

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU180018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 1. Juni 2018

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen ein Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
10. April 2018 (ED180022)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist offenbar in zweiter Ehe mit B. _____ verheiratet und Vater von sechs Kindern. Die drei jüngsten Kinder des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau leben mit ihnen im Haushalt (vgl. act. 1 S. 3 Rz. 6 und 9; act. 3/20 S. 6 Rz. 23).

1.2 Das an das Friedensrichteramt der Kreise ... & ... adressierte Schlichtungsgesuch des Beschwerdeführers vom 22. März 2018 (vgl. act. 3/20) richtet sich gegen das drittälteste seiner Kinder, C. _____, welche mit ihrer Mutter am ... [Adresse] wohne, und betrifft den Kinderunterhalt (vgl. act. 3/20 S. 3 Rz. 5 und S. 4 Rz. 11). Der Beschwerdeführer stellte mit Eingabe vom 23. März 2018 (act. 1) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteiständung und beantragte, dieses sei ihm für das Schlichtungsverfahren betreffend die Kinderunterhaltsklage zu bewilligen (vgl. act. 1 S. 8 Rz. 17). Gleichzeitig reichte er zu seinem Einkommen und vereinzelt Bedarfspositionen Unterlagen ein (vgl. act. 1 S. 3 f. Rz. 9 ff. i.V.m. act. 3/3-20).

1.3 Mit Urteil vom 10. April 2018 (act. 5 = act. 10 [Aktenexemplar] = act. 12) wies die Vorinstanz das Gesuch im Wesentlichen mangels Mitwirkung des bereits damals anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers in Bezug auf seine Mittellosigkeit ab.

1.4 Dagegen richtet sich die vom Beschwerdeführer mit Eingabe vom 24. April 2018 (Datum Poststempel 30. April 2018) rechtzeitig (vgl. act. 5 i.V.m. act. 6 i.V.m. act. 11 S. 1, Art. 121 i.V.m. Art. 321 Abs. 2 ZPO) erhobene Beschwerde mit den folgenden Anträgen (vgl. act. 11 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. April 2018 aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer für das Schlichtungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichneten, rückwirkend ab 1. November 2017 zu bestellen.

2. Eventualiter: Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. April 2018 aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer für das Schlichtungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichneten zu bestellen.
3. Subeventualiter: Es sei Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. April 2018 aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt zulasten der Staatskasse."

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1-8). Die Sache ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1 Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden (vgl. Art. 119 Abs. 1 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Vor Einreichung der Klage beim Gericht ist das Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichts für Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege zuständig (vgl. § 128 GOG/ZH). Wird vor Rechtshängigkeit der Hauptsache um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren ersucht, sind grundsätzlich die Mittellosigkeit und die Notwendigkeit einer Verbeiständung zu begründen, in der Regel aber nicht die Nichtaussichtslosigkeit des Schlichtungsverfahrens (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Bern 2012, Art. 119 N 82). Zu berücksichtigen ist jedoch namentlich bei verheirateten Gesuchstellern, dass die aus der ehelichen Unterhalts- oder Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht. Dies gilt sowohl in eherechtlichen Prozessen als auch in solchen mit Dritten (vgl. BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 117-123 N 49 und Art. 117 N 34 je m.w.H.).

Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (vgl. Art. 121 ZPO).

2.2 Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Das bedeutet, dass einerseits die Beschwerde Anträge zu enthalten hat, welche zu begründen sind, und andererseits in der Begründung darzulegen ist, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (vgl. ZK ZPO-FREIBURGHHAUS/AFHELDT, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 321 N 14 f.). Daher genügt es nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Blosser Verweise auf Vorakten sind ungenügend (vgl. BGer 5A_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.2.1; 4A_252/2012 vom 27. September 2012 E. 9.2.1; 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2 mit Hinweisen).

Soweit der Beschwerdeführer auf seine im vorinstanzlichen Verfahren gemachten Ausführungen und auf das entsprechende Gesuch in der Beilage verweist (vgl. act. 11 S. 3 Rz. 4), kommt er seiner Begründungslast nicht nach. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

2.3 Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rechtfertigt jedoch eine Ausnahme davon (vgl. OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013 E. 2.1).

3. Zur Beschwerde im Einzelnen

3.1.1 Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen

Rechtsvertretung im Wesentlichen mit der fehlenden Mitwirkung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers in Bezug auf seine Mittellosigkeit. Die Vorinstanz kam zum Schluss, eine Fristansetzung zur Ergänzung des Gesuches erübrige sich. Nur unbeholfene Rechtssuchende seien auf die Angaben hinzuweisen, welche zur Beurteilung des Gesuchs nötig seien; eine anwaltlich vertretene Partei könne aber nicht als unbeholfen bezeichnet werden (vgl. act. 10 S. 2 E. 1 i.V.m. S. 3 E. 3). Bei dieser Sachlage erübrige sich überdies die Prüfung der Frage der Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung (vgl. a.a.O., S. 3 E. 4).

3.1.2 Der auch vor Obergericht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer bemängelt in erster Linie eine Gehörsverletzung. Die Vorinstanz habe ihn nicht vorgängig auf die Unvollständigkeit seiner Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse oder der hierzu eingereichten Unterlagen hingewiesen und es sei ihm keine Gelegenheit gegeben worden, diese zu ergänzen. Damit habe die Vorinstanz ihre gerichtliche Fragepflicht verletzt (vgl. act. 11 S. 6 Rz. 19 f.). Um seinen rechtlichen Standpunkt zu untermauern, verweist er auf zwei unpublizierte Bundesgerichtsentscheide (BGer 4A_116/2011 vom 6. Mai 2011, E. 1.2 und 5A_447/2012 vom 27. August 2012, E. 3.1) sowie auf den Basler Kommentar zur ZPO (Art. 119 N 3).

3.1.3 In beiden erwähnten Entscheiden hält das Bundesgericht explizit fest, dass allenfalls *unbeholfene* Rechtssuchende darauf hinzuweisen seien, und dem Kommentar ist diesbezüglich nichts anderes zu entnehmen. Inwiefern die von der Vorinstanz angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung aus dem Jahr 2013 (vgl. act. 10 S. 2 E. 1), bestätigt in BGer 5A_536/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 4.1.2, wonach eine anwaltlich vertretene Person nicht als unbeholfen gelten kann, überholt sein sollte, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen handelte es sich nicht um Unsicherheiten oder Unklarheiten, zu deren Klärung die Vorinstanz dem Beschwerdeführer hätte Frist zur Ergänzung ansetzen müssen. Vielmehr unterliess es der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer gänzlich, seine Vermögenssituation und die seiner Ehefrau darzutun. Um die Mittellosigkeit eines Ehegatten zu ermitteln, ist jedoch vom Gesamteinkommen und –vermögen beider Ehegatten auszugehen (vgl. BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 37 m.w.H.). Denn eine

Partei gilt grundsätzlich dann als mittellos, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (vgl. BGE 141 III 369 ff., E. 4.1 m.w.H.). Es wäre somit am Beschwerdeführer gewesen, vor Vorinstanz namentlich Ausführungen zum Gesamtvermögen zu machen. Dies umso mehr, als aufgrund der dargestellten Einkommens-situation fraglich erscheinen musste, mit welchen Mitteln der Beschwerdeführer seinen eigenen Lebensunterhalt und denjenigen seiner Familie bestreitet (vgl. unten E. 3.2.4). Die Vorinstanz hat ihre gerichtliche Fragepflicht und den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör daher nicht verletzt. Aus demselben Grund bleiben neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel zur Mittellosigkeit im Beschwerdeverfahren unbeachtlich.

Daher bleibt gestützt auf die zulässigen Vorbringen des Beschwerdeführers zu prüfen, ob die Vorinstanz die Voraussetzungen des Anspruchs gestützt auf die im vorinstanzlichen Verfahren aufgestellten Tatsachenbehauptungen und eingereichten Beweismitteln zu Recht als nicht gegeben erachtete.

3.2.1 Aufgrund der erwähnten Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zur ehelichen Unterstützungspflicht hat eine Partei entweder auch um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu ersuchen oder aber darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, sodass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (vgl. BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 8 mit Verweis auf BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1; BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (vgl. BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5), und solange Ungewissheit darüber besteht, ob die gesuchstellende Partei vom anderen Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss verlangen kann, gilt sie nicht als bedürftig (vgl. BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1). Insbesondere liegt es nicht am ersuchten Gericht, bei Fehlen entsprechender Ausführungen in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den Akten nach

impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass kein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss besteht (vgl. BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2).

3.2.2 Die Vorinstanz erwog dazu namentlich, der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, inwiefern seine Ehefrau ihm im Rahmen ihrer ehelichen Beistandspflicht nicht beizustehen vermöge. Er habe lediglich darauf verwiesen, dass seine Ehefrau kein Einkommen habe (vgl. act. 10 S. 3 E. 3).

3.2.3 Der Beschwerdeführer hält dem in seiner Beschwerde entgegen, er habe in seinem Gesuch nur darauf hingewiesen, dass seine Ehefrau keiner Erwerbstätigkeit nachgehe, weil dieser Umstand auch aus den Steuerunterlagen nicht ersichtlich sei, da er und seine Ehefrau seit dem Jahr 2012 jährlich eingeschätzt würden, Zeugenbefragungen nicht möglich seien und seine Ehefrau auch keine näheren Auskünfte über ihre (Nicht-)Erwerbstätigkeit hätte geben können (vgl. act. 11 S. 7 f. Rz. 25 ff.).

3.2.4 Damit zielt der Beschwerdeführer an der Sache vorbei. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer vor Vorinstanz mit keinem Wort darlegte, weshalb ein entsprechender Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses insbesondere auch aufgrund der Vermögensverhältnisse von vornherein aussichtslos sei. Es lag nicht an der Vorinstanz, in Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf hätten schliessen lassen können, dass kein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss besteht bzw. der Beschwerdeführer zu Recht auf das Stellen eines entsprechenden Antrags verzichtet hat. Hinzu kommt, dass die vom Beschwerdeführer dargestellte finanzielle Situation namentlich die Frage aufwirft, wovon er und seine Familie tatsächlich leben: Wenn für die Bestreitung des geltend gemachten Notbedarfs für sich und die Familie von Fr. 6'335.– pro Monat einzig sein Einkommen von zuletzt ca. Fr. 642.– pro Monat im Jahr 2017 zur Verfügung gestanden haben soll (vgl. act. 1 S. 3 Rz. 9 und S. 5 Rz. 11), hätte auch dargelegt werden müssen, wie dieser Lebensunterhalt finanziert wird. Hinzu kommt, dass von selbstständigerwerbenden Gesuchstellern erwartet werden darf, dass anhand von Bilanzen, Erfolgsrechnungen sowie weiteren Belegen wie Konto- und Kreditunterlagen ein kohärentes, transparentes und nachvollziehbares

Bild der aktuellen wirtschaftlichen Gesamtlage substantiiert aufgezeigt wird, das zudem mit den tatsächlichen Lebenshaltungskosten und dem effektiv gepflegten Lebensstil korrespondiert (vgl. BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 119 N 92). Da die Vermögensverhältnisse unbekannt und die Finanzierung des Lebensunterhaltes fraglich waren, lag auf jeden Fall kein nachvollziehbares Bild der aktuellen wirtschaftlichen Gesamtlage vor. Daher konnte die Vorinstanz auch nicht prüfen, ob der Beschwerdeführer einen Prozesskostenvorschuss von seiner Ehefrau hätte verlangen können. Solange Ungewissheit darüber besteht, gilt der Rechtssuchende gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als bedürftig. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Beschwerdeführers daher zu Recht ab.

3.3 Nach dem Gesagten ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (vgl. BGE 137 III 470 ff., E. 6.5.5). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Der Beschwerdeführer stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverteidigung (vgl. act. 11 S. 2). Da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist, kann die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit für das Beschwerdeverfahren nicht bejaht werden. Daher sind die übrigen Voraussetzungen nicht mehr zu prüfen. Das Gesuch ist abzuweisen.

4.3 Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

4.4 Da der Beschwerdeführer unterliegt, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
4. Juni 2018