



Kommentar zu: Urteil: [4A_492/2020](#) vom 19. Januar 2021
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vor Eintritt der Rechtshängigkeit

Autor / Autorin

Matthias Brunner
BAUR HÜRLIMANN
RECHTSANWÄLTE

Matthias Lindner

Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli
 Universität St.Gallen

Ein bereits vor der Rechtshängigkeit eines Verfahrens gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann sämtliche Leistungen nach Art. 118 Abs. 1 lit. a–c ZPO umfassen, nicht bloss jene zur Vorbereitung des Prozesses. Ein solches Gesuch kann indirekt auch zur Abklärung der Prozessaussichten beitragen. Sofern das kantonale Recht kein anderes Gericht als sachlich zuständig erklärt, ist das Gesuch beim in der Hauptsache zuständigen Gericht zu stellen.

Sachverhalt

[1] Mit Vereinbarung vom 1. Mai 2019 verkauften A.A. und B.A. eine unter der Marke «C.____» eingetragene Fitnesskette an B. Sämtliche Rechte wurden B. per 1. Juni 2019 übertragen. Der Kaufpreis in Höhe von CHF 8'649'920.00 war in mehreren monatlichen Raten zahlbar, wovon die letzte Rate per 1. Juni 2042 zu zahlen gewesen wäre.

[2] Nachdem es im April 2020 zu einem Streit zwischen den Parteien gekommen war, traten A.A. und B.A. von der Vereinbarung vom 1. Mai 2019 zurück mit der Begründung, sie hätten sich bei Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden. Eventualiter erklärten sie den Rücktritt zufolge eines Verzugs von B.

[3] A.A. und B.A. reichten noch vor Eintritt der Rechtshängigkeit am 10. Juni 2020 beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (nachfolgend «URP») ein. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Versuch, mit B. eine Lösung zu finden, sei erfolglos geblieben. A.A. und B.A. würden deshalb beabsichtigen, beim Handelsgericht eine Klage betreffend Vertragsanfechtung bzw. -rücktritt einzureichen. Gleichzeitig stellten sie in Aussicht, auch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen – konkret die «Rückübertragung der Verfügungsgewalt über die «C.____»-Fitnesskette für die Dauer des Prozesses» – zu ersuchen. Für die Finanzierung der komplexen und aufwändigen Verfahrensvorbereitung seien A.A. und B.A. «zwingend auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege» angewiesen.

[4] In ihrem Gesuch stellten A.A. und B.A. die folgenden Rechtsbegehren:

«1. Es sei der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 für das Massnahmeverfahren und das anschliessende ordentliche Gerichtsverfahren gegen B. [...] im Zusammenhang mit Ansprüchen aus der Übernahme der C. Fitnesskette die umfassende unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 118 ZPO (einschliesslich der Anwaltskosten für dieses Gesuch) zu gewähren und in den Personen von Rechtsanwalt E. und Rechtsanwältin D., eventualiter Rechtsanwalt E., ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2. Eventualiter zu Ziffer 1 sei der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 in diesem Sinne unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, dass sie von der Bezahlung von Gerichtskosten für das Massnahmeverfahren und das Hauptverfahren befreit werden (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO).

3. Subeventualiter zu Ziff. 1 und 2 sei der Gesuchstellerin 1 und dem Gesuchsteller 2 in diesem Sinne unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, dass sie von der Leistung von Gerichtskostenvorschüssen für das Massnahmeverfahren und das Hauptverfahren befreit werden (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).»

[5] Auf dieses Gesuch trat das Handelsgericht mit Beschluss vom 18. Juni 2020 (= ZR 119/2020 Nr. 39) mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein, weil gemäss § 128 des zürcherischen Gesetzes vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG/ZG; LS 211.1) für die Behandlung vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellter Gesuche um URP das Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichts zuständig sei. Eventualiter handle es sich beim eingeleiteten Verfahren auch nicht um ein Streitiges Zivilverfahren, auf welche die sachliche Zuständigkeit gemäss Art. 5 und 6 ZPO i.V.m. den §§ 44 und 45 GOG/ZH jedoch beschränkt sei.

[6] A.A. und B.A. reichten in der Folge ihr Gesuch um Bewilligung der URP vor Eintritt der Rechtshängigkeit beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich neu ein. Dies nach wie vor in der Absicht, zu einem späteren Zeitpunkt vor Handelsgericht Zürich ein Klage- sowie ein Massnahmeverfahren einzuleiten.

[7] Mit Urteil vom 10. Juli 2020 fällte das Bezirksgericht folgenden Entscheid:

- Soweit mit dem Gesuch die Befreiung von Gerichtskosten und Kostenvorschüssen für das (beabsichtigte) Hauptverfahren vor Handelsgericht beantragt wurde, wurde auf das Gesuch nicht eingetreten. Hierbei handle es sich nicht um vorprozessuale Kosten, weshalb das entsprechende Gesuch mit der Klage oder dem Massnahmebegehren vor Handelsgericht neu einzureichen sei (Dispositiv-Ziff. 2)
- Soweit mit dem Gesuch die Beigabe eines vorprozessualen unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Hinblick auf die Klage vor Handelsgericht beantragt wurde, wurde das Gesuch gutgeheissen und A.A. und B.A. die URP für Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Klage entstehen (einschliesslich der Kosten für das vorliegende Gesuch) gewährt. Rechtsanwalt E. wurde per 10. Juni 2020 als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (Dispositiv-Ziff. 2).
- Abgewiesen wurde hingegen das Gesuch, es sei auch Rechtsanwältin D. als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, weil die Notwendigkeit zweier Rechtsbeistände gemäss Bezirksgericht vorliegend nicht erkennbar sei. Abgewiesen wurde das Gesuch schliesslich insoweit, als auch für das (beabsichtigte) Massnahmeverfahren um Beigabe eines vorprozessualen unentgeltlichen Rechtsbeistandes ersucht wurde. Dies mit der Begründung, das beabsichtigte Massnahmebegehren erscheine aussichtslos (Dispositiv-Ziff. 3).

[8] A.A. und B.A. führten gegen den bezirksgerichtlichen Entscheid Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich und beantragten die URP auch hinsichtlich der mit dem beabsichtigten Massnahmebegehren in Zusammenhang stehenden Aufwendungen. Zudem beantragten sie, dass neben Rechtsanwalt E. auch Rechtsanwältin D. als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen sei. Mit Beschluss und Urteil vom 20. August 2020 (Verfahrens-Nr. RU200035-O/U) wies das Obergericht diese Beschwerde ab. Zur Begründung führte es indes abweichend zur Vorinstanz aus, das Bezirksgericht sei nach Massgabe von § 128 GOG/ZH «sachlich nicht zuständig» gewesen, um über das Gesuch betreffend URP «für die mit der Vorbereitung der Klage entstehenden Aufwendungen» sowie für die Aufwendungen «für das Verfassen des Massnahmebegehrens» zu entscheiden (E. 4.3 f.). Zur weiteren Begründung führte es an, beim Erlass dieser Bestimmung sei «an die Zuständigkeit für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren bzw. bis zu dessen Abschluss, und

nicht an die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für ein Gerichtsverfahren vor dessen Rechtshängigkeit» gedacht worden. In diesem Sinne sei auch die bisherige Rechtsprechung zu § 128 GOG/ZH zu verstehen, «gemäss welcher im Anwendungsbereich dieser Bestimmung über die unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren und nicht für das nachfolgende Klageverfahren bzw. wie hier für das Massnahmenverfahren zu entscheiden» sei. Die URP für ein gerichtliches Verfahren müsse deshalb «gleichzeitig mit der Klage bzw. dem Massnahmebegehren» oder später mit einem neuen Gesuch beim betreffenden Gericht beantragt werden (E. 4.2). Das Bezirksgericht hätte – so das Obergericht – entsprechend auf das Gesuch um URP insgesamt gar nicht eintreten dürfen, wobei jedoch aufgrund der Dispositionsmaxime auf den bezirksgerichtlichen Entscheid, soweit mit ihm das Gesuch gutgeheissen worden sei, nicht zurückzukommen sei (E. 4.3 f.). Soweit sich die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Weigerung richtete, neben Rechtsanwalt E. zusätzlich auch Rechtsanwältin D. als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, hielt das Obergericht der Beschwerde überdies im Sinne einer Eventualbegründung entgegen, dies sei nur in «seltenen Ausnahmefällen» gerechtfertigt, wobei ein solcher i.c. nicht vorliege (E. 5.2.3 f.).

[9] Gegen das obergerichtliche Urteil führten A.A. und B.A. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht mit dem Antrag, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die URP auch «für jene Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Massnahmebegehrens» stehen, zu gewähren. Weiter sei neben Rechtsanwalt E. auch Rechtsanwältin D. als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Mit Urteil vom 19. Januar 2021 wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen. Das vorinstanzliche Urteil wurde, soweit es sich auf die URP im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen bezog, aufgehoben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückgewiesen. Im Übrigen wurde die Beschwerde von A.A. und B.A. abgewiesen.

Erwägungen

[10] Das Bundesgericht äusserte sich im Rahmen der Eintretensprüfung vorweg zur Qualifikation des Beschwerdeobjekts und stufte den angefochtenen Entscheid anders als die Beschwerdeführerin und das Obergericht nicht als End-, sondern als selbständigen Vor- und Zwischenentscheid ein. Dieser sei zwar nicht als Entscheid über die Zuständigkeit i.S.v. Art. 92 Abs. 1 [BGG](#) zu qualifizieren, jedoch drohe der Beschwerdeführerin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, falls sie den vorinstanzlichen Entscheid nicht anfechten könnte, weshalb sich die erhobene Beschwerde dennoch gegen ein zulässiges Anfechtungsobjekt richte (E. 1.2)

[11] Zu Beginn der Prüfung der Begründetheit der erhobenen Beschwerde rief das Bundesgericht zunächst den möglichen Umfang der URP in Erinnerung, der in Art. 118 ZPO geregelt sei. So könne gemäss Art. 118 Abs. lit. c ZPO im Rahmen der URP ein Rechtsbeistand oder eine Rechtsbeiständin bei gegebenen Voraussetzungen «bereits zur Vorbereitung des Prozesses» gerichtlich bestellt werden. Allerdings sei noch wenig geklärt, welche Aufwendungen hierunter im Einzelnen zu subsumieren seien. Nicht darunter fallen würde gemäss Literatur jedenfalls Vorbereitungsarbeiten, die von der vom Prozessgericht gewährten URP umfasst seien. Nach Massgabe der Botschaft vom 26. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ([BBl 2006 7302](#); nachfolgend «Botschaft ZPO») ziele die Bestimmung «vor allem» auf die Erarbeitung von Ehescheidungskonventionen. Die Lehre ziehe die Bestimmung aber auch zur «Abklärung der Prozessaussichten, Klärung der Tatsachen und Beweismittel» sowie «Sammlung und Bewertung der Dokumentation» in Erwägung (E. 3.1).

[12] Anschliessend äusserte sich das Bundesgericht zum Zeitpunkt, ab dem ein Gesuch um Gewährung der URP gestellt werden kann, der in Art. 119 Abs. 1 ZPO geregelt sei. Demnach könne nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung ein Gesuch um URP «vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit» gestellt werden. Dem Ansprecher stehe es deshalb offen, «das Gesuch – das sich auf alle Posten gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a–c ZPO beziehen kann – vorprozessual einzureichen, noch bevor er das Verfahren in der Sache durch Schlichtungsgesuch oder Klageerhebung rechtshängig gemacht» habe. Obwohl sich mehrere Vernehmlassungsteilnehmer an dieser Bestimmung gestört hätten, habe der Bundesrat an ihr festgehalten und sei sie letztlich auch Gesetz geworden (E. 3.2.2). Das Bundesgericht habe sich bereits im Urteil [4A 270/2017](#) vom 1. September 2017 zu den materiellen Anforderungen geäussert, die ein vorprozessual eingereichtes Gesuch um URP zu erfüllen habe. Der Gesuchsteller habe sich darin zur Sache und den Beweismitteln zu äussern, damit das Gericht die Erfolgsaussichten der in Aussicht gestellten Klage im summarischen Verfahren über die URP prüfen könne. Der

Vorteil des vor Rechtshängigkeit eingereichten Gesuchs bestehe dabei darin, dass der Gesuchsteller sich darauf beschränken könne, die fehlende Aussichtslosigkeit glaubhaft zu machen, «ohne bereits eine – allenfalls mit erheblichen Kosten verbundene vollständige Klageschrift erstatten zu müssen». Der Kläger könne sich so früh Klarheit über das finanzielle Verfahrensrisiko verschaffen (E. 3.2.3).

[13] Hinsichtlich der Frage, welches Gericht zur Beurteilung vorprozessual eingereichter Gesuche um URP sachlich zuständig ist, hielt das Bundesgericht fest, dass die ZPO hierzu keine Regelung enthalte. Nach Massgabe der Botschaft ZPO ([BBI 2006 7303](#)) bestimme sich diese Zuständigkeit «nach dem Forum der Hauptsache». Allerdings könne dies aufgrund der kantonalen Kompetenz zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte (Art. 4 Abs. 1 ZPO) nur gelten, wenn der betreffende Kanton keine abweichende Vorschrift erlassen habe, wobei es zulässig sei, wenn ein Kanton den Entscheid über das Gesuch um URP einem anderen als jenem überlasse, welches in der Sache zu entscheiden habe. Mit Bezug auf den Kanton Zürich hielt das Bundesgericht diesbezüglich fest, dieser habe in § 128 GOG/ZH die folgende Regelung getroffen: «Das Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichts entscheidet über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage beim Gericht.» (E. 3.2.4).

[14] Vor dem Hintergrund dieser theoretischen Ausführungen kam das Bundesgericht in der Folge zum Ergebnis, dass der angefochtene Entscheid – obwohl vordergründig auf einer Auslegung von § 128 GOG/ZH fussend – Art. 119 Abs. 1 ZPO verletze. Denn soweit die Vorinstanz zu schliessen scheine, dass ein Gesuch um URP für prozessuale Handlungen erst zusammen mit der entsprechenden Rechtsschrift in der Sache (i.c. der Klageschrift bzw. dem Massnahmegesuch) eingereicht werden könne, sei dies nicht richtig, weil hierdurch Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO (Umfang der URP) und Art. 119 Abs. 1 ZPO (Zeitpunkt, indem das Gesuch gestellt werden kann) miteinander vermengt würden. Die Vorinstanz übergehe, dass das Gesuch um URP nach der klaren Rechtslage in Art. 119 Abs. 1 ZPO vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden könne, «unabhängig davon, auf welche Leistungen im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a–c ZPO» es sich beziehe. Hieran vermöge auch die Bestimmung in Art. 119 Abs. 5 ZPO nichts zu ändern, da sich diese nur auf das Rechtsmittelverfahren beziehe (E. 4.3 f.). Die vorinstanzliche Rechtsauffassung erweise sich deshalb als bundesrechtswidrig. Weil aber die Vorinstanz die Frage, welches Gericht für das zulässigerweise vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellte Gesuch um URP sachlich zuständig sei, nicht beantwortet habe, sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz müsse nun prüfen, ob es an seinem Standpunkt festhalte, «wonach § 128 GOG/ZH «einzig für das Schlichtungsverfahren» anwendbar» sei, wobei ein negativer Kompetenzkonflikt resultieren würde, soweit das Obergericht diese Frage «entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung und anders als das Handelsgericht» weiterhin bejahen sollte (E. 4.5).

[15] Demgegenüber wurde die Eventualbegründung des Obergerichts, wonach kein die Bestellung von mehr als einem unentgeltlichen Rechtsbeistand rechtfertigender Ausnahmefall vorliege, vom Bundesgericht geschützt. Massstab bilde hier die Notwendigkeit einer mehrfachen anwaltlichen Vertretung. Die vorinstanzlichen Erwägungen, mit denen eine solche Notwendigkeit verneint wurde, seien nicht zu beanstanden (E. 5.4).

Kommentar

A. Vorbemerkungen

[16] Gemäss unter der ZPO vom Obergericht des Kantons Zürich entwickelter Praxis konnte vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemäss § 128 GOG/ZH beim Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichts zwar ein Gesuch um URP gestellt werden. Allerdings wurde – entgegen dem Wortlaut von § 128 GOG/ZH – dem gestützt auf diese Bestimmung angerufenen Gericht nur die Befugnis zuerkannt, die URP bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens zu bewilligen. Hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens wurde der Gesuchsteller hingegen mit seinem Gesuch im Ergebnis noch nicht zugelassen mit der Begründung, insoweit könne und müsse er die URP erst später beim betreffenden Gericht beantragen, «um nicht bereits vorgängig in das gerichtliche Verfahren einzugreifen und mit Blick auf Art. 119 Abs. 5 ZPO, wonach die unentgeltliche Rechtspflege vor jeder Instanz neu beantragt werden muss» (E. 4.2 des obergerichtlichen Entscheids m.w.N.). Gemäss dieser Praxis wurde entsprechend auf vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellte Gesuche um URP, insoweit mit ihnen um Befreiung von Vorschüssen, Sicherheitsleistungen und Gerichtskosten einerseits und/oder um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das gerichtliche Verfahren ersucht wurde, nicht

eingetreten.

B. Umfang der URP und Zeitpunkt ihrer Gewährung

[17] Diese Praxis des zürcherischen Obergerichts, die im Rahmen der Auslegung von § 128 GOG/ZH vertreten wurde, wurde nun vom Bundesgericht als bundesrechtswidrig bezeichnet, weil hierdurch die in der ZPO enthaltene Regelung zum *Umfang* der URP (Art. 118 ZPO) mit der an anderer Stelle geregelten Frage, ab welchem *Zeitpunkt* um URP ersucht werden kann (Art. 119 ZPO), vermengt werde. Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 119 Abs. 1 ZPO, welcher vor Eintritt der Rechtshängigkeit eingereichte Gesuche um URP gerade nicht auf bestimmte der in Art. 118 ZPO aufgeführten Leistungen beschränkt, ist diesem Entscheid im Ergebnis zuzustimmen. Teilweise wird die Möglichkeit, ein Gesuch um URP gemäss Art. 119 Abs. 1 ZPO bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit zu stellen, zwar als logische Konsequenz aus Art. 118 Abs. 1 lit. c, zweiter Halbsatz, ZPO bezeichnet (vgl. DANIEL WUFFLI/DAVID FUHRER, Handbuch unentgeltlicher Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 781). Trifftige Gründe, die eine Abweichung vom eindeutigen Gesetzeswortlaut rechtfertigen würden (vgl. statt vieler BGE [140 III 501](#) E. 4), sind jedoch nicht ersichtlich, weil ein entsprechender zwingender systematischer Zusammenhang zwischen diesen beiden Bestimmungen nicht auszumachen ist und auch das historische Auslegungselement keine entsprechenden Schlüsse zulässt (zur Entstehungsgeschichte vgl. E. 3.2.2 des kommentierten Entscheids). Auch die Bestimmung in Art. 119 Abs. 5 ZPO vermag an diesem Auslegungsergebnis nichts zu ändern, weil sie sich nur auf das Rechtsmittelverfahren bezieht (E. 4.4 des kommentierten Entscheids).

[18] Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Bundesgerichts zum Vorteil, den ein vor Eintritt der Rechtshängigkeit eingereichtes Gesuch um URP für prozessuale Aufwendungen für den Kläger habe (E. 3.2.3 des kommentierten Entscheids). Ein solches Gesuch soll es dem Kläger gemäss Bundesgericht nämlich erlauben, sich Klarheit über das «finanzielle Verfahrensrisiko» bereits «früh» zu verschaffen, wovon auch die beklagte Partei profitieren könne, wenn der Kläger nach abgewiesenem Gesuch um Gewährung der URP von der Einreichung der Klage absehe. Mittelbar wird damit das vor Eintritt der Rechtshängigkeit eingereichte Gesuch um Befreiung von prozessualen Aufwendungen auch zu einem Instrument zur Abklärung der Prozessaussichten, welches indes nur einer mittellosen Partei zur Verfügung steht (andernfalls das Gesuch schon gestützt auf Art. 117 lit. a ZPO abzuweisen ist, ohne dass die Aussichtslosigkeit geprüft werden muss; juristischen Personen steht die URP im Übrigen in aller Regel nicht zu, vgl. dazu BGE [143 I 328](#)). Wie das Bundesgericht in E. 3.1. des kommentierten Entscheids (unter Verweis auf BGE [140 III 12](#) E. 3.3. und 3.4. sowie BGE [141 I 241](#) E. 3 und 4) erwähnt, besteht in einem Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten demgegenüber kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege; jenes Instrument zur Abklärung der Prozessaussichten steht damit umgekehrt mittellosen Parteien faktisch nicht zur Verfügung. Zum unmittelbaren Zweck der Abklärung der Prozesschancen kann gemäss der im kommentierten Entscheid (E. 3.1) zitierten Lehre aber auch ein unentgeltlicher, vorprozessualer Rechtsbeistand bestellt werden (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), wofür nach der Lehre allerdings *komplexe Verhältnisse* vorausgesetzt werden (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 600). Sieht der Kläger gestützt auf die Einschätzung des unentgeltlichen, vorprozessualen Rechtsbeistands von der Klageeinreichung ab, so fällt der diesbezügliche Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung nach zutreffender Ansicht auch nicht rückwirkend dahin (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 605). Während im (Normal-)Fall, in welchem die vorprozessuale Bewilligung der URP in die Einleitung eines Gerichtsverfahrens mündet, das mit jenem Verfahren befasste Gericht sinnvollerweise auch über die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung für ihren notwendigen vorprozessualen Aufwand befinden wird, wird die Entschädigung im Fall, indem es nicht zu einem Hauptverfahren kommt, wohl von dem Gericht festzusetzen sein, welches die URP bewilligt hat.

[19] Zu präzisieren ist die bundesgerichtliche Erwägung, wonach sich das vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellte Gesuch um URP auf «auf alle Posten gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a–c ZPO beziehen» könne (E. 3.2.2 des kommentierten Entscheids). Wird vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. c die Bestellung eines unentgeltlichen, vorprozessualen Rechtsbeistandes zur *Abschätzung der Prozesschancen* beantragt, so wird sich das entsprechende Gesuch notwendigerweise hierauf beschränken müssen. Ob und welche weiteren Tätigkeiten des unentgeltlichen, vorprozessualen Rechtsbeistandes denkbar sind und wo im Allgemeinen die Grenze zwischen den Tätigkeiten eines unentgeltlichen, vorprozessualen Rechtsbeistandes einerseits sowie des unentgeltlichen, prozessualen Rechtsbeistandes andererseits genau verläuft, erscheint – worauf auch das

Bundesgericht im kommentierten Entscheid hinweist (E. 3.1) – noch nicht im Einzelnen geklärt. Jedenfalls nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Hauptsache – die i.d.R. mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs begründet wird – verbleibt für die vorprozessuale, unentgeltliche Verbeiständung kein Raum mehr (OGer ZH [RU150062](#), Urteil vom 16. November 2015 E. 3.2). Aber auch bereits Vorkehren, die zur Einleitung eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens (also insb. die Erarbeitung des Schlichtungsgesuchs oder einer Klageschrift) getroffen werden, gehören nicht mehr zur «Vorbereitung des Prozesses» i.S.v. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, sondern sind Aufwendungen des unentgeltlichen, prozessualen Rechtsbeistandes (vgl. WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 611).

C. Zuständigkeit zur Bewilligung der URP vor Eintritt der Rechtshängigkeit

[20] Gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO entscheidet das «Gericht» über Gesuche um Gewährung der URP. Während sich die örtliche Zuständigkeit nach der Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Hauptsache richtet (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Technio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 119 N. 2 m.w.N.), bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach dem kantonalen Recht (Art. 4 ZPO), wobei auch Schlichtungsbehörden vom kantonalen Recht als zuständig bezeichnet werden können. Enthält das kantonale Recht keine einschlägige Regel, so ist subsidiär das in der Hauptsache zuständige Gericht sachlich zuständig (RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 119 N. 2a). Dies erscheint einerseits aus Gründen der Prozessökonomie sachgerecht, andererseits ist für die Parteien eine Einschätzung der Prozessaussichten (vgl. dazu vorne N. 18) auch im Hinblick auf Vergleichsgespräche besonders wertvoll, wenn sie von dem Gericht stammt, welches auch in der Hauptsache zuständig sein wird. Betr. die Gewährung der (nach bzw. mit Rechtshängigkeit beantragten) URP für das Schlichtungsverfahren wird teilweise eine subsidiäre Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde angenommen (vgl. LUKAS HUBER, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 119 N. 17; WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 874).

[21] Das Bundesgericht verweist im kommentierten Entscheid (E. 3.2.4) auf die in der Botschaft und der Lehre vorherrschende Ansicht, dass auch zur Beurteilung vor Eintritt der Rechtshängigkeit gestellter Gesuche um URP das in der (künftigen) Hauptsache zuständige Gericht zuständig sei, solange das kantonale Recht keine hiervon abweichende Regelung enthalte. Für den Kanton Zürich besteht indes mit § 128 GOG/ZH eine abweichende Regelung, die gemäss der bisherigen Praxis des Obergerichts jedoch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens – d.h. auf die Aufwendungen für eine vorprozessuale, unentgeltliche Verbeiständung oder auf die URP für das Schlichtungsverfahren (ALFRED BÜHLER, in: Berner Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 119 N. 15) – beschränkt wurde (vorn Rz. 16). Nach dem kommentierten Entscheid verstösst es indes gegen Bundesrecht, vor Rechtshängigkeit gestellte Gesuche um URP für das (gerichtliche) Hauptverfahren generell nicht zu behandeln und den Gesuchsteller diesbezüglich darauf zu verweisen, sein Gesuch später zusammen mit der Klage bzw. dem Gesuch in der Hauptsache zu stellen. Da das im beurteilten Fall gestellte URP-Gesuch somit zwingend beurteilt werden muss, werden die zürcherischen Gerichte darüber befinden müssen, welches Gericht zur Beurteilung eines vor Rechtshängigkeit gestellten Gesuchs um URP für prozessuale Aufwendungen sachlich zuständig ist.

[22] Hierbei handelt es sich entweder um das nach Massgabe von § 128 GOG/ZH zuständige Gericht. Oder es wäre – wenn an der bisherigen obergerichtlichen Auslegung von § 128 GOG/ZH festgehalten wird – nach der subsidiären Grundregel das in der (künftigen) Hauptsache zuständige Gericht zuständig. Hierbei handelt es sich bei einer handelsgerichtlichen Hauptsachezuständigkeit um das Handelsgericht. Die im handelsgerichtlichen Entscheid (vorn Rz. 5) angeführte Eventualbegründung, wonach dessen Zuständigkeit auch an der fehlenden Streitigkeit des Verfahrens um Gewährung um URP scheitern würde, erweist sich dabei als u.E. nicht tragfähig. Auch beim vorprozessual gestellten Gesuch um Gewährung der URP handelt es sich um ein auf ein Hauptverfahren ausgerichtetes und mit diesem konnexes Verfahren. Ist das Handelsgericht für ein (streitiges) Hauptverfahren zuständig, so steht der (immer) unstreitige Charakter des URP-Verfahrens einer handelsgerichtlichen Zuständigkeit zur Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der URP für dieses Hauptverfahren nicht entgegen, unabhängig davon, ob es vor oder nach Rechtshängigkeit der Hauptsache gestellt wird.

D. Voraussetzung der Bestellung mehrerer unentgeltlicher Rechtsbeistände

[23] Zuzustimmen ist dem kommentierten Entscheid, soweit damit im zu beurteilenden Fall die Bestellung von zwei unentgeltlichen Rechtsbeiständen abgelehnt wurde. In der Tat ist die Notwendigkeit mehrerer unentgeltlicher Rechtsbeistände höchstens in Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn ein komplexer Fall die Mandatierung mehrerer Anwälte mit unterschiedlicher Spezialisierung erfordert.

MLaw MATTHIAS BRUNNER ist Rechtsanwalt bei der Baur Hürlimann AG in Baden.

Lic. iur. MATTHIAS LINDNER ist Oberrichter des Kantons Aargau.

Zitiervorschlag: Matthias Brunner / Matthias Lindner, Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vor Eintritt der Rechtshängigkeit, in: dRSK, publiziert am 14. Juni 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch