

Art. 119 Abs. 2 ZPO, unentgeltliche Rechtspflege, Mitwirkung der Partei.

Auch die anwaltlich vertretene Partei ist auf offensichtlich Fehlendes hinzuweisen. Hier: wenn die entscheidende Instanz es nicht als glaubhaft erachtet, dass die auf elterlichen Unterhalt einzuklagende Person wie behauptet die Mutter der Klägerin sei (weil die beiden verschiedene Namen tragen), muss sie nach ergänzenden Unterlagen oder Erläuterungen fragen.

Art. 326 ZPO, keine Noven in der Beschwerde. *In Weiterführung der bisherigen Praxis werden Noven in der Beschwerdeschrift ausnahmsweise zugelassen, wenn die erste Instanz ihre diesbezügliche Fragepflicht verletzt hat (E. 2.1)*

(Erwägungen des Obergerichts:)

1.

1.1. Mary Rena¹ (Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Gesuchstellerin) wurde am 5. Oktober 1998 geboren und ist verbeiständet durch S. Diese, wiederum vertreten durch Dr. M., liess im Namen der Gesuchstellerin am 5. Juni 2013 beim [zuständigen] Friedensrichteramt Klage gegen Marina Kutter auf Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen im Betrag von Fr. 230.-- ab 1. Juni 2013 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung, mindestens bis zur Volljährigkeit der Gesuchstellerin, erheben. Gleichzeitig beantragte die Gesuchstellerin beim Präsidenten des Obergerichts des Kantons Zürich die vollumfängliche Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO. Mit Urteil vom 10. Juni 2013 wies der Obergerichtspräsident das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab und bestellte auch keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand.

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 21. Juni 2013 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer, mit dem Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege für das Sühneverfahren betreffend Unterhaltsklage zu gewähren. Das steht insofern im Gegensatz zum bei der Vorinstanz eingereichten Gesuch, worin sie noch um die Gewährung der *vollumfänglichen* unentgeltlichen Rechtspflege ersuchte. Dementsprechend spricht die Gesuchstellerin auch in der Begründung der Beschwerde nunmehr von der unentgeltlichen Prozessführung. Demzufolge ist festzustellen, dass der vorinstanzliche Entscheid in

¹ zur besseren Lesbarkeit sind *geänderte* Namen verwendet

Bezug auf die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin unangefochten blieb.

1.3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen. Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen. Insbesondere wurde auf die Anhörung der Gegenpartei im Hauptverfahren verzichtet (vgl. Art. 119 Abs. 3 ZPO).

2.

2.1. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Beschwerde zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Ausnahmen davon rechtfertigt immerhin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (ZR 100/2001 Nr. 27 S. 88; die Kammer befolgt diese Praxis auch unter neuem Recht).

2.2. Die vorliegende Beschwerde vom 22. April 2013 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Gesuchstellerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid bereits zutreffend festgehalten hat, hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO).

Als aussichtslos sind Begehren 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 entschlösse; 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 summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217; 133 III 614 E. 5 S. 616). Die fehlende Aussichtslosigkeit ist lediglich glaubhaft zu machen (ZK ZPO-EMMEL, 2. Aufl. 2013, Art. 119 N 8).

3.2. Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid mit dem Umstand, das Verfahren sei aussichtslos. Sie erwog, es sei kein Nachweis erbracht worden, dass es sich bei Marina Kutter tatsächlich um die Mutter der Gesuchstellerin handle, und sich das auch nicht aus dem Namen ergebe. Eine Fristansetzung zur Einreichung von Unterlagen dränge sich aufgrund der Rechtsvertretung der Gesuchstellerin nicht auf. Im Übrigen erachtete die Vorinstanz auf Grund der glaubhaften Ausführungen die vierzehn Jahre alte und bei den Grosseltern auf den Philippinen lebenden Gesuchstellerin als mittellos.

3.3. Dagegen bringt die Gesuchstellerin in der Beschwerdeschrift unter Beilage der Präsidialverfügung des Bezirksrates Affoltern vom 8. Oktober 2009 und eines Schreibens der philippinischen Botschaft in Bern an Marina Kutter vom 15. März 2013 vor, der Name der Mutter sei Marina Kutter-Rena. Bereits daraus gehe das Verwandtschaftsverhältnis hervor. Zudem sei mittels bezirksrätlichem Beschluss (...) vom 8. März 2012 Marina Kutter die elterliche Sorge über die Gesuchstellerin entzogen und die Gesuchstellerin bei den Grosseltern auf den Philippinen platziert worden. Die Mutter der Gesuchstellerin sei mit Herrn Patrick Kutter verheiratet und trage dessen Familiennamen. Es sei realitätsfremd, lediglich auf Grund des anderslautenden Namens der Mutter und der Gesuchstellerin auf ein fehlendes Verwandtschaftsverhältnis zu schliessen.

3.4. Bei diesen Ausführungen handelt es sich um neue Tatsachenbehauptungen. Zudem reicht die Gesuchstellerin neue Beweismittel ein. Neues ist auf Grund der im Beschwerdeverfahren geltenden Novenbeschränkung grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen, es sei denn, die Vorinstanz hat den Anspruch der Gesuchstellerin auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. E. 2.1. vorstehend). Das ist im Folgenden zu prüfen:

3.4.1. Die Gesuchstellerin liess zur fehlenden Aussichtslosigkeit bzw. zur Begründung ihrer Klage vor Vorinstanz durch ihre Vertreterin ausführen, die Mutter sei grundsätzlich unterhaltspflichtig und schulde einen Unterhaltsbeitrag, weil sie nicht mit der Tochter zusammenlebe. Unterlagen reichte sie hierzu keine ein. Die beklagte Partei wurde zudem nur als Marina Kutter bezeichnet.

3.4.2. Vor diesem Hintergrund ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass das Mutter-Kind-Verhältnis von Marina Kutter zur Gesuchstellerin nicht offensichtlich ist. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, lassen insbesondere auch die angegebenen Namen der Mutter (Kutter) und der Gesuchstellerin (Rena) kein Verwandtschaftsverhältnis vermuten. Handelte es sich nicht um die Mutter, wäre eine Klage auf Unterhaltszahlung nach Art. 276 ZGB ohne Weiteres aussichtslos.

3.4.3. Für die Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege gilt indes der beschränkte Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht hat die gesuchstellende Partei aufzufordern, bestimmte noch fehlende Beweismittel vorzulegen. Zwar kann die Nachforschung unterbleiben, und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann abgewiesen werden, wenn sich die gesuchstellende Partei passiv verhält und eine zumutbare Mitwirkung verweigert (BGer 5P.395/2005, Urteil vom 22. Mai 2006, E. 6.2). Die Mitwirkungspflicht geht aber nicht so weit, dass das Gericht auf erkennbar mangelhafte Angaben bzw. Unterlagen abstellen dürfte, nur weil die Partei rechtskundig vertreten ist (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 8, N 9 und N 18 ff.; BGer 5P.376/2003, Urteil vom 23. Dezember 2003, E. 2.4.).

Daraus folgt, dass auch der rechtskundig vertretenen bzw. verbeiständeten Partei Gelegenheit zu geben ist, offensichtlich fehlende Unterlagen nachzubringen.

Wenn die Vorinstanz davon ausging, dass das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der beklagten Partei mangels Belege nicht glaubhaft gemacht worden sei, war sie somit gehalten, die vertretene Gesuchstellerin darauf hinzuweisen. Die ohne Nachfrist für die Einreichung solcher Belege erfolgte Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege verletzt das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin.

3.5. Demnach sind die mit der Beschwerde (neu) eingereichten Beweismittel sowie die neuen Tatsachenbehauptungen zu berücksichtigen. Der Präsidialverfügung des Bezirksrates Affoltern vom 8. Oktober 2009 kann entnommen werden, dass es sich bei Marina Kutter-Rena um die Mutter der Gesuchstellerin handelt. Bereits damit wird das Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Gesuchstellerin und Marina Kutter ohne Weiteres glaubhaft gemacht. Die beim Friedensrichteramt Affoltern am Albis eingereichte Klage der Gesuchstellerin gegen Marina Kutter auf Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen erscheint daher nicht von vornherein als aussichtslos. Ferner hat die Vorinstanz bereits zutreffend festgestellt, dass die Gesuchstellerin mittellos ist.

3.6. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind im Ergebnis erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen, und der Gesuchstellerin ist die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 lit. a und b ZPO (Befreiung von Vorschussleistungen und Gerichtskosten) für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt Affoltern am Albis zu gewähren (da eine Parteientschädigung im Schlichtungsverfahren gemäss Art. 113 Abs. 1 ZPO entfällt, gibt es ebenso wenig eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung).

4. Das Verfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Ungeachtet des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens erhebt die Kammer (auch) für das entsprechende Rechtsmittelverfahren keine Kosten (vgl. OGer ZH, RU120054 vom 11. Oktober 2012, E. 4 mit weiteren Nachweisen; im bewussten Widerspruch zu BGE 137 III 470).

Für einen Anspruch der Gesuchstellerin auf Parteienschädigung aus der Staatskasse besteht keine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl. 2013, Art. 107 N 26; URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 10. Juli 2013
Geschäfts-Nr.: RU130042-O/U