

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190013-O/U,
damit vereinigt LF190012-O

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Beschluss und Urteil vom 21. März 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchs- und Beschwerdegegner,

betreffend **Schutzschrift**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 1. Februar 2019 (EW190001)

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 1. Januar 2019 reichte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) eine Schutzschrift für ein allfälliges superprovisorisches Ausweisungsbegehren des Gesuchsgegners und Beschwerdegegners (fortan Beschwerdegegner) beim Bezirksgericht Horgen (fortan Vorinstanz) ein und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 14/2). Mit Verfügung vom 9. Januar 2019 wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst im Hauptverfahren zu prüfen sei bzw. mangels Möglichkeit der Beurteilung der Aussichtslosigkeit ohnehin abzuweisen wäre, und die Eingabe der Beschwerdeführerin wurde unter Vorbehalt der Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'000.– als Schutzschrift entgegen genommen (act. 5 = act. 14/4). Nachdem innert Frist kein Kostenvorschuss geleistet wurde, erliess die Vorinstanz am 1. Februar 2019 folgende Verfügung (act. 7 = act. 13):

1. Die Schutzschrift der Gesuchstellerin vom 1. Januar 2019 (act. 1 und act. 2) wird nicht entgegengenommen und dieser zusammen mit den eingereichten Beilagen (act. 3 und act. 4/2–9) zurückgegeben.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 500.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
- 3.-4. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung [Berufung]

1.2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Februar 2019 rechtzeitig (vgl. act. 9) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 12):

- " 1. Es sei Ziff. 1 der Verfügung vom 1. Februar 2019 aufzuheben und die Schutzschrift sei in das Verfahren EZ190001 entgegenzunehmen.
2. Es sei Ziff. 2 der Verfügung vom 1. Februar 2019 aufzuheben und die Entscheidgebühr im Verfahren EW190001 sei auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Eventualiter sei die Entscheidgebühr des Verfahrens EW190001 je nach Ausgang des Verfahrens EZ190001 der dort unterliegenden Partei aufzuerlegen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

Prozessualer Antrag:

" Es sei der Beschwerdeführerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und X. _____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter einzusetzen."

1.3. Mit Eingabe vom 11. März 2019 (vgl. act. 19) reichte die Beschwerdeführerin verschiedene Noven ins Recht (act. 17; act. 18/1–9). Die vorinstanzlichen Akten wurden – soweit vorhanden – beigezogen (act. 5–9). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Die Beschwerdeführerin bezeichnet ihr Rechtsmittel als Beschwerde bzw. Berufung. Sie verweist auf Art. 110 ZPO, wonach der Kostenentscheid mit Beschwerde anfechtbar ist, lässt dann aber offen, ob die Eingabe als Berufung oder Beschwerde entgegenzunehmen sei (vgl. act. 14 Rz. 5). Die Vorinstanz belehrte als Rechtsmittel die Berufung (vgl. act. 11 Dispo-Ziff. 4). Es trifft zu, dass der Kostenentscheid selbstständig nur mit Beschwerde anfechtbar ist. Soweit ersichtlich richtet sich die Eingabe der Beschwerdeführerin aber nicht nur gegen den vorinstanzlichen Kostenentscheid, sondern gegen den Entscheid als Ganzes. Es liegt somit keine selbstständige Anfechtung des Kostenentscheids vor, weshalb das betreffende Verfahren LF190012 mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinen und der Kostenentscheid zusammen mit der Hauptsache entweder mit Berufung (Art. 308 ZPO) oder mit Beschwerde (Art. 319 ZPO) anfechtbar ist (vgl. Verfügung vom 21. März 2019 im Verfahren LF190012).

Die Verweigerung der Entgegennahme einer Schutzschrift kann mit Berufung angefochten werden, sofern der Streitwert bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten Fr. 10'000.– übersteigt. Ansonsten ist die Beschwerde das zutreffende Rechtsmittel (vgl. OGer ZH RU170045 vom 20. Oktober 2017 E. 2.2. mit Verweis auf KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 308 N 24; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 308 N 34). Das Streitinteresse, welches die Beschwerdeführerin mit der Schutzschrift verfolgt, liegt in der Verhinderung der Ausweisung. Der Mietzins beträgt Fr. 1'500.– pro Monat (act. 14/5/1 S. 2). Damit liegt der Streitwert unter Fr. 10'000.– (6 x Fr. 1'500.–), weshalb die Eingabe der Beschwerdeführerin als Beschwerde entgegenzunehmen ist.

2.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist zu erheben. Dabei sind konkrete Beschwerdeanträge zu stellen, welche bei Gutheissung der Beschwerde zum Entscheid erhoben werden können. Die gestellten Anträge sind sodann zu begründen. Die Beschwerde führende Partei hat sich hierbei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO-STERCHI, 2012, Art. 321 N 15 ff.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Die Noveneingabe der Beschwerdeführerin (act. 17) ist daher nicht zu beachten.

2.3. Im Entscheid über die Beschwerde ist auf die durch die Parteien erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht aber nicht dazu, sich mit jedem einzelnen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. etwa BK ZPO-HURNI, a.a.O., Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3.1.1. Die Beschwerdeführerin verlangt, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und die Schutzschrift sei im Verfahren EZ190001 entgegenzunehmen (siehe hiervor Berufungsanträge Ziff. 1). Zur Begründung führt sie zusammengefasst aus, mit Eingabe vom 18. Januar 2019 habe der Beschwerdegegner um Ausweisung der Beschwerdeführerin aus der ehelichen Liegenschaft ersucht. Damit hätten sich die Befürchtungen, die Anlass zur Einreichung der Schutzschrift boten, teilweise erfüllt. Es sei tatsächlich ein Ausweisungsbegehren eingereicht worden, wenn auch kein superprovisorisches (act. 12 Rz. 10 f.). Die Schutzschrift hätte daher umgehend der Gegenpartei zugestellt werden müssen. Statt dessen sei die Gegenseite vom Gericht extra telefonisch kontaktiert und zur Modifikation der Eingabe aufgefordert worden (act. 12 Rz. 18).

3.1.2. Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271-281 SchKG oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen. Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet (Art. 270 ZPO).

3.1.3. Die Beschwerdeführerin reichte vor Vorinstanz am 1. Januar 2019 eine Schutzschrift ein, weil sie eine superprovisorische Ausweisung aus der ehelichen Liegenschaft oder sonstige sofortige Massnahmen befürchtete (act. 14/2 Rz. 13 f.). Worin diese sonstigen sofortigen Massnahmen bestehen könnten, legte sie nicht dar, und soweit ersichtlich verteidigte sie sich auch einzig gegen die befürchtete superprovisorische Ausweisung. Am 18. Januar 2019 reichte der Beschwerdegegner ein Ausweisungsbegehren ein (act. 14/5/2). Entgegen den Befürchtungen der Beschwerdeführerin wurden weder eine superprovisorische Ausweisung noch andere sofortige Massnahmen beantragt. Da somit keine Ausweisung oder sonstige Anordnung ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin drohten, entfiel das Rechtsschutzinteresse an der Entgegennahme der Schutzschrift. Die Schutzschrift wurde daher zu Recht nicht entgegengenommen und auch nicht im Ausweisungsverfahren zugestellt. Mit Verfügung vom 4. Februar 2019 gab die Ausweisungsrichterin der Beschwerdeführerin denn auch Gelegenheit zur Stellungnahme zum Ausweisungs-/Vollstreckungsbegehren. Es stand der Beschwerdeführerin damit frei, eine auf das Ausweisungs-/Vollstreckungsbegehren abgestimmte Stellungnahme zu verfassen und sich mit den Argumenten der Gegenseite auseinanderzusetzen oder ihre "Schutzschrift" als Stellungnahme einzureichen.

3.1.4. Ob die – von der Beschwerdeführerin beanstandete – Kontaktierung der Gegenseite durch das Gericht im Zusammenhang mit dem Ausweisungsbegehren zulässig war, ist hier nicht zu prüfen. Entsprechende Beanstandungen wären im Ausweisungs-/Vollstreckungsverfahren bzw. in einem allfälligen Rechtsmittel gegen den diesbezüglichen Entscheid vorzubringen.

3.2. Die Beschwerdeführerin macht sodann verschiedene Ausführungen zur Verfügung vom 9. Januar 2019 und zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Einerseits bringt sie vor, der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege könne nicht mehr angefochten werden, weshalb darauf verzichtet werden müsse, Rechtsanwalt X. _____ als unentgeltlichen Vertreter einzusetzen (act. 12 Rz. 6 ff.). Andererseits macht sie geltend, die Verfügung vom 9. Januar 2019 verletze Grundrechte und sei nichtig, weshalb keine Auferlegung des Kostenvorschusses hätte erfolgen dürfen (act. 12 Rz. 13 ff.). Soweit ersichtlich beanstandet die – anwaltlich vertretene – Beschwerdeführerin nur die Auferlegung des Kostenvorschusses und nicht die Nichtbehandlung (bzw. nach ihrer Ansicht die Abweisung) ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. aber hiernach E. 3.4.1. ff.). Wie ausgeführt, entfiel das Rechtsschutzinteresse an der Entgegennahme der Schutzschrift mit der Anhängigmachung des Ausweisungsverfahrens. Dies unabhängig davon, ob mit Verfügung vom 9. Januar 2019 zu Recht ein Kostenvorschuss einverlangt wurde oder nicht. Entsprechend ist auf die diesbezüglichen Einwände nicht weiter einzugehen.

3.3.1. Die Beschwerdeführerin verlangt schliesslich, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen. Sie führt zusammengefasst aus, es liege ein wirtschaftliches Missverhältnis zwischen dem gut verdienenden Beschwerdegegner und der bis heute schlechter verdienenden Beschwerdeführerin vor, was die Kostenaufgabe zu Lasten der Beschwerdeführerin i.S.v. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO als unbillig erscheinen lasse. Die tatsächliche Einreichung des Ausweisungsbegehrens zeige, dass sich die Beschwerdeführerin in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen habe (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Eventualiter seien die Prozesskosten gemeinsam mit dem Ausweisungsverfahren zu liquidieren (act. 12 Rz. 19 ff.).

3.3.2. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin unterlag vor Vorinstanz, weshalb ihr zu Recht die Kosten des Verfahrens auferlegt wurden. Der Beschwerdegegner konnte und musste sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht

äussern. Eine Kostenaufgabe an ihn ist deshalb ausgeschlossen. Für eine Verteilung der Gerichtskosten nach Art. 107 Abs. 1 ZPO besteht kein Raum. Gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO können Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlassen haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegt werden. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Verfahrens verursacht und damit auch zu tragen.

3.3.3. Da die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Entgegennahme der Schutzschrift unterliegt, besteht kein Anlass, die Prozesskosten dieses Verfahrens im Ausweisungsverfahren zu liquidieren. Denn unabhängig davon, wer im Ausweisungsverfahren obsiegt, unterliegt die Beschwerdeführerin im Verfahren um Entgegennahme der Schutzschrift. Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Kostenregelung.

3.4.1. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Auferlegung der Kosten trotz Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zulässig war. Dabei kann offen gelassen werden, ob in einem Verfahren um Entgegennahme einer Schutzschrift ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, was die Vorinstanz verneinte (vgl. act. 7), denn das Gesuch der Beschwerdeführerin wäre ohnehin abzuweisen gewesen.

3.4.2. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind Anträge anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summa-

rischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4).

3.4.3. Die Beschwerdeführerin verlangte die Entgegennahme der Schutzschrift, weil sie ein superprovisorisches Ausweisungsverfahren befürchtete. Sie führte in ihrer Schutzschrift aber selbst aus, dass das Gericht ihr ein allfälliges Gesuch des Beschwerdegegners "ziemlich sicher" zur Stellungnahme zukommen lassen werde (act. 14/2 Rz. 13). Dies ist zutreffend, denn ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen setzt eine besondere Dringlichkeit voraus (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO). Es muss für die gesuchstellende Partei unzumutbar sein, bis zur Anhörung der Gegenpartei zuzuwarten (vgl. etwa BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., Art. 265 ZPO N 8). Worin die besondere Dringlichkeit hier hätte bestehen sollen, legte die Beschwerdeführerin in ihrer Schutzschrift nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Zudem erfolgt die Ausweisung in der Regel im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen. Dort ist explizit vorgesehen, dass die Gegenseite anzuhören ist (Art. 253 ZPO). Eine superprovisorische Ausweisung kommt ohnehin grundsätzlich nicht in Frage, weil das eine Vorwegnahme des Entscheides in der Sache bedeutete und in aller Regel nicht mehr rückgängig zu machen wäre (vgl. etwa BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 ZPO N 9; BK ZPO-GÜNGERICH, a.a.O., Art. 257 N 6). Damit waren die Chancen, dass ein superprovisorisches Verfahren eingeleitet wird, in welchem die Schutzschrift hätte Beachtung finden können, bereits bei Einreichung der Schutzschrift als so gering anzusehen, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit hätte abgewiesen werden müssen.

4.1. Die Beschwerdeführerin stellt für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen (E. 3.1.–3.3.), erweist sich das Rechtsmittel als aussichtslos. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen.

4.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) bilden einerseits der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse und andererseits der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls die

Grundlage für die Festsetzung der Gebühr (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Für die Entgegennahme einer Schutzschrift beträgt die Gebühr Fr. 500.– bis Fr. 2'000.– (§ 8 Abs. 2 GebV OG). Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 500.– festzusetzen.

4.3. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beschwerdegegner nicht, da ihm keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und der vorinstanzliche Entscheid vom 1. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am:
22. März 2019