

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE230005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie
Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Beschluss und Urteil vom 9. Mai 2023

in Sachen

A._____

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. X._____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 24. Februar 2023 (EE220175-L)**

Erwägungen:

1. Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) und die Gesuchsgegnerin stehen sich seit dem 10. August 2022 in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 10/1). Nachdem die Gesuchsgegnerin ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hatte (Urk. 10/7 S. 2), beantragte der Gesuchsteller anlässlich der Verhandlung vom 23. Januar 2023 seinerseits die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 10/31 S. 5). Mit Verfügung und Teilurteil vom 24. Februar 2023 wies die Vorinstanz sowohl das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Leistung eines Prozesskostenbeitrags als auch die Gesuche beider Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 2 S. 9 = Urk. 10/36 S. 9).

2. Gegen die Verfügung vom 24. Februar 2023 erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 20. März 2023 fristgerecht (Urk. 10/5 und Art. 321 Abs. 2 ZPO) Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"1. *Es sei Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Februar 2023 (Verfügung und Teilurteil) (Geschäfts-Nr. EE220175) insoweit aufzuheben, als das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung durch die Unterzeichnende abgewiesen wurde. Stattdessen sei dem Beschwerdeführer für das Eheschutzverfahren Geschäfts-Nr. EE220175 vor Bezirksgericht Zürich die unentgeltliche Rechtspflege per 25. Oktober 2022 zu gewähren und die Unterzeichnende als Rechtsbeiständin einzusetzen.*

2. *Alles zu Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse zzgl. MwSt. von 7.7%.*

[...]

1. *Es sei dem Beschwerdeführer für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die Unterzeichnende als Rechtsbeiständin einzusetzen."*

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 10/1-63). Der Gesuchsgegnerin als Gegenpartei im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2.), weshalb von ihr keine

Beschwerdeantwort einzuholen ist. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz wurde verzichtet (Art. 324 ZPO).

4.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

4.2. Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht, was insbesondere bei der ehelichen Unterstützungspflicht gilt. Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit, vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist nur dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte diesen zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss bzw. Beitrag nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei, welche die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangt, auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags gestellt wurde (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (zum Ganzen: *OGer ZH PC220023 vom 19.08.2022, E. 4.2. m.w.H.*).

5. Die Vorinstanz erwog, beide Parteien verfügten über einen Miteigentumsanteil an je einem Grundstück in Deutschland. Diese seien nicht liquide und es sei erfahrungsgemäss schwieriger, einen Miteigentumsanteil zu verkaufen o-

der zu belehnen. Diese Schwierigkeiten würden den Kaufpreis bzw. die Kreditsumme nach unten drücken. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Wert der einzelnen Miteigentumsanteile die Hälfte des Verkehrswerts betrage, verbleibe den Parteien nach der Verwertung aber weiterhin ein Betrag von rund Fr. 130'000.– (Gesuchsteller) bzw. Fr. 50'000.– (Gesuchsgegnerin) bzw. nach Abzug der angeblichen Schulden (beim Gesuchsteller) bzw. Hinzurechnung der liquiden Mittel (bei der Gesuchsgegnerin) rund Fr. 65'000.– bzw. Fr. 75'000.–. Die von den Parteien vorgebrachten Gründe, die gegen eine Verwertung oder Belehnung der Anteile sprechen sollten, würden nicht überzeugen und könnten nicht beachtet werden. Eine Unzumutbarkeit der Verwertung sei nicht ersichtlich. Damit sei die Mittellosigkeit bei beiden Parteien nicht erstellt. Daher seien die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenbeitrags bzw. unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (Urk. 2 S. 8 f.).

6. Der Gesuchsteller rügt zusammengefasst, die Beschaffung von Mitteln aus seinem Miteigentumsanteil sei aus diversen Gründen – unter anderem wegen seiner unentgeltlichen Rückübereignungspflicht an seinen in der Liegenschaft lebenden Vater, des Vorkaufsrechts seiner Geschwister, der langwierigen Verkaufsmodalitäten sowie der fehlenden Belehnungsmöglichkeit bzw. fehlenden Tragbarkeit einer Hypothek – nicht realisierbar (Urk. 1 Rz. 8 ff.). Das für die Gesuchsgegnerin, die ein Renditeobjekt halte, durchaus geltende Argument der Liquidierbarkeit des Grundeigentums gelte in Bezug auf ihn nicht (Urk. 1 Rz. 11).

7. Der (anwaltlich vertretene) Gesuchsteller hat bei der Vorinstanz weder ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch die Gesuchsgegnerin gestellt noch erläutert, weshalb er auf ein solches verzichtet hat (Urk. 10/31 S. 5, Rz. 102 ff. i.V.m. Prot. I. S. 139 f.). Vielmehr führte er aus, dass die Gesuchsgegnerin über Cash-Vermögen von Fr. 19'862.– verfüge und damit keineswegs mittellos sei. Auch sei sie Miteigentümerin einer Wohnung in Deutschland. Der Notgroschen von Fr. 10'000.– gemäss Rechtsprechung werde deutlich überstiegen. Wie es jetzt sei, wisse er nicht. Wenn Mittellosigkeit erstellt sei, dann bei ihm (Urk. 31 Rz. 104). Auch in der Beschwerdeschrift stellt er keinen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags oder legt dar, weshalb er darauf verzichtet (Urk. 1

S. 2 ff.). Wenn der Gesuchsteller jedoch der Ansicht war bzw. ist, dass die Gesuchsgegnerin "keineswegs mittellos" sei (Urk. 31 Rz. 104) und ein liquidierbares Renditeobjekt halte (Urk. 1 Rz. 11; so auch bereits in Urk. 38 Rz. 11), so hätte er ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrages stellen oder zumindest darlegen müssen, weshalb er darauf verzichtet. Die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin ist jedenfalls nicht augenfällig, wurden deren Gesuche um Prozesskostenbeitrag, eventualiter unentgeltliche Rechtspflege, doch abgewiesen und macht auch der Gesuchsteller fehlende Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin geltend. Aufgrund dessen wäre bzw. ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bereits wegen des fehlenden Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenbeitrags abzuweisen (gewesen). Damit erübrigt es sich, auf die Rügen des Gesuchstellers in der Beschwerdeschrift einzugehen und insbesondere die Liquidität seines Miteigentumsanteils zu prüfen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.1. 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). Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen und aufgrund des Ausgangs des Verfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind unter diesen Umständen keine zuzusprechen.

8.2. Das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchstellers 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. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 4-Urk. 5/3-4 und Urk. 8 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. Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Mai 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:
ip