

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RU130001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## **Beschluss und Urteil vom 18. Februar 2013**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend

### **Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen ein Urteil des Präsidenten des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2012 (VO120189)

**Erwägungen:**

**I.**

1. Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) ersuchte mit Eingabe vom 13. September 2012 an den Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person seines Rechtsvertreters für das Schlichtungsverfahren sowie im allenfalls anschliessenden Zivilprozess gestützt auf das Produkthaftungsgesetz gegen die B.\_\_\_\_\_ GmbH, C.\_\_\_\_\_ [Ort] (act. 4/1).

Mit Urteil vom 24. September 2012 gewährte die Vorinstanz dem Gesuchsteller für das beabsichtigte Schlichtungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 4/5 Dispositiv Ziffern 2-3). Zudem wurde dem Gesuchsteller zur Vorbereitung der geschilderten Klage ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt und wurde dem Rechtsbeistand einstweilen ein Aufwand von maximal Fr. 1'600.00 bewilligt (act. 4/5 Dispositiv Ziffer 4). Auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das erstinstanzliche Verfahren trat die Vorinstanz dagegen nicht ein (act. 4/5 Dispositiv Ziffer 1). Dieser Entscheidung blieb unangefochten.

Auf das Schlichtungsgesuch des Gesuchstellers vom 24. Oktober 2012 (act. 3/14) hin erteilte das Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller die Klagebewilligung (act. 3/15; Datum unlesbar).

2. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2012 an die Vorinstanz ersuchte der Gesuchsteller für den beabsichtigten Zivilprozess gegen die B.\_\_\_\_\_ GmbH vor dem Bezirksgericht Meilen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 1).

3. Mit Urteil vom 18. Dezember 2012 trat die Vorinstanz auf das Gesuch nicht ein. In der im Urteil enthaltenen Rechtsmittelbelehrung verwies die Vor-

instanz auf die Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich, die innert 10 Tagen ab dessen Zustellung einzureichen sei, wobei die gesetzlichen Fristenstillstände nicht gelten würden (act. 5 = act. 8).

Das Urteil wurde dem Gesuchsteller am 20. Dezember 2012 zugestellt (act. 6).

4. Mit Eingabe vom 31. Dezember 2012 erhob der Gesuchsteller ein als Berufung betiteltes Rechtsmittel gegen das Urteil vom 18. Dezember 2012, mit Stellung der folgenden Anträge (act. 9 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil vom 18. Dezember 2012 sei aufzuheben.
2. Auf das Gesuch vom 14. Dezember 2012 sei einzutreten.
3. Dem Gesuchsteller und Berufungskläger sei für den beabsichtigten Zivilprozess vor dem Bezirksgericht Meilen betreffend Klage gestützt auf das Produkthaftpflichtgesetz gegen die B. \_\_\_\_\_ GmbH die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
4. Dem Gesuchsteller und Berufungskläger sei für den beabsichtigten Zivilprozess vor dem Bezirksgericht Meilen betreffend Klage gestützt auf das Produkthaftpflichtgesetz gegen die B. \_\_\_\_\_ GmbH in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
5. Eventualiter sei die Sache zur Beurteilung des Gesuchs vom 14. Dezember 2012 an den Obergerichtspräsidenten zurückzuweisen.
6. Dem Gesuchsteller und Berufungskläger sei im Rechtsmittelverfahren vor dem Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm der unterzeichnete Rechtsanwalt [i.e. Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_] als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Kantons Zürich."

5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-6). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

### 1. Prozessuale Vorbemerkungen:

1.1 Die 10tägige Beschwerdefrist nach Art. 321 Abs. 2 ZPO wurde durch die Zustellung des angefochtenen Urteils am 20. Dezember 2012 ausgelöst (act. 6; zu den Gerichtsferien vgl. Art. 145 Abs. 2 ZPO i.V. Art. 119 Abs. 3 ZPO). Die Frist lief somit bis Montag, 31. Dezember 2012.

Auch wenn, wie vom Gesuchsteller geltend gemacht, gegen das angefochtene Urteil die Berufung zulässig wäre, wäre aufgrund des summarischen Verfahrens eine 10tägige Frist massgeblich (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller macht nichts anderes geltend (act. 9 S. 3).

1.2 Der Rechtsvertreter des Gesuchstellers reichte das Rechtsmittel als elektronische Eingabe ein. Er versandte es, korrekt elektronisch signiert, am 31. Dezember 2012 um 13:27 Uhr per E-Mail von seinem Computer (act. 13).

1.2.1 Art. 143 Abs. 2 ZPO legt fest, dass die Einreichung einer fristgebundenen elektronischen Eingabe rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Gerichts spätestens am letzten Tag der Frist durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist. Gemäss Gesetzestext und Botschaft zur ZPO muss der Eingang der elektronischen Eingabe noch innert Frist vom empfangenden Gericht (allenfalls automatisch) bestätigt worden sein und es gilt (im Unterschied zu schriftlichen Eingaben, wo das Expeditionsprinzip gilt) das Empfangsprinzip (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7308). Der Gesuchsteller trägt folglich, wenn er für seine Eingabe den elektronischen Versandweg wählt, – nach erklärtem Willen des Gesetzgebers – das Übermittlungsrisiko bis zum Eintreffen seiner elektronischen Eingabe auf der Zustellplattform des Gerichts.

Das Eintreffen der Eingabe auf der Zustellplattform des Obergerichts wird dem Absender aufgrund der derzeitigen technischen Ausgestaltung des Datenverkehrs zwischen den anerkannten Zustellplattformen nicht dokumentiert, bzw. erst, wenn die elektronische Eingabe durch einen Mitarbeiter des Obergerichts angenommen bzw. abgelehnt wird. Auf diesen Zeitpunkt ist indes nicht abzustel-

len. Andernfalls würde das Instrument der elektronischen Eingabe praktisch unbrauchbar, müsste sich der Absender einer elektronischen Eingabe doch stets versichern, dass beim empfangenden Gericht ein Mitarbeiter am Computer sitzt, der die Eingabe vor Fristablauf annimmt. Darum und zur Vermeidung eines überspitzten Formalismus lässt die Kammer einstweilen, solange die Zustellplattform des Obergerichts dem Absender einer elektronischen Eingabe keine Eingangsbestätigung im Sinne von Art. 143 Abs. 2 ZPO zustellt, den fristgerechten Eingang von elektronischen Eingaben bei der Zustellplattform des Obergerichts genügen. Auf das Erfordernis der Ausstellung einer entsprechenden Bestätigung vor Fristablauf durch die Zustellplattform des Obergerichts wird entsprechend einstweilen verzichtet. Dies befreit den Absender einer elektronischen Eingabe hingegen nicht davon, – falls fraglich – den rechtzeitigen Eingang der Eingabe auf der Zustellplattform des Obergerichts nachzuweisen (vgl. im Einzelnen OGer ZH LY120016 vom 11. Juli 2012, E. II./2-4).

1.2.2 Vorliegend ergibt sich aus den Prüfberichten vom 4. und 7. Januar 2013, dass die elektronische Signatur auf der elektronischen Eingabe am 31. Dezember 2012 um 13:27 Uhr angebracht wurde (act. 13 f.). Vom 31. Dezember 2012, 14:34 Uhr, datiert sodann das E-Mail von ..., der Zustellplattform des Obergerichts, mit welchem die elektronische Eingabe an das Obergericht übermittelt wurde (act. 15). Vor diesem Hintergrund ist die Rechtzeitigkeit der Eingabe des Gesuchstellers zu bejahen.

1.3 Der Gesuchsteller macht im Hauptstandpunkt geltend, sein Rechtsmittel sei entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz als Berufung entgegen zu nehmen. Der Nichteintretensentscheid auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei kein Entscheid im Sinne von Art. 121 ZPO, da das Gesuch nicht ganz oder teilweise abgelehnt worden sei. Daher sei nicht die Beschwerde nach Art. 121 ZPO gegeben, sondern (da der erforderliche Streitwert gegeben sei) die Berufung nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO (erstinstanzlicher Endentscheid, worunter auch Nichteintretensentscheide fallen würden, vgl. act. 9 S. 3).

Dem ist nicht zu folgen. Nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO ist zwar die Berufung gegen Nichteintretensentscheide gegeben, aber gemeint sind damit solche Ent-

scheide, mit welchem auf die Klage bzw. auf bestimmte Sachanträge nicht eingetreten wurde. Der vorliegend angefochtene Entscheid, mit welchem auf ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht eingetreten wurde, ist davon zu unterscheiden. Wäre das erstinstanzliche Gericht auf ein solches, während des erstinstanzlichen Verfahrens gestelltes Gesuch nicht eingetreten, so wäre dies ein prozessleitender Entscheid. Gegen solche Entscheide ist die Berufung unzulässig (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 308 N 8).

Dass das Gesuch vorprozessual bei der Vorinstanz gestellt worden ist, ändert an der Natur des entsprechenden Entscheids als prozessleitender nichts. Es wäre im Übrigen denn auch mit Blick auf das System der Rechtsmittel sachfremd, wenn die Abweisung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege mit Beschwerde, das Nichteintreten auf dasselbe Gesuch aber mit Berufung anzufechten wäre.

Ist die Berufung nicht gegeben, so fragt sich, ob die Beschwerde zulässig ist. In weiter Auslegung von Art. 121 ZPO ist dies zu bejahen und ist die Beschwerde nicht nur bei teilweiser oder gänzlicher Abweisung eines Gesuches um unentgeltliche Prozessführung zuzulassen, sondern auch gegen den Nichteintretensentscheid auf ein entsprechendes Gesuch. Denn im Ergebnis bedeutet das Nichteintreten nichts anderes als die Ablehnung des Gesuches.

1.4 Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels schadet nicht (vgl. die Praxis der Kammer zur Konversion des unrichtig bezeichneten Rechtsmittels in das richtigerweise zu erhebende Rechtsmittel, OGer ZH RU120018 vom 12. Juni 2012, E. II./3.2.1 mit weiteren Nachweisen). Das Rechtsmittel des Gesuchstellers ist daher als Beschwerde zu behandeln.

1.5 Auf das Beschwerdeverfahren kommen die Art. 319 ff. ZPO zur Anwendung. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln ist ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2. Zur Sache:

2.1 Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller habe bereits am 13. September 2012 um unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für ein noch nicht eingeleitetes Schlichtungsverfahren und für den nachfolgenden erstinstanzlichen Zivilprozess ersucht. Soweit das Gesuch den erstinstanzlichen Zivilprozess betroffen habe, sei darauf mit Urteil vom 24. September 2012 nicht eingetreten worden. Solche Prozessentscheide würden zwar nicht materiell rechtskräftig, aber hinsichtlich der beurteilten fehlenden Prozessvoraussetzung seien sie bindend. Auf das erneute Gesuch sei daher nicht einzutreten.

Nur nebenbei erwähnte die Vorinstanz sodann, sie gewähre praxismässig die unentgeltliche Prozessführung nur bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens, um nicht in das Verfahren vor dem Bezirksgericht einzugreifen. Erfasst würden mithin nur solche Gesuche zur Prozessvorbereitung sowie Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für ein Schlichtungsverfahren vor einer zürcherischen Schlichtungsbehörde. In einem allfälligen folgenden Verfahren vor dem Bezirksgericht sei ein neues Gesuch zu stellen (act. 8 S. 2 f.).

2.2 Der Gesuchsteller lässt dem entgegen halten, aus dem Urteil vom 24. September 2012 gehe nicht hervor, dass sich die Vorinstanz entgegen dem Wortlaut von § 128 GOG generell nicht für zuständig erachte, ein vor Einreichung der Klage beim Gericht gestelltes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren zu beurteilen. Vielmehr sei nach diesem Urteil anzunehmen gewesen, das Gesuch sei "vor jeder Instanz neu zu stellen" und damit vorprozessual für das bezirksgerichtliche Verfahren erst nach dem Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens. Zuständig dafür sei nach § 128 GOG die Vorinstanz. Auf das Gesuch vom 13. Dezember 2012 hätte daher eingetreten werden müssen (act. 9 S. 6 ff.).

2.3 Ob das Urteil vom 24. September 2012 einem Eintreten auf das Gesuch des Gesuchstellers vom 13. Dezember 2012 entgegen stand, kann offen bleiben. Auch wenn eine diesbezügliche Bindungswirkung des Urteils vom

24. September 2012 mit dem Gesuchsteller verneint wird, so lässt sich daraus nichts zugunsten des Gesuchstellers ableiten. Die Vorinstanz trat aus den nachfolgend geschilderten Gründen so oder so zu Recht auf das Gesuch vom 18. Dezember 2012 nicht ein:

2.3.1 Der Obergerichtspräsident oder die Obergerichtspräsidentin ist nach § 128 GOG zuständig zur Beurteilung von Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, die vor der Klageeinreichung beim Gericht gestellt werden. Art. 119 Abs. 1 ZPO erlaubt die Stellung solcher Gesuche vor oder während der Rechtshängigkeit der Klage.

Der Gesuchsteller irrt, wenn er meint, aufgrund dieser Bestimmungen habe eine klagende Partei in jedem Fall einen Anspruch darauf, vor der Einreichung der Klage beim erstinstanzlichen Gericht vom Obergerichtspräsidenten einen Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im erstinstanzlichen Verfahren zu erhalten (act. 9 S. 11). Entscheidend ist wie allgemein im Zivilprozess, dass die Partei an ihrem Antrag bzw. Gesuch ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese Voraussetzung gilt für alle an ein Gericht adressierten Eingaben, mit welchen die betreffende Person ein Tätigwerden des Gerichts im Sinne ihrer Eingabe verlangt (ZK ZPO-Zürcher, Art. 59 N 7).

2.3.2 Mit Blick auf das Rechtsschutzinteresse an bei der Vorinstanz eingereichten Gesuchen um unentgeltliche Prozessführung ist zu unterscheiden zwischen Gesuchen, die vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden (was nach Art. 119 Abs. 1 ZPO zulässig ist), und Gesuchen betreffend das Schlichtungsverfahren (für deren Beurteilung auch nach Eintritt der Rechtshängigkeit [Art. 62 Abs. 1 ZPO] das Obergerichtspräsidium zuständig ist).

Dass an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren (wenn ein solches zu durchlaufen ist) regelmässig ein genügendes Rechtsschutzinteresse besteht, ist so weit klar (vom Rechtsschutzinteresse zu unterscheiden sind die verhältnismässig strengen Voraussetzungen an die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren; vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, act. 4/5 S. 4, 6 ff.).



Darüber hinaus besteht vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit ein schutzwürdiges Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne der Bestellung eines Rechtsbeistandes nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO für die Prozessvorbereitung, wenn es in schwierigen Fällen darum geht, die Prozessaussichten zu beurteilen, Fakten und Beweise vorläufig zu klären, die Dokumentation zu sammeln und zu bewerten, und die Rechtsbegehren zu formulieren (Hausser/Lieber/Schweri, GOG-Kommentar, § 128 N 2, 4). Im Zusammenhang damit ist auch ein Interesse denkbar, zu einem relativ frühen Zeitpunkt eine Prognose dahingehend zu erhalten, ob die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung gegeben sind oder nicht (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 2). In diesen Konstellationen ist einer gesuchstellenden Partei nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO zur Vorbereitung des Prozesses ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (ZK ZPO-Emmel, Art. 118 N 12).

2.3.3 Wie gesehen, hat die Vorinstanz im Urteil vom 24. September 2012 ein schutzwürdiges Interesse des Gesuchstellers an der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vor der Klageeinreichung beim Gericht betreffend beide vorerwähnten Konstellationen bejaht:

Zum einen wurde dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung eines Rechtsbeistandes für das Schlichtungsverfahren gewährt. Zum anderen wurde ihm auch für die Prozessvorbereitung die unentgeltliche Rechtsbeistandung gewährt, mit Bewilligung eines Rechtsvertreteraufwandes von Fr. 1'600.00 (act. 4/5 sowie bereits vorne I./1.).

Mit diesen beiden Entscheiden erhielt der Gesuchsteller zudem eine erste (positive) Prognose über die Aussichten eines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung vor dem erkennenden Richter.

2.3.4 Ein Grund, weshalb dem Gesuchsteller nun auch für das Verfahren vor dem Bezirksgericht nochmals vorprozessual die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren wäre, ist nicht ersichtlich:

Der Gesuchsteller macht geltend, er habe ein legitimes Interesse daran, vor Klageeinreichung beurteilen zu lassen, ob im erstinstanzlichen Prozess die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde (act. 9 S. 11). Dieses Interesse fällt indes nicht unter die vorerwähnten Kategorien schützenswerter Interessen an einem solchen Entscheid. Eine Prognose über die Aussichten eines Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung vor dem erkennenden Richter hat der Gesuchsteller wie bereits erwähnt schon erhalten, indem ihm die unentgeltliche Rechtspflege für die Prozessvorbereitung und für das Schlichtungsverfahren gewährt wurde. Dies muss mit Blick auf die Abklärung des Kostenrisikos (bzw. des Inkassorisikos des Rechtsvertreters) und des allgemeinen Prozessrisikos genügen. Das damit verbundene Interesse gibt einer Partei keinen Anspruch darauf, den eigentlichen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege vor erster Instanz bereits vorprozessual vom Obergerichtspräsident fällen zu lassen.

Weitere Gründe, aus welchen der Gesuchsteller ein schützenswertes Interesse an der vorprozessualen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren haben könnte, wurden nicht geltend gemacht. Ein solches Interesse ist denn auch nicht ersichtlich, da dem Gesuchsteller für die Prozessvorbereitung bereits ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gestellt wurde und der Gesuchsteller ein entsprechendes Gesuch für das erstinstanzliche Verfahren mit der Klageeinreichung beim Bezirksgericht stellen kann. Diesfalls würde nebenbei bemerkt der im Zusammenhang mit der Gesuchstellung und mit der gleichzeitig mit dem Gesuch eingereichten Rechtsschrift entstandene Aufwand des unentgeltlichen Rechtsbeistandes von der Rechtswohltat bereits umfasst (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 118 N 24).

Der Gesuchsteller verfolgte somit mit dem Gesuch vom 14. Dezember 2012 kein schützenswertes Interesse. Daher ist die Vorinstanz auf das Gesuch zu Recht nicht eingetreten. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

3. Ob der Obergerichtspräsident auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren bereits am 24. September 2012 (act. 4/5) zu Recht nicht eintrat, ist nicht zu prüfen, da der Gesuchsteller jenen Entscheid nicht anfocht.

3.1 Dennoch rechtfertigen sich die nachfolgenden Bemerkungen zur diesbezüglichen Praxis des Obergerichtspräsidenten, wonach vor der Einreichung der Klage beim Gericht die unentgeltliche Rechtspflege nur für das Schlichtungsverfahren und für die Prozessvorbereitung, aber nicht für das erstinstanzliche Verfahren gewährt wird (act. 4/5 S. 3 Ziff. 2.2). Der Gesuchsteller rügt diese Praxis als Verletzung von Art. 119 Abs. 1 ZPO, § 128 GOG und Art. 29 Abs. 3 BV (act. 9 S. 8).

Dem ist nicht zu folgen. Nach den genannten Bestimmungen kann zwar zu jedem Zeitpunkt vor oder nach der Rechtshängigkeit der Klage ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden. Zur Beurteilung des Gesuches ist im Kanton Zürich das Obergerichtspräsidium zuständig, solange die Klage nicht beim Gericht eingereicht wurde.

Der Umfang bzw. der Regelungshorizont der vor Rechtshängigkeit bzw. vor Einreichung der Klage zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege ist damit indessen nicht festgelegt. Nach der Praxis des Obergerichtspräsidenten ist die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 119 Abs. 5 ZPO vor jeder Instanz neu zu beantragen (act. 4/5 S. 3). Dass dieser Grundsatz in Art. 119 Abs. 5 ZPO nur für Rechtsmittelinstanzen festgehalten wird, schadet nicht und führt entgegen dem Gesuchsteller (act. 9 S. 9 unten) auch nicht dazu, dass e contrario die für das Schlichtungsverfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren weiter gelten würde. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt regelmässig nur für die Instanz, welche sie für bestimmte Rechtsbegehren im betreffenden Verfahren gewährt hat (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 5). Im Vordergrund steht dabei die Beschränkung auf ein bestimmtes Verfahren. Die Frage, ob die Schlichtungsbehörde eine "Instanz" in diesem Sinne ist, ist entgegen dem Gesuchsteller (act. 9 S. 9) nicht erheblich.

Entscheidend ist vielmehr, dass es sich beim Verfahren vor der ersten Instanz um ein eigenständiges, vom Schlichtungsverfahren getrenntes Verfahren handelt. § 128 GOG ist nicht so zu verstehen, dass damit mit Blick auf das Verfahren vor der ersten Instanz in deren Verfahrensherrschaft eingegriffen würde und das Obergerichtspräsidium zuständig dazu wäre, vor der Einreichung der

Klage über die unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren zu entscheiden. Dieser Entscheid ist vielmehr der ersten Instanz zu belassen, die darüber eine prozessleitende Verfügung erlässt (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 14). Dass sich das Obergerichtspräsidium entsprechend Zurückhaltung auferlegt und nicht in das Verfahren vor Bezirksgericht eingreift (act. 8 S. 3), ist deshalb entgegen dem Gesuchsteller (act. 9 S. 10) nicht zu beanstanden.

3.2 Hinzu kommt, dass dem Eintreten auf das Gesuch wie geschildert stets ein schützenswertes Interesse vorausgesetzt wird. Ein solches Interesse besteht vor der Einreichung der Klage beim Gericht wie gesehen in bestimmten Konstellationen, wenn ein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen ist oder für die Prozessvorbereitung in besonders schwierigen Fällen. Mit Blick auf diese Interessen hat der Obergerichtspräsident dem Gesuchsteller wie gesehen die unentgeltliche Prozessführung gewährt (act. 4/5).

Andere Gründe für das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses an der vorprozessualen Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung brachte der Gesuchsteller im Gesuch vom 13. September 2012 nicht vor. Insbesondere verdeutlichte er nicht, weshalb er bereits vor Einreichung des Schlichtungsbegehrens ein schützenswertes Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren haben sollte (act. 4/1). Es ist denn auch schwer vorstellbar, unter welchen Umständen ein solches Interesse bestehen könnte. Das Anliegen, zur Risikoabsicherung bereits frühzeitig einen entsprechenden Entscheid zu erwirken, genügt nach dem Gesagten jedenfalls nicht. Eine solche vorzeitige Gewährung wäre denn auch wenig sinnvoll, da sich die tatsächlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage beim Gericht verändern können. Dasselbe gilt mit Blick auf die Grundlagen für die Beurteilung der Prozessaussichten (Art. 117 lit. b ZPO).

Bereits dem Gesuch des Gesuchstellers vom 13. September 2012 lag mithin kein Rechtsschutzinteresse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren zu Grunde.

3.3 Aus den vom Gesuchsteller aufgezeigten Entscheidungen folgt im Übrigen entgegen der Ansicht des Gesuchstellers (act. 9 S. 10 oben) nicht, dass die Vorinstanz auf vorprozessuale Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege in Verfahren ohne vorgelagertes Schlichtungsverfahren in keinem Fall eintreten würde: Beispielsweise im Verfahren VO120039 (Urteil vom 23. April 2012, E. 2.5) scheiterte die vorprozessuale Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für die Prozessvorbereitung lediglich daran, dass die Gesuchstellerin das Gesuch diesbezüglich (mit Blick auf die Prozessvorbereitung) nicht genügend begründet hatte. Wäre es genügend begründet worden, so wäre der Umstand, dass kein Schlichtungsverfahren zu durchlaufen war, einer Gutheissung des Gesuches betreffend die Prozessvorbereitung nicht entgegen gestanden.

Dies zeigt, dass die unentgeltliche Rechtspflege auch in diesen Fällen, wenn kein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist, beim Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses vorprozessual nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO durch das Obergerichtspräsidium gewährt wird.

### III.

1. Der Gesuchsteller ersucht für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9 S. 2, 14).

1.1 Dem Gesuchsteller werden im vorliegenden Verfahren keine Kosten auferlegt (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter III./2.). Hinsichtlich der Befreiung von den Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens (unentgeltliche Prozessführung; Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) wird das Gesuch daher gegenstandslos, weshalb es abzuschreiben ist.

1.2 Betreffend die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) ist über das Gesuch dagegen zu entscheiden.

Wie vorstehend aufgezeigt, gewährte die Vorinstanz dem Gesuchsteller bereits für das Schlichtungsverfahren und für die Prozessvorbereitung die unentgelt-

liche Rechtspflege mit Bestellung eines Rechtsbeistandes nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO (act. 4/5). Ein schutzwürdiges Interesse an einer darüber hinaus gehenden vorprozessualen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, insbesondere an einer Gewährung dieser Rechtswohltat bereits für das noch nicht anhängig gemachte erstinstanzliche Verfahren, ist nach dem Gesagten nicht im Ansatz ersichtlich und wurde vom Gesuchsteller auch nicht dargetan. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren ist daher zufolge Aussichtslosigkeit des im Beschwerdeverfahren gestellten Rechtsbegehrens (Art. 117 lit. b ZPO) abzuweisen.

Auf die geltend gemachte Mittellosigkeit des Gesuchstellers (act. 9 S. 12) ist danach nicht einzugehen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wären ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kammer erhebt jedoch entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffassung für das Rechtsmittelverfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege keine Kosten (vgl. OGer ZH RU120054 vom 11. Oktober 2012 E. 4 mit weiteren Nachweisen).

Für einen Anspruch des Gesuchstellers auf Prozessentschädigung aus der Staatskasse gäbe es im Übrigen auch bei seinem Obsiegen keine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde des Gesuchstellers gegen das Urteil des Präsidenten des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2012 (VO120189) wird abgewiesen.
2. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
3. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller sowie an den Präsidenten des Obergerichts, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'000'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: