

Obergericht des Kantons Zürich

Der Präsident



Geschäfts-Nr.: VO110030-O/U

Mitwirkend: Der Vizepräsident lic. iur. R. Naef sowie
der Gerichtsschreiber lic. iur. T. Brütsch

Urteil vom 12. Mai 2011

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller

vertreten durch B._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege**

Erwägungen:

1. Ausgangslage

1.1. Mit Eingabe vom 7. April 2011 leitete A._____ (nachfolgend Gesuchsteller) beim Friedensrichteramt C._____ das Schlichtungsgesuch ein betreffend eine Erbteilungsklage gegen seinen Sohn D._____ (act. 3/1). Streitgegenstand ist der Nachlass von E._____ sel., wobei es sich beim Gesuchsteller und seinem Sohn offenbar um die einzigen Erben handelt (act. 3/3).

1.2. Mit Eingabe vom gleichen Tag an den Obergerichtspräsidenten stellte der Gesuchsteller den Antrag, es sei ihm für das Schlichtungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des unterzeichneten Rechtsanwaltes ein unentgeltlicher Rechtsvertreter beizugeben (act. 1).

2. Prozessuales

2.1. Seit dem 1. Januar 2011 gilt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Zivilprozessordnungen ablöst. Bei Verfahren, die bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht und damit die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) sowie das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) weiterhin bzw. bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für die anderen Verfahren, die – wie das vorliegende – am 1. Januar 2011 noch nicht rechtshängig waren, kommt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) und das neue kantonale Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) zur Anwendung.

2.2. Im Schlichtungsverfahren werden gemäss Art. 113 Abs. 1 ZPO keine Parteientschädigungen gesprochen, weshalb auch eine Sicherheit für die Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO nicht zur Frage steht. Die Gegenpartei ist daher gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO e contrario nicht zwingend anzuhören.

3. Beurteilung des Gesuchs

3.1. Für die Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage bei Gericht ist der Obergerichtspräsident im summarischen Verfahren zuständig (§ 128 GOG i.V.m. Art. 119 Abs. 3 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege ist gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO vor jeder Instanz neu zu beantragen, weshalb der Obergerichtspräsident die unentgeltliche Rechtspflege bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nur bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens bewilligen kann.

3.2. Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie einerseits nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (sog. "Mittellosigkeit" oder "Bedürftigkeit") und andererseits ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst mithin auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Gesuchsteller hat dabei gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO die zur Beurteilung seines Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen; es trifft ihn bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Kommt ein Gesuchsteller dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und kann als Folge davon seine Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden, ist der Anspruch um unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (BGE 120 Ia 179).

3.3. Die *Mittellosigkeit* wird gemeinhin dann bejaht, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. "zivilprozessualer Notbedarf") das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, welcher es dem Gesuchsteller nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu tilgen. Diesbezüglich ist für das Schlichtungsverfahren ein sehr strenger Massstab anzulegen, da hierbei die entstehenden Kosten – anders als vor einer Gerichtsinstanz – sehr beschränkt sind und deshalb bereits bei einem relativ geringen Überschuss des Einkommens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden können.

Für die Beurteilung der *fehlenden Aussichtslosigkeit* als zweite Voraussetzung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist eine gewisse Prozessprognose vonnöten, wobei auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen ist. Als aussichtslos sind dabei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (vgl. z.B. BGE 69 I 160).

3.4. Der Gesuchsteller lebt gemäss Akten aufgrund einer Altersdemenz in einem Pflegeheim, wobei die hierfür anfallenden Kosten seine Einkünfte bei weitem übersteigen, weshalb er von den Sozialbehörden von C._____ unterstützt wird (vgl. act. 3/5 und 3/6). Seine Mittellosigkeit ist insofern ausgewiesen. Dass der Gesuchsteller einen potentiellen ehedüter- und erbrechtlichen Anspruch am vorliegenden streitigen Nachlass hat – wobei sein Rechtsvertreter den Nachlass gesamthaft auf rund 2.5 Mio. Franken veranschlagt (act. 1 S. 4) – ändert an seiner Prozessarmut nichts, da der Gesuchsteller jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt nicht auf die Vermögenswerte zugreifen kann. Zwar liesse sich einwenden, auch eine unverteilte Erbschaft könne wie andere Vermögenswerte berücksichtigt werden, soweit daraus innert nützlicher Frist flüssige Mittel erhältlich gemacht werden können oder diese mit einem Kredit belehnt werden kann (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4D_41/2009 vom 14. Mai 2009 E 3 und 5A_294/2008 vom 18. August 2008 E. 3.4.1.). Allerdings verbietet es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der sog. Effektivitätsgrundsatz, den im *konkreten* Prozess liegenden streitigen Anspruch zu berücksichtigen (vgl. BGE 118 IA 369, 371).

Schliesslich kann die mittels Einreichung des Schlichtungsgesuchs rechtshängig gemachte Erbteilungsklage des Gesuchstellers aus heutiger Perspektive auch nicht als aussichtslos bezeichnet werden.

Dem Antrag des Gesuchstellers kann somit entsprochen und ihm für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt C._____ betreffend Erbteilungsklage die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden.

3.5. Der Gesuchsteller beantragt weiter einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Wie bereits erwähnt (Ziff. 3.2.) umfasst die unentgeltliche Rechtspflege auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies – neben dem Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, welche wie erläutert vorliegend gegeben sind – zur Wahrung der Rechte einer Partei notwendig ist. Allgemein ausgedrückt hat eine Partei dann Anspruch auf Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen (so Emmel in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 118 N 5). Dabei sind für das Schlichtungsverfahren hohe Anforderungen an die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu stellen.

Einleitend ist festzuhalten, dass für die Beantwortung der Frage, ob der Gesuchsteller in der Lage ist, seine Rechte im derzeitigen Verfahrensstadium selber wahrzunehmen, nicht auf seine eigene Person abzustellen ist. Vielmehr ist der Gesuchsteller verbeiständet (act. 3/6), wobei seinem Beistand mit Beschluss der Vormundschaftskommission von C._____ vom 9. Dezember 2010 zwecks Einreichung der Erbteilungsklage die Prozessvollmacht erteilt wurde (act. 3/1). Der Beistand des Gesuchstellers hat diesen grundsätzlich auch an der Schlichtungsverhandlung zu vertreten, sofern dem Gesuchsteller eine Teilnahme daran im Sinne von Art. 204 Abs. 3 ZPO nicht möglich ist, was aufgrund der vorliegenden Akten anzunehmen ist. Auch vor diesem Hintergrund kann jedoch angenommen werden, dass die Voraussetzungen für eine anwaltliche Vertretung – ausnahmsweise – erfüllt sind und zwar namentlich aufgrund der finanziell existenziellen Bedeutung des rechtshängig gemachten Prozesses für den Gesuchsteller; beim streitigen Nachlass handelt es sich offenbar um das einzige namhafte Aktivum des zur Zeit mittellosen Gesuchstellers, was ihm bei entsprechendem Prozessausgang ermöglichen würde, künftig seinen Lebensunterhalt daraus zu bestreiten. Ausserdem ist auf die – relative – Komplexität einer Erbteilungsklage hinzuweisen, was es ebenfalls als sinnvoll erscheinen lässt, dass der Gesuchsteller bereits im aktuellen Verfahrensstadium anwaltlich und nicht einzig durch seinen Beistand vertre-

ten ist. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die Gegenpartei gleichfalls anwaltlich vertreten ist, womit auch unter dem Gebot der Waffengleichheit eine entsprechende Vertretung des Gesuchstellers angezeigt erscheint (vgl. auch BGE 131 I 350 E. 3.1.).

Bei dieser Sachlage sind die Voraussetzungen in Bezug auf die Bestellung eines vorprozessualen unentgeltlichen Rechtsbeistandes erfüllt, weshalb dem Gesuch auch in diesem Punkt zu entsprechen ist.

4. Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege

4.1. Gemäss den einschlägigen Bestimmungen der ZPO werden die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege vom "Kanton" getragen bzw. der unentgeltliche Rechtsbeistand vom "Kanton" entschädigt (Art. 113 Abs. 1 und Art. 122 ZPO). Es ist jedoch fraglich, ob der Bundesgesetzgeber die unentgeltlich prozessierenden Parteien damit direkt an den Kanton verweisen will oder nicht vielmehr an das für das Verfahren zuständige Gemeinwesen.

4.2. Gemäss § 57 GOG übernehmen im Kanton Zürich die Friedensrichter die Funktion der Schlichtungsbehörde gemäss ZPO. Diese sind als kommunale Behörden ausgestaltet (§ 53 GOG) und werden für ihre Tätigkeiten von den Gemeinden vergütet (§ 56 GOG). Darüber hinaus fallen die Einnahmen der Friedensrichter in die Gemeindekasse (§ 56 GOG), denn mit Einführung des GOG wurde das Sportelsystem, welches unter dem Regime des bisherigen kantonalen Prozessrechts (ZPO/ZH und GVG) bei zahlreichen Friedensrichterämtern Anwendung gefunden hatte, abgeschafft (vgl. Weisung zum E-GOG, S. 113). Es erscheint deshalb sachlich richtig, dass die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege für das (kommunale) Verfahren vor der Schlichtungsbehörde von der zuständigen Gemeinde zu tragen sind. Daran vermag allein die Tatsache, dass gemäss § 128 GOG der Obergerichtspräsident (und nicht etwa wie unter kantonalem Prozessrecht ab Eingang des Sühnebegehrens die Friedensrichter selbst) über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage zu befinden hat, nichts zu ändern. Diese Kostentragung entspricht im Übrigen – zumindest was die Be-

freierung von den Gerichtskosten betrifft – auch der bisherigen zürcherischen Praxis.

4.3. Wie gesehen (Ziff. 3.4.) verbietet es der sog. Effektivitätsgrundsatz, den im konkreten Prozess liegenden streitigen Anspruch für die Frage der Prozessarmut zu berücksichtigen. Allerdings ist offensichtlich, dass der Gesuchsteller mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit dereinst Vermögenswerte aus dem vorliegenden Verfahren erhalten wird. Es scheint deshalb gerechtfertigt, dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege unter der Auflage zu erteilen, wonach er bzw. sein Beistand beiliegende Abtretungserklärung (act. 5) zu unterzeichnen haben, mit welcher er den künftigen Prozessgewinn im Umfang der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege der Stadt C._____ abtritt. Allerdings ist zu beachten, dass die Kosten des Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 207 Abs. 2 ZPO bei Einreichung der Klage zur Hauptsache geschlagen werden und somit das erkennende Gericht in der Folge über diese zusammen mit den übrigen Prozesskosten gemäss den Art. 104 ZPO ff. zu entscheiden hat, weshalb die Stadt C._____ die Kosten des Schlichtungsverfahrens ohnehin nur dann zu tragen hat, wenn der Gesuchsteller das Schlichtungsgesuch zurückziehen, wenn das Verfahren wegen Säumnis des Gesuchstellers abgeschrieben würde oder wenn die Parteien eine Einigung erzielen würden. Vorliegend sind deshalb die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege des Schlichtungsverfahrens – unter Vorbehalt von Art. 207 Abs. 2 ZPO und unter Vorbehalt, wonach der Gesuchsteller die beiliegende Abtretungserklärung unterzeichnet – durch die Stadt C._____ zu tragen.

5. Kosten und Rechtsmittel

5.1. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege kostenlos.

5.2. Die Gegenpartei in der Hauptsache verfügt im vorliegenden Verfahren nicht über Parteistellung. Ihr steht aber gegen den Entscheid betreffend unentgeltlicher Rechtspflege die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO an das Obergericht offen, sofern ihr daraus ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

Es wird erkannt:

1. Dem Gesuchsteller wird für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt C._____ betreffend Erbteilungsklage die unentgeltliche Rechtspflege gewährt unter der Voraussetzung, dass er beiliegende Abtretungserklärung unterzeichnet dem Friedensrichteramt C._____ einreicht.
2. Dem Gesuchsteller wird im Sinne der Erwägungen bis zur Einreichung einer allfälligen Klage beim zuständigen Bezirksgericht in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt unter der Voraussetzung, dass er beiliegende Abtretungserklärung unterzeichnet dem Friedensrichteramt C._____ einreicht.
3. Die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege (Ziff. 1 – 2) trägt unter Vorbehalt von Art. 207 Abs. 2 ZPO die Stadt C._____.
4. Dieses obergerichtliche Verfahren ist kostenlos.
5. Schriftliche Mitteilung an die Vertretung des Gesuchstellers, an das Friedensrichteramt C._____ sowie an die Vertretung der Gegenpartei, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammern, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.
Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Zürich, 12. Mai 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Brütsch

versandt am: