

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV220007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer und lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss und Urteil vom 4. Oktober 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Horgen,

betreffend **Vollstreckung (unentgeltliche Rechtspflege,**

Entschädigungsfolgen)

Beschwerde gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 27. April 2022 (EZ220003-F)

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) sowie der Gesuchsteller und Beschwerdegegner 1 (nachfolgend: Gesuchsteller) sind die Eltern der am tt.mm. 2012 geborenen Tochter C._____. Mit Urteil vom 15. September 2021 wurde die Ehe der Parteien geschieden und die Tochter unter die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin gestellt; gleichzeitig wurde der persönliche Verkehr zwischen Vater und Tochter geregelt (Urk. 6/3/1).

2. Am 25. April 2022 reichte die Gesuchsgegnerin bei der Vorinstanz eine Schutzschrift ein. Sie beantragte in der Sache, dass ein allfälliges Gesuch des Gesuchstellers um Anordnung superprovisorischer Vollstreckungsmassnahmen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht oder dem telefonischen persönlichen Verkehr betreffend die gemeinsame Tochter abzuweisen sei. Gleichzeitig ersuchte die Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege (inklusive unentgeltlicher Rechtsverbeiständung) für das Schutzschrift- und das allfällige Vollstreckungsverfahren (Urk. 6/1). Ebenfalls am 25. April 2022 beantragte der Gesuchsteller die superprovisorische Vollstreckung des Besuchsrechts und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (inklusive unentgeltlicher Rechtsverbeiständung; Urk. 1). Die Vorinstanz zog die Schutzschrift bei (Urk. 6/4 S. 5) und entschied am 27. April 2022 Folgendes (Urk. 7 S. 8 f. = Urk. 13 S. 8 f.):

- "1. Das Vollstreckungsgesuch wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.*
- 2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.*
- 3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.–.*
- 4. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer werden dem Gesuchsteller auferlegt.*
- 5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.*

6. *[Mitteilung]*

7. *[Rechtsmittelbelehrung]"*

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchsgegnerin innert Frist (siehe Urk. 8/1) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 12 S. 2):

"1. *Es sei das Urteil und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 27. April 2022 im Verfahren EZ220003-F wie folgt abzuändern:*

Es sei Dispositivziffer 5 abzuändern und es sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen sowie ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

2. *Eventualiter sei Dispositivziffer 5 aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*

3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Beschwerdegegners."*

4. Gleichzeitig stellte die Gesuchsgegnerin folgende prozessuale Anträge (Urk. 12 S. 3):

"1. *Es sei der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.*

2. *Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren mit dem Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 27. April 2022 (Geschäfts-Nr. EW220001-F), hängig seit heutigem Tage, zu vereinigen."*

5. Mit Verfügung vom 7. Juni 2022 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 18). Die Beschwerdeantwort datiert vom 20. Juni 2022 und enthält folgende Anträge (Urk. 19 S. 2):

"1. *Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerin vollständig abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*

2. *Rechtsbegehren Ziff 1- 3 seien abzuweisen.*

3. *Die prozessualen Anträge Ziff. 1-2 seien abzuweisen.*

4. *Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Horgen seien von der Beschwerdeführerin zu tragen.*
5. *Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten in diesem Verfahren seien auch von der Beschwerdeführerin zu tragen.*
6. *Dem Beschwerdegegner sei die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Unterzeichneten als unentgeltlichem Rechtsbeistand zu erteilen."*

6. Die Beschwerdeantwort wurde mit Verfügung vom 11. Juli 2022 der Gegenpartei zur Kenntnis zugestellt (Urk. 21). Die unaufgeforderte Replik datiert vom 22. Juli 2022 (Urk. 22). Sie wurde dem Gesuchsteller am 2. August 2022 zugestellt (Urk. 26). Mit Schreiben vom 11. August 2022 teilte dieser mit, dass er keine Anschlussbeschwerde habe erheben wollen (Urk. 27). Mit Verfügung vom 16. August 2022 wurde das Schreiben vom 11. August 2022 der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht und den Parteien angezeigt, dass das Beschwerdeverfahren spruchreif sei (Urk. 28).

7. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–11).

II. Prozessuales

1. Prozessuale Bemerkungen zur Beschwerde

1.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4). Abgesehen von dieser Relativierung gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen

Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1; *OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2*; *OGer ZH RT200124 vom 03.11.2020, E. 2.2*).

1.2. Die Beschwerde muss Rechtsbegehren enthalten (BSK ZPO-Spühler, Art. 321 N 4). Heisst das obere kantonale Gericht die Beschwerde gut, kann es den vorinstanzlichen Entscheid aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO; kassatorischer Entscheid) oder aber neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO; reformatorischer Entscheid). Dies bedeutet, dass ein Antrag in der Sache erforderlich ist. Ein in Geld ausdrückbarer Antrag muss sodann beziffert werden bzw. dessen Höhe muss sich zumindest aus der Beschwerdebegründung ergeben (*OGer ZH RT170051 vom 29.03.2017, E. 4a*). Dies gilt auch in den Fällen, in denen er sich auf die erstinstanzlichen Prozesskosten bezieht (*OGer BE ZK 20 288 vom 14.01.2021, in: CAN 2021 Nr. 35, E. 27.3* mit weiteren Hinweisen; ebenso das Bundesgericht bezüglich Art. 42 Abs. 1 BGG: BGE 143 III 111 E. 1.2; BGer 4A_226/2014 vom 6. August 2014, E. 1.2; BGer 5A_378/2013 vom 23. Oktober 2013, E. 1.2). Ein unzulässiges Rechtsbegehren erfüllt die Formvorschrift von Art. 321 Abs. 1 ZPO nicht, weshalb auf ein solches nicht einzutreten ist (*OGer BE ZK 20 288 vom 14.01.2021, in: CAN 2021 Nr. 35, E. 27.3.5*).

1.3. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4 [S. 471]; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen, weil solche keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO sind (siehe BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6; BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1 [betreffend Art. 317 Abs. 1 ZPO]) und die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; *OGer ZH RT180059 vom 24.05.2018, E. II.4.1*; *OGer ZH RT150086 vom 17.08.2015, E. 4.1*).

2. Gesuchsteller als Partei, Anfechtungsobjekt und Beschwer

2.1. Der Gesuchsteller bringt vor, dass fraglich sei, ob er überhaupt Partei dieses Verfahrens werde. Gegenstand der Beschwerde seien die Kostenfolgen einer Schutzschrift, zu welcher sich er gar nicht habe äussern können. Die Schutzschrift habe ihn am 29. April 2022 zu einem Zeitpunkt erreicht, als er sich auf der Heimreise in die D._____ befunden habe und in welchem in seiner Vollstreckungssache bereits entschieden worden sei. Auch sei fraglich, ob ein gültiges Anfechtungsobjekt genannt werde. Die Gesuchsgegnerin stütze sich auf den Entscheid EZ220003-F. In diesem Verfahren habe sie überhaupt nicht tätig werden müssen. Der Entscheid, welcher sich auf die Schutzschrift beziehe, laute auf die Nummer EZ220001-F. Die Gesuchsgegnerin sei sodann materiell nicht beschwert (Urk. 19 S. 2).

2.2. Die vorliegende Beschwerde betrifft nicht das Schutzschrift-, sondern das Vollstreckungsverfahren. Die Gesuchsgegnerin hat in der Schutzschrift eine Parteientschädigung sowie die unentgeltliche Rechtspflege in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren beantragt (Urk. 6/1 S. 3 und Rz. 39). Über diese Anträge war somit im Vollstreckungsverfahren, welches der Gesuchsteller einleitete, zu befinden. Die Vorinstanz sprach der Gesuchsgegnerin keine Parteientschädigung zu und betrachtete ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als hinfällig (Urk. 13 S. 8). Damit ist der entsprechende Entscheid ohne Weiteres ein taugliches Anfechtungsobjekt und die Gesuchsgegnerin ist auch beschwert. Der Gesuchsteller hat das Vollstreckungsgesuch gestellt; er ist folglich Partei im entsprechenden Verfahren.

3. Kostenfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens

3.1. Der Gesuchsteller beantragt in der Beschwerdeantwort, dass die Gesuchsgegnerin die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu tragen habe (Urk. 19 S. 2). Für ihre Schutzschrift habe nämlich überhaupt keine Notwendigkeit bestanden (Urk. 19 S. 3 f.). Mit diesem Antrag wolle er keine Anschlussbeschwerde erheben (Urk. 27).

3.2. Die Gesuchsgegnerin entgegnet zu Recht, dass der Gesuchsteller gegen den vorinstanzlichen Entscheid kein Rechtsmittel erhoben habe. Eine Anschlussbeschwerde sei nicht zulässig. Es bestehe auch kein Raum, die Prozesskosten der vollständig obsiegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Urk. 22 Rz. 4 und 14).

4. Vereinigung

4.1. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, sie habe sich im Schutzschriftverfahren gezwungen gesehen, die unentgeltliche Rechtspflege zu beantragen, da nicht absehbar gewesen sei, ob tatsächlich ein abzuwehrendes Gesuch eingehe. Wäre dies nicht erfolgt, hätte sie keine Möglichkeit gehabt, sich mittels Parteientschädigung für die durch die Einreichung der Schutzschrift entstandenen Aufwendungen schadlos zu halten. Sie habe für das Schutzschriftverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und für das kontradiktorische Verfahren eine Parteientschädigung sowie die unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Obwohl sie im kontradiktorischen Verfahren vollständig obsiegt habe, seien die Anträge abgewiesen bzw. allenfalls als gegenstandslos geworden abgeschrieben worden (Urk. 12 Rz. 10). Beide Entscheide überzeugten nicht, weshalb beide mit Beschwerde angefochten worden seien. Um inkohärenten Beschwerdeentscheiden vorzubeugen, werde um die Vereinigung beider Beschwerdeverfahren ersucht (Urk. 12 Rz. 11).

4.2. Das Gericht kann zwei selbständig eingereichte Klagen vereinigen, wenn der Prozess dadurch vereinfacht wird (Art. 125 lit. c ZPO). Dies gilt auch für Rechtsmittel (*OGer ZH LE200061 vom 09.04.2021, E. II.1.1.*).

4.3. Die beiden Beschwerden richten sich gegen zwei Endentscheide der Vorinstanz, die verschiedene Verfahren betreffen: Einerseits geht es um ein Schutzschriftverfahren, andererseits um ein Vollstreckungsverfahren. Auch wenn die Fragestellungen ähnlich sind, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Vereinigung den Prozess vereinfachen würde. Vor diesem Hintergrund ist der Vereinigungsantrag abzuweisen.

III. Materielle Beurteilung

1. Parteientschädigung

1.1. Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsgegnerin mangels wesentlicher Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen sei, zumal sie nicht habe begrüsst werden müssen (Urk. 13 S. 8).

1.2. Die Gesuchsgegnerin wendet ein, sie habe mit ihrem auf Abweisung eines allfälligen Vollstreckungsgesuchs gerichteten Rechtsbegehren vollumfänglich obsiegt. Entsprechend hätte ihr die Vorinstanz eine Parteientschädigung zusprechen müssen. Die Gesuchsgegnerin sei anwaltlich und damit berufsmässig vertreten gewesen (Urk. 12 Rz. 19). Die Vorinstanz habe Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO klar verletzt. "Erhebliche Umtriebe" seien nämlich nur für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO und damit bei nicht berufsmässig vertretenen Parteien ein zulässiges Kriterium (Urk. 12 Rz. 21). Hinzu komme, dass die Gesuchsgegnerin eine 22-seitige Schutzschrift mit 30 Beilagen eingereicht habe, welche im Vollstreckungsverfahren beigezogen worden sei. Der ihr entstandene Aufwand hätte im Vollstreckungsverfahren entschädigt werden müssen, wobei die Entschädigung nicht nur die Aufwendungen, sondern auch die Entscheidgebühr im Schutzschriftverfahren decken müsse. Dies gelte umso mehr, als die Gesuchsgegnerin in der Schutzschrift vorgebracht habe, dass deren Einreichung mit Kosten im vierstelligen Bereich verbunden gewesen sei und sie dafür weder bereits entschädigt noch ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei (Urk. 12 Rz. 22). Selbst bei Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Schutzschriftverfahren hätte man eine Parteientschädigung zusprechen müssen (Urk. 12 Rz. 24). Die Vorinstanz lasse auch ausser Acht, dass die Gesuchsgegnerin im Vollstreckungsverfahren begrüsst worden sei, habe doch eine 22-seitige Schutzschrift mit 30 Beilagen im Recht gelegen (Urk. 12 Rz. 23). Dass die Vorinstanz das Gesuch des Gesuchstellers bereits von Beginn weg als offensichtlich unzulässig erachten würde, habe die Gesuchsgegnerin weder gewusst noch wissen können (Urk. 22 Rz. 11).

1.3. Der Gesuchsteller erwidert, sein Vollstreckungsgesuch sei nicht aufgrund der eingereichten Schutzschrift abgewiesen worden, sondern aufgrund einer Fehleinschätzung des Gerichts mit Bezug auf die Vollstreckbarkeit des Entscheids vom 15. September 2021. Inhaltlich sei das Gericht überhaupt nicht auf die Schutzschrift eingegangen. Diese sei im vorliegenden Fall ein völlig untaugliches Mittel gewesen. Eine Partei, welche sich gegen einen Entscheid mit Bezug auf das Besuchsrecht wehren wolle, könne eine Änderung des Besuchsrechts beantragen (Urk. 19 S. 3).

1.4. Vorab ist festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin lediglich eine "angemessene Parteientschädigung" verlangt, ohne sie zu beziffern (Urk. 12 S. 2). Eine Bezifferung ist auch der Begründung nicht zu entnehmen (siehe Urk. 12 Rz. 19 ff.). Vor diesem Hintergrund ist auf ihre Beschwerde, soweit sie die Parteientschädigung betrifft, nicht einzutreten (E. II.1.2.). Selbst wenn auf sie einzutreten wäre, könnte die Gesuchsgegnerin vor dem Hintergrund der nachfolgenden Erwägungen nicht für sämtliche Aufwände entschädigt werden.

1.5. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, wozu auch die Parteientschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegend ist dabei die Partei, welche mit ihren Rechtsbegehren vor Gericht nicht durchgedrungen ist (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 3). Als Parteientschädigung gelten die Kosten der berufsmässigen Vertretung der obsiegenden Partei (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Als obsiegend gilt die gesuchsgegnerische Partei auch dann, wenn das Gericht das Gesuch (im Rahmen einer sog. Motivsubstitution) aus einem anderen als von der gesuchsgegnerischen Partei aufgeführten Grund abweist; auch in diesem Fall stimmt das Rechtsbegehren der Gesuchsantwort nämlich mit dem Dispositiv überein. Die Schutzschrift ist die Eingabe einer möglichen gesuchsgegnerischen Partei, welche in Erwartung eines gegen sie gerichteten Antrages auf Erlass einer superprovisorischen Verfügung dem Gericht Gründe darlegt, die einer solchen Verfügung oder zumindest einem Verzicht auf vorherige Anhörung entgegenstehen (ZR 96 [1997] Nr. 46, E. II.1.; BSK ZPO-Hess-Blumer, Art. 270 N 1). Wer eine Schutzschrift einreicht, nimmt dem Gericht den Entscheid, ob eine Gesuchsantwort notwendig ist (Art. 253

ZPO), vorweg. Geht in der Folge ein Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme ein, so mutiert die zunächst einseitige Schutzschrift zu einer Rechtschrift des nun anhängig gemachten Zweiparteienverfahrens (KGer GR ZK1 16 5 vom 25.02.2016, in: PKG 2016 Nr. 11, E. 3). Demzufolge hat der obsiegende Hinterleger unabhängig davon, ob das Gericht seinen Argumenten gefolgt ist, grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese umfasst die Aufwände, welche durch die Abklärungen und das Verfassen der Stellungnahme für das Verfahren in der Sache anfielen. Das vorliegende Verfahren weist die Besonderheit auf, dass der Gesuchsteller die superprovisorische Vollstreckung des Besuchsrechts verlangt hat (Urk. 1). Dies ist rechtlich nicht möglich, wie bereits ein Blick ins Gesetz zeigt: Art. 265 Abs. 1 ZPO bezieht sich nur auf die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, nicht jedoch auf die Vollstreckung eines rechtskräftigen Entscheids in der Hauptsache (siehe auch Art. 341 Abs. 2 ZPO; ob eine superprovisorische Vollstreckung im Rahmen von Art. 267 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO möglich ist, kann offenbleiben, weil selbst die Gesuchsgegnerin davon ausging, dass der Gesuchsteller das bestehende Scheidungsurteil würde vollstrecken wollen [Urk. 6/1 Rz. 3 f.]). Da das befürchtete Gesuch schliesslich eingegangen ist, kann der Gesuchsgegnerin nicht vorgeworfen werden, sie habe unnötigerweise die dagegen gerichtete Schutzschrift eingereicht. Indessen hätte es in der vorliegenden speziellen Konstellation genügt, das Gericht darauf hinzuweisen, dass ein allfälliger superprovisorischer Antrag auf Vollstreckung des Besuchsrechts rechtlich nicht möglich sei. Die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin hätte diesen Einwand auch erkennen können, ergibt er sich doch bereits aus dem Gesetz. Eine 20-seitige Schutzschrift wäre nicht erforderlich gewesen. Mit anderen Worten könnte im Rahmen von § 5 Abs. 1 AnwGebV nicht der gesamte Zeitaufwand berücksichtigt werden, wenn auf den entsprechenden Beschwerdeantrag einzutreten wäre.

1.6. Fraglich ist, ob vorliegend die Aufwände für das Schutzschriftverfahren, insbesondere die dort anfallende Entscheidgebühr, zu entschädigen sind. Rechtsprechung und Lehre bejahen dies ohne nähere Begründung (KGer GR ZK1 16 5 vom 25.02.2016, in: PKG 2016 Nr. 11, E. 3; *OGer ZH LE140056 vom 28.10.2014, E. 2*; Andri Hess-Blumer, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcheri-

schem Recht, Diss. Zürich, 2001, S. 197 f.; Rosana Pfaffhauser, Die Schutzschrift gemäss Art. 270 ZPO unter Berücksichtigung der bisherigen kantonalen Praxis, sic! 2011, S. 565 ff., S. 572; Beat Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. St. Gallen, 2013, Rz. 547; Denise Weingart, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, Diss. Bern, 2015, Rz. 362).

1.6.1. Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für eine gerichtliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben. Dabei gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 140 III 636 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

1.6.2. Es gibt in der Zivilprozessordnung Konstellationen, in welchen Prozesskosten aus früheren Verfahren später berücksichtigt werden können. Dies ist zunächst bei den Kosten (inklusive Parteientschädigung: BGE 141 III 20 E. 5.3) des Schlichtungsverfahrens der Fall (Art. 95 Abs. 2 lit. a ZPO und Art. 207 Abs. 2 ZPO). Sodann wird vertreten, dass dies gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO auch für die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit gelte (Patrick Honegger-Müntener, Verlegung der Prozesskosten des Massnahmeverfahrens vor Rechtshängigkeit des Hauptsacheverfahrens, ZZZ 2022, S. 185 ff., S. 192). Das Bundesgericht hat für die vorsorgliche Beweisführung vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses erkannt, dass die gesuchstellende Partei die Prozesskosten zu tragen habe. Es gebe nämlich normalerweise keine unterliegende Partei. Die gesuchstellende Partei könne dann aber einen Hauptprozess anstrengen und bei

Obsiegen auch die Prozesskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens auf die in der Sache unterliegende Gegenpartei abwälzen (BGE 140 III 30 E. 3.5; ähnlich BGE 139 III 33 E. 4). Die Frage, wie mit den Prozesskosten des Schutzschriftverfahrens in einem späteren Verfahren zu verfahren ist, lässt sich weder der Zivilprozessordnung noch der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen.

1.6.3. Weder Art. 86 VE-ZPO noch Art. 285 VE-ZPO äussern sich hinsichtlich der Kosten des Schutzschriftverfahrens. Auch dem Bericht der Expertenkommission ist nichts dazu zu entnehmen (Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, 2003, S. 51 f. und 134 f.). In der Vernehmlassung wurde die Frage ebenfalls nicht thematisiert; immerhin verlangte der Kanton Zug, dass Art. 285 VE-ZPO dahingehend zu ergänzen sei, dass die hinterlegende Partei [im Schutzschriftverfahren] kostenpflichtig sei (Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf über ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2004, S. 247 ff. und 696 ff.). Art. 93 E-ZPO entspricht (mit Ausnahme des Verweises) dem heutigen Art. 95 ZPO; in Art. 266 E-ZPO steht nichts zu den Kosten. Auch in der Botschaft findet sich nichts dazu (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7221, S. 7292 f. und 7357 f.). In den Räten wurde die Frage ebenso wenig diskutiert (AB 2007 SR, S. 510 f. und 633 f.; AB 2008 NR, S. 651 und 969). Zusammenfassend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Problematik dem Gesetzgeber bewusst gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund ist eine echte Lücke und kein qualifiziertes Schweigen anzunehmen.

1.6.4. Die Person, gegen welche sich die Schutzschrift richtet, erhält von dieser nur Kenntnis, wenn sie das entsprechende Verfahren einleitet (Art. 270 Abs. 2 ZPO). Folglich ist sie im Schutzschriftverfahren nicht Partei. Demgegenüber sind das Schlichtungsverfahren, das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen und das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung vor Rechtshängigkeit als Zweiparteienverfahren ausgestaltet. Gleichwohl hat die gesuchstellende Partei bei der vorsorglichen Beweisführung die entsprechenden Prozesskosten (einstweilen) selber zu tragen (BGE 140 III 30 E. 3.5). Es gibt nämlich keine unterliegende Partei. Dasselbe gilt im Schlichtungsverfahren, wenn eine Klagebewilli-

gung ausgestellt wird (Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO). Auch im Schutzschriftverfahren gibt es keine unterliegende Partei (Hess-Blumer, a.a.O., S. 197). Dennoch spielt die Schutzschrift eine Rolle, wenn später ein Antrag um Anordnung superprovisorischer Massnahmen eingeht. Vor diesem Hintergrund ist die Lücke dahingehend zu schliessen, dass das mit der Hauptsache befasste Gericht auch die Prozesskosten des Schutzschriftverfahrens neu zu verteilen hat.

1.7. Zusammenfassend ist auf die Beschwerde, soweit sie die Parteient-schädigung betrifft, mangels eines zulässigen Rechtsbegehrens nicht einzutreten. Selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre die Gesuchsgegnerin vorliegend nicht für sämtliche Aufwände zu entschädigen; die Entschädigung würde aber die Gerichtskosten des Schutzschriftverfahrens umfassen.

2. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Die Vorinstanz erwog, dass die Gesuchsgegnerin nicht habe begrüsst werden müssen, weshalb sie keine wesentlichen Umtriebe gehabt habe. Entsprechend erweise sich das in der Schutzschrift gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren als hinfällig (Urk. 13 S. 8).

2.2. Die Gesuchsgegnerin rügt, dass sie ganz offensichtlich erhebliche Aufwendungen im Vollstreckungsverfahren gehabt und in der Schutzschrift ausgeführt habe, dass sie diese nicht tragen könne. Es entbehre jeglicher Grundlage, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als hinfällig zu betrachten, zumal dem erkennenden Gericht klar gewesen sei, dass sie für ihre Aufwendungen auch im Schutzschriftverfahren nicht entschädigt worden sei (Urk. 12 Rz. 25).

2.3. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin war Partei im Vollstreckungsverfahren. Ihre Schutzschrift hatte die Funktion einer (zumindest vorläufigen) Gesuchsantwort (siehe E. III.1.4.). Es geht deshalb nicht an, ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit dem Hinweis abzutun, sie habe keine wesentlichen Umtriebe gehabt.

2.4. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Eine Person gilt als bedürftig, 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. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden; dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BGE 141 III 369 E. 4.1; BGer 4A_438/2021 vom 14. Oktober 2021, E. 4.1). Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes ist nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen. Zum Existenzbedarf zählen der Grundbedarf, Wohnkosten, obligatorische Versicherungen (AHV/IV, Krankenpflegeversicherung), Transportkosten zum Arbeits- bzw. Ausbildungsplatz sowie die Steuern (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 9). Nicht dazu gehören Auslagen für Hobbies, da sie im Grundbetrag enthalten sind (BISchK 2009, S. 193). Letzterer ist indessen, soweit es die Umstände des Einzelfalls gebieten, um 15 bis 30 % zu erhöhen (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 10). Aus dem Effektivitätsgrundsatz folgt, dass für die Beurteilung der Mittellosigkeit nur Vermögen berücksichtigt werden darf, das tatsächlich vorhanden und frei verfügbar oder wenigstens realisierbar ist (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 68; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19). Dabei ist der gesuchstellenden Partei ein Notgroschen zu belassen. Dessen Höhe bemisst sich nach den konkreten Verhältnissen, namentlich dem Alter, der Gesundheit, den familiären Verpflichtungen, den Erwerbsaussichten sowie der Möglichkeit einer künftigen wirtschaftlichen Erholung. Die Kantone gewähren Freibeträge zwischen Fr. 5'000.– und Fr. 25'000.– (*OGer ZH LE200061 vom 09.04.2021, E. V.1.4.*; *OGer ZH PC160049 vom 17.01.2017, E. 6c*).

2.4.1. Die Gesuchsgegnerin beantragte die Abweisung eines allfälligen Gesuchs um Anordnung superprovisorischer Vollstreckungsmassnahmen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht oder dem telefonischen persönlichen Ver-

kehr betreffend die gemeinsame Tochter (Urk. 6/1 S. 3). Diesem Rechtsbegehren wurde im Ergebnis entsprochen (Urk. 13 S. 8), sodass es nicht als aussichtslos betrachtet werden kann.

2.4.2. Die Gesuchsgegnerin erzielt bei der E._____ GmbH ein monatliches Einkommen von netto Fr. 4'171.05 (inklusive Fr. 200.– Kinderzulagen; Urk. 6/3/17). Nach eigenen Angaben hat sie keinen 13. Monatslohn (Urk. 6/1 Rz. 40), was glaubhaft erscheint: So zahlte sie 2021 insgesamt Fr. 3'514.– an Beiträgen an AHV/IV/EO/ALV/NBUV (Urk. 6/3/18). Dies entspricht bei zwölf Monaten Fr. 292.85 pro Monat, welcher Betrag auch aus den Lohnabrechnungen ersichtlich ist (Urk. 6/3/17). Mit Urteil vom 15. September 2021 wurde der Kindsvater verpflichtet, für die Tochter monatliche Alimente (Barunterhalt) von Fr. 500.– zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise, Stand Ende Mai 2021 von 101.0 [recte: 101.9] Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte) und sind erstmals auf den 1. Januar 2022 dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen (Urk. 6/3/1). Sie belaufen sich demzufolge aktuell auf Fr. 500.– / 101.9 x 102.5 = Fr. 502.95. Am 25. Januar 2022 und am 23. Februar 2022 erhielt die Gesuchsgegnerin für ihre Tochter C.____ vom Amt für Jugend und Berufsberatung je Fr. 502.95 (Urk. 3/28). Es ist demnach davon auszugehen, dass die Alimente bevorschusst werden. Insgesamt beläuft sich das Einkommen der Gesuchsgegnerin und ihrer Tochter auf Fr. 4'674.–.

2.4.3. Der Grundbetrag der Gesuchsgegnerin beträgt Fr. 1'350.– (BISchK 2009, S. 193), die Wohnungsmiete (inklusive Parkplatz von Fr. 60.–) Fr. 1'625.– (Urk. 6/3/19), die Krankenkassenprämien (KVG und VVG abzüglich individueller Prämienverbilligung von Fr. 84.55) Fr. 351.– (Urk. 6/3/20–21), die Gesundheitskosten Fr. 65.– (Urk. 6/3/21), die Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 30.– (Urk. 6/3/22), die Kommunikationskosten Fr. 150.– und die Fahrtkosten Fr. 300.– (monatliche Zahlungen an den Vater F.____, dem das Auto gehört; Urk. 6/1 Rz. 48; Urk. 6/3/28). Die geltend gemachten Kosten von Fr. 154.– für auswärtige Verpflegung und Fr. 170.– für Steuern (Urk. 6/1 Rz. 49 f.) sind glaubhaft. Mit Blick auf die knappen Einkommensverhältnisse erscheint vorlie-

gend ein Zuschlag auf den Grundbetrag von 15 % (oder Fr. 203.–) angemessen. Zusammenfassend ist von einem Bedarf der Gesuchsgegnerin in Höhe von Fr. 4'398.– auszugehen. Zu berücksichtigen ist, dass dabei kein Wohnanteil ausgeschieden wurde, da der Bedarf der Tochter (dazu sogleich) zu addieren sein wird.

2.4.4. Der Grundbetrag der Tochter beträgt Fr. 400.– (BISchK 2009, S. 193), die Krankenkassenprämien (KVG und VVG abzüglich individueller Prämienverbiligung von Fr. 60.75) Fr. 65.– (Urk. 6/3/21; Urk. 6/3/23) und die Gesundheitskosten Fr. 18.– (Urk. 6/3/21). Die Rechnung bezüglich der Kosten von Fr. 120.– für Aufgabenhilfe und Nachhilfestunden datiert vom 12. April 2021 (Urk. 6/3/24) und ist daher nicht aktuell. Darüber hinaus sind keine entsprechenden Belastungen auf den Kontoauszügen ersichtlich (Urk. 6/3/28). Nicht zu berücksichtigen sind sodann Fr. 30.– für Tanzen, Fr. 30.– für Geigenmiete und Fr. 122.– für die Musikschule (Urk. 6/1 Rz. 51), da es sich um Hobbies handelt. Hingegen ist der Grundbetrag um 15 % (oder Fr. 60.–) zu erweitern. Es resultiert ein Bedarf der Tochter von Fr. 543.–.

2.4.5. Dem Gesamteinkommen von Fr. 4'674.– steht somit ein Gesamtbedarf von Fr. 4'941.– gegenüber. Die Gesuchsgegnerin hatte per 10. März 2022 Fr. 1'242.51 auf ihrem Konto mit der IBAN CH1 bei der CREDIT SUISSE (Schweiz) AG (Urk. 6/3/28) und per 25. März 2022 Fr. 8'696.39 auf ihrem Sparkonto mit der IBAN CH2 bei derselben Bank (Urk. 6/3/29). Sie kommt zu einem erheblichen Teil selber für die Kosten ihrer mittlerweile zehnjährigen Tochter auf. Vor diesem Hintergrund sind ihr die Beträge auf den beiden Konten als Notgroschen zu belassen.

2.4.6. Der Beizug einer Rechtsvertreterin erwies sich als notwendig, da auch die Gegenseite anwaltlich vertreten war.

2.4.7. Zusammenfassend ist der Gesuchsgegnerin in teilweiser Gutheissung ihrer Beschwerde die unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche (Vollstreckungs-)Verfahren zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

2.5. Die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO stimmen mit jenen der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV überein (BGE 142 III 131 E. 4.1). Es ist darauf hinzuweisen, dass Art. 29 Abs. 3 BV keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung ausserhalb eines Verfahrens gewährt (BGE 128 I 225 E. 2.4.3; BGE 121 I 321 E. 2b). Die unentgeltliche Rechtspflege des Hauptsacheverfahrens umfasst deshalb nicht die Aufwände des Schutzschriftverfahrens (Entscheidgebühren des Schutzschriftverfahrens und Aufwand im Zusammenhang mit der Einreichung): Gedeckt sind die notwendigen Aufwände (vgl. E. III.1.5.).

3. Ergebnis

Soweit die Beschwerde die Parteientschädigung betrifft, ist darauf nicht einzutreten. Im Übrigen ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Dispositivziffer 2 des Urteils und der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 27. April 2022 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

"2.1 Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

2.2 Der Gesuchsgegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt."

IV. Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren

1. Gesuch der Gesuchsgegnerin

1.1. Die Gesuchsgegnerin hat auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (inklusive unentgeltlicher Rechtsverteisterung) gestellt (Urk. 12 S. 3 und Rz. 31 ff.). Zudem beantragt sie, dass ihre Rechtsvertreterin im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO aus der Gerichtskasse entschädigt werde, da eine Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich sein werde (Urk. 22 Rz. 23).

1.2. Soweit sich die Beschwerde auf die Parteientschädigung bezieht, erweist sie sich als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass eine Partei, welche über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt, eine Beschwerde erhebt, welche bereits aufgrund eines unzulässigen Rechtsbegehrens scheitert (E. III.1.4.). Soweit die Gesuchsgegnerin die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege angefochten hat, obsiegt sie, womit ihr diesbezügliches Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint.

1.3. Hinsichtlich der Mittellosigkeit kann auf die vorstehenden Erwägungen (E. III.2.4.2. ff.) verwiesen werden. Zu ergänzen ist, dass das monatliche Einkommen (inklusive Kinderzulage von Fr. 200.–) seit Mai 2022 Fr. 4'822.– beträgt, da die Gesuchsgegnerin ihr Arbeitspensum von 70 auf 80 % erhöht hat (Urk. 22 Rz. 20; Urk. 25/15). Unter Berücksichtigung der bevorschussten Alimente von Fr. 502.95 (E. III.2.4.2.) beläuft sich das Gesamteinkommen neu auf Fr. 5'325.–. Beim Bedarf fallen etwas höhere Kosten im Zusammenhang mit der Berufsausübung an. Zudem hat sich der Grundbetrag für die Tochter am tt.mm. 2022 (Erreichen des 10. Altersjahrs; siehe E. I.1.) um Fr. 200.– (BISchK 2009, S. 193) bzw. – unter Berücksichtigung des Zuschlags von 15 % – um Fr. 230.– erhöht. Der Bedarf beläuft sich damit auf mindestens Fr. 4'941.– (E. III.2.4.5.) + Fr. 230.– = Fr. 5'171.–. Mit dem Überschuss von höchstens Fr. 154.– pro Monat kann die Gesuchsgegnerin die bisher aufgelaufenen Kosten ihrer Rechtsvertretung von Fr. 2'670.10 (Urk. 23) nicht innert eines Jahres bezahlen. Damit ist die Mittellosigkeit nach wie vor zu bejahen. Die Gesuchsgegnerin ist auf ihre Rechtsbeiständin angewiesen, da es um rechtliche Fragen von einiger Komplexität geht.

1.4. Zusammenfassend ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von Art. 118 Abs. 2 ZPO teilweise die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren zu bewilligen und es ist ihr (im bewilligten Umfang) in der Person von Rechtsanwältin MLaw X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

1.5. Die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin hat bereits eine Honorarnote für das Beschwerdeverfahren eingereicht. Daraus geht hervor, dass sie einen Zeitaufwand von (bisher) 8.25 Stunden und Barauslagen im Umfang von Fr. 174.10 hatte (Urk. 23). Der Stundensatz für unentgeltliche Rechtsvertretungen

beträgt in der Regel Fr. 220.– (§ 3 AnwGebV); Gründe, die vorliegend eine Ausnahme rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Inklusive Studium und Weiterleitung des gegnerischen Schreibens vom 11. August 2022 (Urk. 27) sowie des vorliegenden Entscheids an die Gesuchsgegnerin ist von einem gesamten Aufwand für das Beschwerdeverfahren von Fr. 2'400.– (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 %) auszugehen. Die Aufwände für die Beschwerde gegen die Verweigerung der Parteientschädigung und jene gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege sind je hälftig zu gewichten. Nur letztere sind zu entschädigen (E. IV.1.2. und IV.1.4.). Demzufolge ist Rechtsanwältin MLaw X._____ für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchsgegnerin im Verfahren RV220007-O mit Fr. 1'200.– zuzüglich Fr. 92.40 (7.7 % Mehrwertsteuer), also total Fr. 1'292.40, aus der Gerichtskasse zu entschädigen; die Nachzahlungspflicht der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Gesuch des Gesuchstellers

2.1. Auch der Gesuchsteller hat für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (inklusive unentgeltlicher Rechtsbeiständin) gestellt (Urk. 19 S. 2).

2.2. Wer die unentgeltliche Rechtspflege beantragt, hat seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über die Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die gesuchstellende Partei trifft eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit (BGer 4A_438/2021 vom 14. Oktober 2021, E. 4.1; BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3). Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die Mitwirkungspflicht eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3; BGer 4A_274/2016 vom 19. Oktober 2016, E. 2.3). An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Person selbst dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer die Verhältnisse sind (BGE 125 IV 161 E. 4a; BGer 4A_438/2021 vom 14. Oktober 2021, E. 4.1; BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3). Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären,

wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO jedoch nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn die anwaltlich vertretene Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3; BGer 5A_300/2019 vom 23. Juli 2019, E. 2.1).

2.3. Der anwaltlich vertretene Gesuchsteller führte in seiner Beschwerdeantwort vom 20. Juni 2022 aus, er reiche vorab die Steuererklärung 2020, seinen Mietvertrag und die Rechnung für die Haftpflichtversicherung ein. Für das Jahr 2021 habe er noch keine Steuerdaten. 2020 habe er Einnahmen in Höhe von Fr. 27'241.20 sowie Mietkosten in Höhe von USD 650.– gehabt. Weitere Unterlagen werde er innert zehn Tagen nachreichen (Urk. 19 S. 4).

2.4. Nachdem er auch mit seinem Schreiben vom 11. August 2022 (Urk. 27) keine Unterlagen eingereicht hatte, wurde die Spruchreife angezeigt (Urk. 28). Aus der amerikanischen Steuererklärung ist ersichtlich, dass der Gesuchsteller 2020 ein Einkommen ("wages") von USD 27'241.20 erzielte (Urk. 20/3). Die Belege betreffend die Versicherung (Urk. 20/4) und die Wohnungsmiete (Urk. 20/5) sind weitgehend unleserlich. Dies betrifft insbesondere die vorliegend interessierenden Zahlen. Dem Gesuch des anwaltlich vertretenen Gesuchstellers ist keine vollständige Bedarfsaufstellung zu entnehmen. Insbesondere fehlen Angaben zu arbeitsbezogenen Ausgaben, Krankenkasse und Steuern. Zudem äussert sich der Gesuchsteller nicht zu seinem Vermögen. Entsprechende Informationen sind auch der Steuererklärung nicht zu entnehmen, betrifft diese doch offenbar nur die Einkommenssteuer ("state income tax"; Urk. 20/3).

2.5. Zusammenfassend genügt der Gesuchsteller seiner Mitwirkungsobligenheit nicht. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren ist deshalb abzuweisen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Zu berücksichtigen ist, dass dem Gesuchsteller als Gegenpartei des Hauptsachenprozesses keine Parteistellung zukommt, soweit sich die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege richtet (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2); vielmehr ist in diesem Umfang der unterliegende Staat, das heisst der Kanton Zürich, Gegenpartei. Diesem werden gemäss § 200 lit. a GOG (in Verbindung mit Art. 116 Abs. 1 ZPO) in Zivilverfahren keine Gerichtskosten auferlegt. Vor diesem Hintergrund sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin unterliegt, soweit sie eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche und das Schutzschriftverfahren verlangt (E. III.1.). Auch der Gesuchsteller unterliegt indessen, soweit er beantragt, dass die Gesuchstellerin die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren zu tragen habe (E. II.3.). Es rechtfertigt sich daher, die übrigen Gerichtskosten zu je einem Viertel dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen. Soweit letzterer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird (E. IV.1.4.), bezieht sich diese nicht auf diesen Kostenanteil von einem Viertel, sondern auf jenen, der auf die Gerichtskasse genommen wird.

2. Die Gesuchsgegnerin verlangt eine Parteientschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) vom Gesuchsteller, nicht aber vom Kanton (Urk. 12 S. 2). Der Gesuchsteller ist nur Gegenpartei, soweit sich die Beschwerde gegen die nicht zugesprochene Parteientschädigung richtet. Deshalb muss er die Gesuchstellerin nicht entschädigen, soweit sich ihre Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege bezieht. Hinsichtlich der umstrittenen vorinstanzlichen Prozesskosten unterliegen beide Parteien. Vor diesem Hintergrund sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Vereinigungsantrag der Gesuchsgegnerin wird abgewiesen.

2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten, soweit sie die Parteientschädigung betrifft.
3. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren, soweit es sich auf die verweigerte unentgeltliche Rechtspflege bezieht, die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Im Übrigen wird das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abgewiesen.
5. Rechtsanwältin MLaw X._____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchsgegnerin im Verfahren RV220007-O mit Fr. 1'200.– zuzüglich Fr. 92.40 (7.7 % Mehrwertsteuer), also total Fr. 1'292.40, aus der Gerichtskasse entschädigt.

Die Nachzahlungspflicht der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

6. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
7. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils und der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 27. April 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2.1 Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

2.2 Der Gesuchsgegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu je einem Viertel dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an Rechtsanwältin MLaw X. _____ und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, sowie an die Gerichtskasse.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt 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, 4. Oktober 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
jo