

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. S. Clausen

Beschluss vom 1. März 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 17. Juni 2011 (FP110007)

Erwägungen:

I.

Mit Urteil vom 11. Februar 2010 schied der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach die Ehe der Parteien. Die gemeinsamen Kinder der Parteien wurden unter die elterliche Sorge der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) gestellt. Im Übrigen wurde die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen genehmigt (Vi Urk. 3/118). In dieser Scheidungsvereinbarung ist unter anderem vorgesehen, dass der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) an den Unterhalt der beiden Kinder C._____ und D._____ monatliche Beiträge von je Fr. 1'300.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen bezahlt und zusätzlich für die Kinder bis zum Erreichen des 18. Altersjahres je Fr. 9'000.– auf ein Sparkonto einzahlt. Zudem verpflichtete sich der Kläger zur Bezahlung von nahehelichen Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte von Fr. 2'150.– pro Monat ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis und mit April 2016 sowie von Fr. 1'200.– pro Monat von Mai 2016 bis und mit April 2018 (vgl. Vi Urk. 3/117). Im Januar 2011 einigten sich die Parteien in einer aussergerichtlichen Vereinbarung für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis 28. Februar 2011 auf eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge (Vi Urk. 2/2). Am 26. April 2011 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Bülach eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein. Darin beantragte er die Sistierung des nahehelichen Unterhalts sowie eine Reduktion des Kindesunterhalts auf monatlich Fr. 500.– pro Kind und die Aufhebung der vereinbarten Zusatzleistungen für die Kinder. Zudem ersuchte der Kläger um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Vi Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 17. Juni 2011 wies das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach das prozessuale Armenrechtsgesuch des Klägers ab und setzte ihm eine Frist von zehn Tagen zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'800.– (Vi Urk. 5 = Urk. 2). Gegen diese Verfügung erhob der Kläger mit Eingabe vom 6. Juli 2011 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Er beantragt, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und ihm für das Abänderungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

In prozessualer Hinsicht ersuchte er sinngemäss um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 11. Juli 2011 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Urk. 5). Im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens erfolgten zahlreiche weitere Eingaben des Klägers (Urk. 7; Urk. 10; Urk. 12). Die Beklagte hat auf eine Beschwerdeantwort verzichtet (Prot. II S. 3).

II.

Mit der Beschwerde können geltend gemacht werden unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Dieses Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Soweit der Kläger in seiner Eingabe vom 12. Dezember 2011 die Neuregelung des elterlichen Sorgerechts über die beiden Söhne C._____ und D._____ verlangt (Urk. 7 S. 2), stellt er unzulässige neue Rechtsmittelanträge und kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Überdies stellt der Kläger im Beschwerdeverfahren mehrere neue Tatsachenbehauptungen auf. Neben anderem bringt er vor, der älteste Sohn C._____ lebe inzwischen bei ihm (Urk. 1 S. 4; vgl. auch Urk. 7 S. 2 f.). Auch wenn der Vorinstanz dieser Umstand vom Kläger noch nicht vorgetragen wurde, drängt sich nach der Aktenlage zunächst die Frage auf, ob dieser nicht dennoch hätte beachtet werden müssen. Der angefochtene Entscheid trägt das Datum des 17. Juni 2011 (Prot. I S. 2; Urk. 2). Am gleichen Tag ging beim Bezirksgericht Pfäffikon eine Abänderungsklage des Klägers ein, mit welcher er die Übertragung der elterlichen Sorge über C._____ auf sich beantragte (vgl. Vi Urk. 8/1). Gemäss einer Aktennotiz der Leitenden Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Pfäffikon wurde seitens des Bezirksgerichts Bülach am 27. Juni 2011 das Einverständnis mit der Überweisung dieser Klage erklärt (Vi

Urk. 8/7). Die Akten gingen in der Folge am 29. Juni 2011 bei der Vorinstanz ein (Vi Urk. 7). Sind - wie hier - Kinderunterhaltsbeiträge umstritten, so hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und neue Tatsachen und Beweismittel nach Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Entscheidberatung zu berücksichtigen. In diesem Zeitpunkt hatte die Vorinstanz nach dem zuvor Ausgeführten noch keine Kenntnis vom Umzug des Sohnes C._____ zum Kläger. Auffallend ist jedoch, dass die Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Bülach am 22. Juni 2011 eine Aktennotiz betreffend die vom Kläger geschuldeten Gerichtskosten erstellt haben will (vgl. Vi Urk. 4), auf welche in der laut Datumsangabe bereits einige Tage früher ergangenen Verfügung zur unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich Bezug genommen wird (vgl. Urk. 2 S. 7). Wie es sich damit genau verhält, braucht vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden. Als der hier angefochtene Entscheid am 24. Juni 2011 spedierte wurde (vgl. Urk. 2 S. 10), konnte der Vorinstanz jedenfalls auch aufgrund des an sie überwiesenen Sorgerechtsverfahrens noch nicht bekannt gewesen sein, dass der Sohn C._____ unterdessen beim Kläger lebte. Daher handelt es sich bei den entsprechenden Vorbringen im Beschwerdeverfahren um nicht zu hörende Noven. Darauf kann ebenso wenig eingegangen werden wie auf die weiteren neuen Behauptungen des Klägers sowie den dazu eingereichten Unterlagen (Umzug des Klägers mit C._____ nach Zürich [Urk. 7 S. 3]; Einstellung der Lohnzahlungen durch die Arbeitgeberin seit Dezember 2011 und Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung [Urk. 10 und Urk. 12]; Urk. 3/6-14; Urk. 9/1-4; Urk. 13).

III.

1. Anlass zum vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet die Abweisung des Gesuchs des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für den von ihm eingeleiteten Abänderungsprozess. Die Vorinstanz hat diesem Begehren wegen Aussichtslosigkeit der Abänderungsklage nicht entsprochen. Im Einzelnen wurde im angefochtenen Entscheid festgehalten, der Kläger mache ein Einkommen von Fr. 8'041.20 und einen Bedarf von Fr. 6'649.80 geltend. Alsdann erwog die Vorinstanz, das Einkommen des Klägers habe sich gemäss den vom Kläger

vorgelegten Lohnabrechnungen bei Einreichung der Abänderungsklage auf umgerechnet Fr. 8'315.95 netto belaufen. In der Folge befasste sich die Vorinstanz mit den Lebenshaltungskosten des Klägers und hat dabei verschiedene der von ihm behaupteten Bedarfspositionen nicht oder in einem geringeren Betrag berücksichtigt. Insgesamt wurde der Bedarf des Klägers auf monatlich Fr. 3'402.80 bestimmt. Abschliessend befand die Vorinstanz, der Kläger sei bei den festgestellten Einkommens- und Bedarfsverhältnissen nach wie vor in der Lage, die ursprünglich vereinbarten Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'750.– pro Monat zu bezahlen. Sei der Kläger aber nach wie vor in der Lage, die vereinbarten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, müsse - so die Schlussfolgerung der Vorinstanz - seine Klage als aussichtslos betrachtet werden und könne seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht stattgegeben werden (Urk. 2 S. 3 ff.). Der Kläger sieht durch diesen Entscheid seine konventionsrechtlich garantierten Verfahrensrechte verletzt und rügt zusammenfassend eine tatsachenwidrige Feststellung seiner Lebenssituation durch die Vorinstanz (Urk. 1 S. 3 ff.).

2. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Streitig sind vorliegend die Erfolgsaussichten der vom Kläger angestrebten Abänderungsklage. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV Prozessbegehren 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 (BGE 133 III 616 E. 5 mit Hinweis; BGer vom 25. März 2003, 5A_39/2010 E. 3.1). Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (BGE 131 I 113 E. 3.7.3; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger,

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 13 zu Art. 117 ZPO). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund der Verhältnisse zur Zeit, zu der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird (BGE 128 I 236 E. 2.5.3; BGE 129 I 136 E. 2.3.1; BGer vom 19. Oktober 2010, 5A_505/2010 E. 2). Diese bundesgerichtliche Praxis zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV gilt auch für Art. 117 lit. b ZPO (BGer vom 30. August 2011, 4A_286/2011 E. 2; BGer vom 21. Dezember 2011, 5A_711 E. 3.1).

3. Die Abänderung setzt im Falle des Ehegattenunterhalts eine erhebliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse (Art. 129 Abs. 1 ZGB) und im Falle des Kinderunterhalts eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse (Art. 134 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 286 Abs. 2 ZGB) voraus. Die Unterhaltsvereinbarung beruhte auf Seiten des Klägers auf einem Bruttoeinkommen von Fr. 13'320.– (abzüglich gewisser Versicherungsbeiträge ["national insurance"]) pro Monat (Urk. 2/1). Sein Abänderungsbegehren hat der Kläger zunächst mit einer erheblichen Reduktion seines Erwerbseinkommens begründet. Gestützt auf die vom Kläger eingereichten Lohnunterlagen ging die Vorinstanz von aktuellen Arbeits-einkünften des Klägers in der Höhe von Fr. 8'315.95 pro Monat aus (Urk. 2 S. 3). Im Vergleich zu den Verhältnissen im Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungsvereinbarung liegt darin eine Lohneinbusse in der Grössenordnung von mehreren Tausend Franken. Dass es sich dabei um eine bloss vorübergehende und ohne Weiteres umkehrbare Verminderung des Einkommens handeln würde, hat die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Prüfung der Erfolgsaussichten der Abänderungsklage zu Recht nicht festgestellt. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass und inwiefern die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zufolge eines im gleichen Umfang verringerten Bedarfs im Ergebnis nicht beeinträchtigt wäre. Für die Beurteilung der Verfahrensaussichten ist demnach grundsätzlich von einer dauerhaften und erheblichen Veränderung der Verhältnisse auszugehen. Zwar muss selbst eine erhebliche und dauerhafte Einkommensverschlechterung für sich alleine nicht zwangsläufig zu einer Reduktion der Unterhaltsbeitragspflicht führen. Das Abänderungsgericht hat vielmehr nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) darüber zu befinden, ob die neue Sachlage eine Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge recht-

fertigt (BGer vom 18. Oktober 2001, 5C.163/2001 E. 2d; BGer vom 18. Dezember 2002, 5C.204/2002 E. 4.2). Dieser Entscheid hat aufgrund einer ganzheitlichen Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen und wird in hohem Masse ins Ermessen des Gerichts gelegt. Im Zeitpunkt der Abschätzung der Prozesschancen sind in aller Regel indessen noch nicht einmal sämtliche relevanten Tatsachengrundlagen bekannt. Die Vorwegnahme der in der Hauptsache erforderlichen Ermessensausübung im Verfahren um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erscheint aufgrund der eingeschränkten Beurteilungsdichte aus rechtslogischen Gründen nicht geeignet, um den Anschein der Aussichtslosigkeit eines Rechtsbegehrens zu erwecken. Von daher gesehen reicht der Hinweis der Vorinstanz, der Kläger vermöge die vereinbarten Unterhaltsbeiträge ungeachtet des gesunkenen Einkommens weiterhin zu entrichten, nicht aus, um dessen Abänderungsklage als von vornherein aussichtslos zu qualifizieren.

4.1 Der von der Vorinstanz erlangten Überzeugung, der Kläger sei unverändert zur Bezahlung des in der Scheidungsvereinbarung festgelegten Unterhalts in der Lage, kann aufgrund einer summarischen Einschätzung ohnehin nicht gefolgt werden. Einmal hat die Vorinstanz dem Kläger lediglich den an das Lebenskostenniveau in der Z. _____ [Land in Europa] angepassten Grundbetrag für einen alleinstehenden und in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person lebenden Schuldner zuerkannt. Dabei berücksichtigte die Vorinstanz, dass der Kläger in der Z. _____ tiefere Lebenshaltungskosten zu bestreiten habe und dort einen Drittel einer Wohnung in E. _____ [Stadt in Z. _____] bewohne. Zusätzlich betrachtete die Vorinstanz als Lebensmittelpunkt des Klägers dessen "Arbeitsplatz" in E. _____, da er dort die meiste Zeit verbringe (Urk. 2 S. 4 f.). Demgegenüber hat der Kläger in seiner Klageschrift ausgeführt, dass er mangels Stellenangeboten in der Schweiz seit dem 27. April 2010 als "Temporär-Pilot" bei der F. _____ angestellt sei und sein Arbeitsort E. _____ sei. An den freien Tagen kehre er - fuhr der Kläger fort - jedoch jeweils in die Wohnung in G. _____ [Schweiz] zurück, wo er auch seine drei Kinder betreue, wenn diese bei ihm seien (Vi Urk. 1 S. 4). Als Wohnort und Lebensmittelpunkt hat der Kläger sein Domizil in der Schweiz bezeichnet (Vi Urk. 1 S. 6). Der angefochtene Entscheid enthält nur eine rudimentäre Auseinandersetzung mit diesen tatsächlichen Vorbringen. Namentlich nicht nä-

her geprüft hat die Vorinstanz, wie oft und jeweils für wie lange der Kläger sich berufsbedingt in E. _____ aufzuhalten hat und wie viel Zeit er tatsächlich in der Schweiz verbringt. Der Umstand alleine, dass dem Kläger der Flughafen in E. _____ als Ausgangspunkt für seine berufliche Tätigkeit dient und er die sogenannten "Stand-By-Dienste" in E. _____ verrichtet (vgl. Vi Urk. 1 S. 6), rechtfertigt entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 2 S. 5) für sich genommen noch nicht die Annahme, der tatsächliche Lebensmittelpunkt des Klägers läge in E. _____. Immerhin befindet sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen im Normalfall dort, wo eine Person die Freizeit verbringt und wo sich ihre persönlichen Effekten befinden (vgl. BSK ZGB I-Staehelin, N 6 zu Art. 23 ZGB). Dass der Kläger im Zeitpunkt der Einreichung der Abänderungsklage Wohnsitz in G. _____ hatte, schien im Übrigen auch die Vorinstanz nicht verneinen zu wollen, wurde der Kläger in den Geschäftsdaten doch unter der von ihm angegebenen Adresse in der Schweiz registriert (vgl. das Rubrum des angefochtenen Entscheides). Ohne genauere Ermittlung der Aufenthaltsverhältnisse des Klägers kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass ihm die vom Grundbetrag abgedeckten Auslagen für alltägliche Bedürfnisse vollumfänglich oder auch nur überwiegend in E. _____ anfallen. Hier wären weitere Abklärungen notwendig gewesen.

4.2 Das Gleiche gilt für die vom Kläger behaupteten und von der Vorinstanz nur teilweise zugelassenen Wohnauslagen. Diesbezüglich hat die Vorinstanz zweierlei erkannt: Erstens befand sie, es gehe nicht an, dass der Kläger für die einmal pro Monat stattfindende Besuchsrechtsausübung Kosten in der Höhe von Fr. 1'500.– geltend mache. Der Lebensmittelpunkt des Klägers liege eher an seinem Arbeitsplatz, wo er die meiste Zeit verbringe, weshalb die Mietkosten für seine Wohnung in G. _____ nicht in seinem Bedarf anzurechnen seien. Zweitens gestand die Vorinstanz dem Kläger die Miete für das von ihm in einer Wohnung in E. _____ bewohnte Zimmer zu (Urk. 2 S. 4 f.). Vorab hat der Kläger sowohl für die Mietauslagen in E. _____ als auch für diejenigen in G. _____ entsprechende Belege eingereicht (Vi Urk. 2/8 und Vi Urk. 2/12). Die Nichtberücksichtigung der in der Schweiz anfallenden Mietauslagen lässt sich nun aber nicht einfach mit der von der Vorinstanz aus einem obergerichtlichen Beschluss über vorsorgliche Massnahmen übernommenen Bemerkung begründen, es gehe nicht an, dass der Klä-

ger für die Besuchsrechtsausübung, welche ein Mal pro Monat stattfindet, Kosten von Fr. 1'500.– pro Monat geltend mache (Urk. 2 S. 4 f.; vgl. Vi Urk. 3/109 S. 42). Einerseits übergeht die Vorinstanz dabei wiederum, dass der Kläger sich eigener Darstellung gemäss nicht ausschliesslich zum Zwecke der Besuchsrechtsausübung in G._____ aufhält. Im Gegensatz zu der dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid zugrunde liegenden Ausgangslage soll die Wohnung damit nicht "einzig" für die Ausübung des Besuchsrechts benutzt werden. Andererseits befand sich bei Abschluss der Scheidungsvereinbarung der Wohnsitz und Arbeitsort des Klägers in W._____ [Land in Europa] (vgl. die damaligen Adressangaben [Vi Urk. 3/117]), sodass auch insofern eine Verhältnisänderung eingetreten ist. Indem die Vorinstanz die in der Schweiz entstehenden Wohnkosten nicht in den Bedarf übernommen hat, mutet sie dem Kläger die Verlegung des Lebensmittelpunktes in die Z._____ zu, wo dieser unbestrittenermassen nur ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft bewohnt. Ebenso geht die Vorinstanz ohne Weiteres davon aus, dass seine Kinder den Kläger "allenfalls" dortselbst besuchen können (vgl. Urk. 2 S. 6). Nicht zweifelhaft dürfte sein, dass die aussergewöhnliche Berufssituation des Klägers mit gewissen Mehrauslagen verbunden ist. Wie diese bedarfsseitig zu erfassen sind, hängt mit Blick auf die Wahrung des Gleichgewichts zwischen den Beteiligten mitunter von einer eingehenden Abwägung der Interessen des Klägers, der Beklagten und der gemeinsamen Kinder ab. Im Besonderen ist zu beurteilen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein freiwilliges Eingehen höherer Auslagen anzunehmen ist oder ob den Unterhaltsberechtigten angesichts des wirtschaftlichen Nutzens der vom Kläger angetretenen Stelle bis zu einem bestimmten Grad das Mittragen der dadurch verursachten finanziellen Mehrbelastungen zumutbar ist. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Tatsachen- und Rechtsfragen erfordern eine weitergehende Erörterung und können deshalb nicht im Rahmen einer vorläufigen Prüfung der Erfolgsaussichten der Abänderungsklage eindeutig beantwortet werden.

4.3 Was den vom Kläger geltend gemachten Bedarf anbelangt, hat die Vorinstanz schliesslich mehrere Ausgabenposten mit nicht uneingeschränkt überzeugender Begründung zurückgewiesen. Dies trifft zunächst auf die vom Kläger behaupteten Prämien der Hausrat- und Haftpflichtversicherung zu (Vi Urk. 1 S. 7).

Obwohl der Kläger diese Kosten mit Belegen untermauert hat (vgl. Vi Urk. 2/15), befand die Vorinstanz diese als "etwas hoch" und berücksichtigte sie nur in einem reduzierten Betrag (Urk. 2 S. 5). Diskutabel erscheint zudem die Nichtaufrechnung der betragsmässig zwar marginalen Kosten für die Reiseversicherung (vgl. Vi Urk. 1 S. 6; Vi Urk. 2/10). Die Vorinstanz hielt dazu fest, diese Ausgaben gehörten nicht in den prozessrechtlichen Notbedarf (Urk. 2 S. 6). Bei der Beurteilung der Erfolgchancen der Abänderungsklage des Klägers war indessen nicht dessen prozessuales Existenzminimum zu bestimmen. Soweit die vom Kläger sodann geltend gemachten Internetkosten in der Z. _____ nicht gesondert aufgerechnet wurden (vgl. Vi Urk. 1 S. 6), hat die Vorinstanz nicht ausgeführt, weshalb es sich dabei entgegen den Vorbringen des Klägers nicht um beruflich bedingte Auslagen handeln soll (Urk. 2 S. 6). Weil diese nicht belegt seien, hat die Vorinstanz es des Weiteren abgelehnt, im Bedarf des Klägers Abzahlungen an Gerichts- und Anwaltskosten (Vi Urk. 1 S. 9 f.) zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 7). Wiewohl diese Auslagen höchstens eine zwischenzeitliche Reduktion der Unterhaltsbeiträge rechtfertigen könnten, dürfen sie bei der Aussichtslosigkeitsprüfung nicht mangels Belegen gänzlich unbeachtlich bleiben. Der Kläger hat gemäss Art. 8 ZGB das Recht, zu allen rechtserheblichen Behauptungen zum Beweis zugelassen zu werden und dabei die erforderlichen Beweismittel zu den tatsächlich anfallenden Kosten beizubringen. Eine Vorverlagerung des eigentlichen Beweisverfahrens in das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege widerspricht geradezu dem Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege und vereitelt diese (BGE 101 Ia 37 E. 2; BGer vom 25. Januar 2011, 5A_637/2010 E. 2.2; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 106). Gar ohne jede Begründung hat die Vorinstanz im Bedarf des Klägers schliesslich keinerlei Unterhaltsbeiträge für den Sohn H. _____ aus einer ausser-ehelichen Beziehung eingesetzt. Dabei hat der Kläger ausdrücklich behauptet, dass er der Kindsmutter seit der Trennung nach Möglichkeit einen monatlichen Beitrag von Fr. 500.– an dessen Unterhalt bezahle (Vi Urk. 1 S. 11; vgl. auch Vi Urk. 2/19). Aufgrund der von Gesetz und Rechtsprechung vorgegebenen Grundsätze zur Rangfolge verschiedener unterhaltsberechtigter Personen lässt sich kei-

neswegs sagen, die Unterhaltsansprüche des Kindes H._____ hätten insbesondere gegenüber denjenigen der Beklagten von vornherein zu weichen.

5. Aus den dargelegten Gründen gestatten die vom Kläger geltend gemachten Änderungen in seinen finanziellen Verhältnissen entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht den Schluss, der darauf basierenden Abänderungsklage könne von Beginn an kein Erfolg beschieden sein. Die Vorinstanz hat es abschliessend noch zur Diskussion gestellt, ob der Klage deshalb keine hinreichenden Erfolgssausichten beigemessen werden müssten, weil vor Klageanhebung die in der Scheidungsvereinbarung für Streitigkeiten um die Änderung der Unterhaltsbeiträge vorgesehene Mediation nicht durchgeführt worden sei (Urk. 2 S. 8). Die damit aufgeworfene Frage ist zu verneinen. Aussichtslosigkeit kann zwar auch bei Fehlen von Sachentscheidungsvoraussetzungen angenommen werden (vgl. Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 13 zu Art. 117 ZPO; BGE 119 Ia 251 E. 3c). Die Parteien haben sich in der Scheidungsvereinbarung vom 11. Februar 2010 für den Fall von Arbeitslosigkeit oder Einkommensänderungen des Klägers zur gemeinsamen Neufestlegung der Unterhaltsbeiträge verpflichtet. Sofern sich die Parteien nicht einigen können, haben sie sich vor Einreichung einer gerichtlichen Abänderungsklage zu einer Mediation verpflichtet (Vi Urk. 2/1 S. 4 Ziffer 6.2). Das Gesetz enthält in Art. 59 Abs. 2 ZPO eine nicht abschliessende Aufzählung der Prozessvoraussetzungen. Daneben gibt es eine Reihe weiterer Prozessvoraussetzungen (vgl. Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N 56 ff. zu Art. 59 ZPO). Allen diesen Prozessvoraussetzungen ist jedoch gemeinsam, dass sie sich aus dem Gesetz ergeben, seien dies nun weitere Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung oder Vorschriften aus anderen Erlassen des Bundesrechts. Die Mediation ist in der Schweizerischen Zivilprozessordnung in den Artikeln 213 ff. unter dem zweiten Titel im zweiten Teil ("2. Teil: Besondere Bestimmungen") geregelt. Aus guten Gründen enthält die Zivilprozessordnung weder in diesen Bestimmungen noch andernorts eine Norm, die besagen würde, dass das Gericht das Eintreten auf eine Klage von der vorgängigen Durchführung eines von den Parteien vereinbarten Mediationsverfahrens ab-

hängig machen müsste oder auch nur könnte. Aufgrund des ihm angesichts der unvermittelten Anhängigmachung der Abänderungsklage allenfalls vorzuwerfenden Vertragsbruchs mag der Kläger seitens der Beklagten zivilrechtliche Konsequenzen oder womöglich gar eine Klage auf Verpflichtung zur Teilnahme an einer Mediation zu gewärtigen haben. Zivilprozessual hat das vom Kläger insofern abredewidrig angerufene Gericht indessen keine gesetzliche Handhabe, um auf die eingereichte Klage deswegen nicht einzutreten. Als Folge dessen fällt die Annahme einer darauf beruhenden Aussichtslosigkeit ausser Betracht.

6. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen hätte die Vorinstanz die Abänderungsklage des Klägers nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO erachten dürfen. Die angefochtene Verfügung kann daher als Ganzes keinen Bestand haben. Die Beschwerde des Klägers erweist sich als begründet und ist gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Heisst die Rechtsmittelinstanz eine Beschwerde gut, kann sie den Entscheid nach Art. 327 Abs. 3 ZPO aufheben und die Sache an die Vorinstanz zurückweisen oder neu entscheiden, wenn die Sache spruchreif ist. Von den Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege hat die Vorinstanz einzig die Prozessaussichten untersucht, hingegen auf eine Prüfung des Kriteriums der Prozessarmut verzichtet. Weil die Beschwerdeinstanz nicht über alle für die Beurteilung der Bedürftigkeit notwendigen Grundlagen verfügt, ist die Angelegenheit zur weiteren Abklärung der finanziellen Lage (vor allem auch der Vermögensverhältnisse) des Klägers und zur neuen Entscheidung über sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird bei der erneuten Behandlung des prozessualen Armenrechtsgesuchs auch darüber zu befinden haben, ob dabei die im Beschwerdeverfahren nicht zu beachtenden neuen Tatsachenbehauptungen berücksichtigt werden können.

IV.

Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ist der Kläger als im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei zu betrachten, auch wenn er mit seinen

Beschwerdeanträgen in der Sache nicht vollständig durchzudringen vermochte und die Rückweisung nicht beantragt hat. Insoweit sind dem Kläger keine Gerichtskosten aufzuerlegen. Derjenige Teil der Rechtsmittelanträge des Klägers, auf den nicht einzutreten war, hat nur einen vernachlässigbaren Verfahrensaufwand verursacht, weshalb sich diesbezüglich ein Absehen von einer Kostenauflage rechtfertigt. Hat der Kläger nach dem Gesagten keine Gerichtskosten zu tragen, wird sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren gegenstandslos. Die Beklagte hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt und ist daher nicht als unterliegende Partei zu behandeln, so dass ihr ebenfalls keine Kosten überbunden werden können. Bei dieser Ausgangslage sind für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO) und sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Die Beschwerde des Klägers wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 17. Juni 2011 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung des Gesuchs des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 1 sowie je einer Kopie von Urk. 7, Urk. 10 und Urk. 12, und an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten werden der Vorinstanz nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zugestellt.

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am:
SS