesslich nicht gegen die Berücksichtigung des Vermögenswertes bzw. des Surrogats (BGE 144 III 531 E. 4.2.2), was die Vorinstanz bereits festgehalten hat.

5.2 Zur fehlenden Verwertbarkeit reicht der Gesuchsgegner einen Mandatsvertrag für den Verkauf der Wohnung ein, welcher vom 10. Januar 2019 datiert, mit dem Bemerkten, es habe während des ganzen Jahres keinen einzigen Kaufinteressenten gegeben (Urk. 53 S. 5, Urk. 58/4). Dies ist ein unzulässiges Novum (Art. 326 Abs 1 ZPO) und kann nicht berücksichtigt werden. Gleich verhält es sich mit der Angabe, er habe noch während der zweiten Verhandlung vor Vorinstanz am 22. Januar 2020 der Immobilienfirma, über welche er die Wohnung gekauft bzw. später vermietet habe, den Auftrag zum Verkauf der Wohnung verlängert (Urk. 53 S. 5). Im Beschwerdeverfahren sind sowohl unechte als echte Noven ausgeschlossen. Daher ist auch der Einwand, dass aufgrund der Covid-19-Pandemie nicht absehbar sei, wann die Wohnung tatsächlich verkauft werden könne (Urk. 53 S. 5), prozessual unzulässig.

6. Nach dem Ausgeführten liegt keine unrichtige Rechtsanwendung vor, wenn die Vorinstanz erkannt hat, dass es dem Gesuchsgegner zumutbar ist, die Wohnung in C._____ zu verkaufen, und sie deshalb die prozessuale Bedürftigkeit verneint hat.

7. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Wohnung nicht innert nützlicher Frist veräussert werden könnte und der Gesuchsgegner daher als prozessual mittellos gelten würde, wäre das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege aus nachfolgenden Erwägungen abzuweisen.

7.1 Die aus der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Nach der Rechtsprechung darf dabei von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Auf diese Weise kann das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen, womit sichergestellt ist, dass die Beurteilung, ob ein Vorschuss zu leisten ist oder nicht, nicht der antizipierten Beurteilung durch die Partei überlassen wird. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1).

7.2 In erster Instanz hat der Gesuchsgegner ein betreffendes Gesuch gestellt. Dies wurde mangels eigener Bedürftigkeit abgewiesen. Die Vorinstanz verneinte auch bei der Gesuchstellerin die Bedürftigkeit, da sie ebenfalls über Wohneigentum im Ausland verfügt und es der Gesuchstellerin zumutbar sei, ihre Eigentumswohnung im Wert von Fr. 50'000.– zu verkaufen (Urk. 54 S. 15). In der Beschwerde unterlässt es der Gesuchsgegner jedoch, die Abweisung seines Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses anzufechten und legt auch nicht - unter Hinweis auf die zitierte Rechtsprechung - dar, weshalb er der Ansicht ist, keinen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag erhältlich machen zu können. Die Gesuchstellerin hat sich gegen die Aufforderung der Vorinstanz, sie müsse die Woh-

nung verkaufen, nicht gewehrt. Es liegt nicht auf der Hand, dass sie ihre Wohnung nicht innert nützlicher Frist verkaufen kann. Zu beachten ist nämlich, dass es vorliegend nicht darum geht, einen anstehenden Prozess zu finanzieren, sondern um die Liquidation eines abgeschlossenen Verfahrens. Der Einwand, die anwaltlich vertretene Gegenpartei habe bereits angezeigt, erneut ein Verfahren einzuleiten, um vor Gericht die getroffene Vereinbarung abzuändern; es sei für den Gesuchsgegner von existentieller Bedeutung, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde (Urk. 53 S. 6), ist im Beschwerdeverfahren novenrechtlich unbeachtlich (Art. 326 ZPO). Zudem wäre, sollte in einem neuen Verfahren ein erneutes Gesuch gestellt werden, dies wiederum zu prüfen.

7.3 Folglich ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner seiner Mitwirkungsobligenheit nicht rechtsgenügend nachgekommen ist und nicht substantiiert dargelegt hat, weshalb er die Abweisung des Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags nicht angefochten hat. In Nachachtung des Grundsatzes der Subsidiarität wäre das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch deshalb abzuweisen.

8. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

III.

1. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren kostenlos. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Entsprechend sind dem unterliegenden Gesuchsgegner die Kosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.2).

2. Das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen ebenfalls abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Zustellung des Doppels von Urk. 53, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen 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, 18. September 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
rl