Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: RU110035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 6. Oktober 2011

in Sachen

Stadt Winterthur,
Beschwerdeführerin,

vertreten durch Stadtrat Winterthur, Stadthaus, 8402 Winterthur, dieser vertreten durch Friedensrichteramt Winterthur, Steinberggasse 54, Postfach, 8402 Winterthur,

betreffend **Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in Sachen A._____, geboren tt.mm.2010,**

Beschwerde gegen ein Urteil des Vize-Präsidenten des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. August 2011 (VO110092)

Rechtsbegehren:
(act. 7 S. 2)

" Es sei Ziff. 2 des Dispositivs des Urteils vom 18. August 2011 aufzuheben und es seien die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege des Schlichtungsverfahrens dem Kanton aufzuerlegen;

unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 10. August 2011 stellte A._____ (nachfolgend Gesuchsteller), geb. tt.mm.2010, vertreten durch seinen Beistand Rechtsanwalt lic. iur. X._____, beim Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für eine mit Eingabe vom 27. Juli 2011 beim Friedensrichteramt Winterthur angehobene Unterhaltsklage (act. 1).

1.2. Mit Urteil vom 18. August 2011 des Vize-Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich wurde dem Gesuchsteller für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt Winterthur betreffend Unterhaltsklage die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wurden die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege des Schlichtungsverfahrens unter Vorbehalt von Art. 207 Abs. 2 ZPO der Stadt Winterthur auferlegt (act. 3 = act. 6).

1.3. Mit Schreiben vom 5. September 2011 erhob die Beschwerdeführerin bei der Kammer rechtzeitig Beschwerde und beantragte, die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege des Schlichtungsverfahrens seien anstelle der Gemeinde dem Kanton aufzuerlegen (act. 7).

2. Materielles

2.1. Im angefochtenen Entscheid wurde ausgeführt, dass die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege vom "Kanton" getragen würden bzw. der unentgeltliche Rechtsbeistand vom "Kanton" entschädigt würde (Art. 113 Abs. 1 und Art. 122 ZPO) und dass gemäss ständiger Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich zur Schweizerischen Zivilprozessordnung sowie gemäss entsprechend bisheriger

zürcherischer Praxis die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor Schlichtungsbehörde von der zuständigen Gemeinde zu tragen seien, vorliegend somit von der Stadt Winterthur (act. 6 S. 5 f.).

2.2. Die Beschwerdeführerin machte geltend, es sei in den Erwägungen im Urteil vom 18. August 2011 des Vize-Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich zutreffend und in Übereinstimmung mit der ZPO vom "Kanton" die Rede. Es fänden sich weder in der Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006 noch in den Protokollen aus den Beratungen von National- und Ständerat Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber mit "Kanton" ein anderes Gemeinwesen als eben den "Kanton" gemeint haben könnte. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht nur "Kanton" geschrieben, sondern auch "Kanton" gemeint habe. Der Begriff "Kanton" sei eindeutig, klar und nicht auslegungsbedürftig.

Im Weiteren könne in Anbetracht dessen, dass die ZPO erst vor kurzem in Kraft getreten sei und scheinbar erst wenige Urteile betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ergangen seien, nicht von einer ständigen Praxis gesprochen werden. Es sei zutreffend, dass vor dem 1. Januar 2011 die Gemeinden die Kosten der vorprozessualen unentgeltlichen Prozessführung getragen hätten. Die Entscheidkompetenz sei dannzumal aber auch bei den Friedensrichterinnen und Friedensrichter gelegen. Unter der damaligen gesetzlichen Regelung sei gemäss § 209 GVG explizit vorgesehen gewesen, dass die Gemeinden den Friedensrichterinnen und Friedensrichter Gebühren ersetzten, welche wegen der unentgeltlichen Rechtspflege entfallen seien. Eine solche Regelung fände sich im GOG nicht. Für eine Kostenüberwälzung auf die Gemeinde fehle es damit an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Jedenfalls könne sich das Obergericht nicht auf die bisherige zürcherische Praxis berufen (act. 7 S. 2 f.).

Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, wenn der Kanton für die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege und die unentgeltliche Rechtsverbeiständung aufkäme, würde Kongruenz zwischen entscheidender und bezahlender Ebene geschaffen. Der Vorbehalt von Art. 207 Abs. 2 ZPO verfange nicht, da nicht sichergestellt sei, dass die Gemeinde bzw. das Friedensrichteramt vom Ausgang eines Verfahrens auch tatsächlich Kenntnis erhalte und somit die Ge-

bühren einfordern könne, weshalb eine zentrale kantonale Stelle wie die Obergerichtskasse diese Aufgabe administrativ wesentlich einfacher und effizienter wahrnehmen könnte (act. 7 S. 3 f.).

2.3. Ob gegen Entscheide des Obergerichtspräsidenten ein kantonales Rechtsmittel zur Verfügung steht, ist nicht ohne Weiteres klar. Der bundesrechtlichen Vorgabe der "double instance" kann nicht konsequent nachgelebt werden: wenn es das Bundesrecht ausnahmsweise vorsieht (BGE 137 III 217 oder Art. 5 und 6 ZPO), aber auch wenn von Bundesrechts wegen schon die obere kantonale Instanz entscheidet, wie etwa bei vorsorglichen Massnahmen und überhaupt bei prozessleitenden Entscheiden im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens (SJZ 106/2010 S. 89 mit Hinweis auf Botschaft und Literatur). Allerdings ist es problematisch, wenn das kantonale Recht ohne Not im Rahmen seiner Organisationshoheit eine bestimmte Materie dem oberen Gericht zuweist und so das Rechtsmittel abschneidet (Diggelmann, Dike-Komm. ZPO, Art. 50 N. 2). Das Obergericht ist Berufungs- und Beschwerdeinstanz in Zivilsachen (§ 48 GOG). Unter diesem Aspekt ist auf das Rechtsmittel einzutreten.

2.4. Die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) regelt das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für streitige Zivilsachen, gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und die Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 1 ZPO). Den Kantonen verbleibt mit gewissen Einschränkungen die Kompetenz zur Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden (Art. 122 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 3 ZPO). Das durch Beschluss des Kantonsrats erlassene Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation (GOG) regelt unter anderem die Organisation der Behörden sowie deren Zuständigkeit im Zivilverfahren und enthält die zur Ausführung der ZPO notwendigen Verfahrensvorschriften (vgl. § 1 lit. a und b GOG).

Der Präsident des Obergerichts und sein Stellvertreter haben im laufenden Jahr schon deutlich über hundert Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege im Schlichtungsverfahren behandelt. Wenn sie dabei regelmässig anordneten, die Kosten gingen zu Lasten der jeweiligen Gemeinde, dürfen sie entgegen der Kritik in der Beschwerde mit Fug von einer ständigen Praxis sprechen. Für das heute

zu behandelnde Rechtsmittel kommt es freilich nicht darauf an, wie oft die beanstandete Anordnung bereits getroffen worden ist.

Gemäss Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO gehen die Gerichtskosten zulasten "des Kantons", wenn die unentgeltlich prozessierende Partei unterliegt. Weder in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 (S. 7304) noch in den ZPO-Kommentaren wird der Begriff "Kanton" definiert (vgl. Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 2 ff.; Roland Köchli, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 122 N 3 ff.). Anstatt vom Kanton wird in diesem Zusammenhang in einem Kommentar vom Gemeinwesen gesprochen (ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 2) und einzig in einem Kommentar (vgl. KUKO ZPO-Schmid, Art. 122 N 1) steht: "Entschädigungspflichtig ist der betreffende Kanton, vertreten durch die Staats- bzw. Gerichtskasse (Staehlin/Staehelin/Grolimund, § 16 Rz 70)", wobei diese zitierte Randziffer 70 nur festhält, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton des Ortes, an welchem der Prozess geführt wird, angemessen zu entschädigen sei. Bezüglich der Kostentragung innerhalb des Kantons steht in diesem Abschnitt nichts. Der Kanton hat bezüglich der internen Aufteilung Gestaltungsfreiheit, indem er selber bestimmen kann, welches Gemeinwesen unter den beschriebenen Voraussetzungen die Verfahrenskosten zu tragen hat.

Nach bisherigem Recht wurden die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor Friedensrichter von der Gemeinde getragen (§ 209 Abs. 1 GVG). Das war stimmig im System, nach welchem die Friedensrichter durch die von den Parteien bezahlten Gebühren honoriert wurden und Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen durch die Gemeinde hatten. Neu vergüten die Gemeinden ihren Friedensrichtern nicht nur wie bisher die Auslagen für Räumlichkeiten, Büromaterialien und dergleichen, sondern sie haben den Friedensrichterinnen und Friedensrichtern auch einen Lohn zu bezahlen. Konsequent fallen nun auch die Einnahmen der Friedenrichterämter in die Gemeindekasse (§ 56 GOG).

Wer den Ausfall der Gebühren bei unentgeltlicher Prozessführung trägt, wird im neuen GOG nicht festgelegt. Darin könnte man ein qualifiziertes Schweigen erkennen, wenn dafür Anhaltspunkte bestünden. Das ist aber nicht der Fall. Es gibt so weit ersichtlich in den Materialien keine Äusserungen zu dem Punkt, und

dem Obergericht ist nicht erinnerlich, dass in den Vorarbeiten zum GOG darüber diskutiert wurde. Unter diesen Umständen ist vielmehr anzunehmen, dass der kantonale Gesetzgeber den Punkt aus Versehen nicht regelte, sozusagen eine "Fahrlässigkeitslücke" vorliegt. Und um diese im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen, liegt die Überlegung am nächsten, dass wer die tatsächlich bezahlten Gebühren einkassiert, auch den Ausfall zu tragen hat, wenn Gebühren nicht erhältlich sind oder (eben wegen bewilligter unentgeltlicher Prozessführung) gar nicht auferlegt werden können.

Wie es zu halten ist, wenn nicht nur die unentgeltliche Prozessführung gewährt, sondern einer Partei ein unentgeltlicher Vertreter bestellt wird, ist heute nicht zu entscheiden. Immerhin wird eine solche Entschädigung bekanntlich erst festgesetzt, wenn der endgültige Ausgang des Verfahrens fest steht - weil dem Vertreter je nachdem eine Entschädigung von der unterliegenden Gegenpartei zugesprochen oder direkt das Honorar ausbezahlt wird (Art. 122 ZPO). Die Bedenken der Beschwerdeführerin wegen ihres mangelnden Informationsstandes (dazu sogleich) sind hier also unbegründet.

Die Beschwerdeführerin weist auf einen offenen Punkt hin: Die Kosten des Schlichtungsverfahrens belasten die Gemeinde nur dann definitiv, wenn die klagende Partei im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren nicht obsiegt oder die ihr zugesprochene Entschädigung nicht erhältlich ist (nach Art. 207 Abs. 2 ZPO werden die Kosten des Schlichtungsverfahrens "zur Hauptsache geschlagen", was bedeutet, dass sie bei der Prozessentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO zu berücksichtigen sind). Wie die Gemeinde zu den nötigen Informationen kommen soll, kann die Kammer nicht entscheiden. Denkbar wäre, dass die Friedensrichter eine Bemerkung in die Klagebewilligung aufnähmen und die Gerichte beim Kostenentscheid darauf Bedacht nähmen. Es wird sich dann auch die Frage stellen, ob eine Entschädigung im Betrag der Kosten des Schlichtungsverfahrens direkt der Gemeinde zugesprochen werden könnte. Das Problem ist allerdings nicht neu: schon nach bisherigem Recht hatten die Gemeinden wie erwähnt die wegen unentgeltlicher Prozessführung nicht erhältlichen Kosten zu tragen, und schon bisher galt die selbstverständliche Praxis, dass die Kosten der Weisung bei der

Bemessung der Prozessentschädigung zu berücksichtigen waren. Das führte bisher nicht zu Diskussionen, und vielleicht wäre es sinnvoll, vor einer generellen Regelung (sei es durch eine Anregung oder ein Kreisschreiben der Verwaltungskommission, sei es durch eine Ergänzung des GOG) die finanzielle Tragweite des Problems abzuklären.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Kosten

Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO keine Gerichtskosten erhoben.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Vize-Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. August 2011 wird bestätigt.

2. Das obergerichtliche Verfahren ist kostenlos.

3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an Rechtsanwalt lic. iur. X._____, …, unter Beilage eines Doppels von act. 7, sowie – unter Rücksendung der Akten – an den Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

4. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt max. Fr. 1'240.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: