

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 17. Oktober 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahme/unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des 6. Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Uster vom 20. September 2011; Proz. FE100342

Erwägungen:

1. Beim Bezirksgericht Uster (Vorinstanz) ist ein Verfahren der Parteien betreffend Ehescheidung rechtshängig (act. 6/1-65). Im Rahmen dieses Scheidungsverfahrens erliess die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. September 2011 vorsorgliche Massnahmen. Mit Verfügung vom selben Datum entschied die Vorinstanz ausserdem über die Anträge der Parteien auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und wies das Gesuch des Gesuchstellers und Beschwerdeführers (nachfolgend Beschwerdeführer) ab (act. 64 = act. 3 S. 22 Dispositiv-Ziffer 3). Mit Eingabe vom 3. Oktober 2011 (Poststempel) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung (act. 65 und act. 2) und beantragte Folgendes:

- "1. Dispositiv Ziffer 3 auf Seite 22 der Verfügung des 6. Einzelrichters im o.V. des Bezirksgerichts Uster vom 20. September 2011 sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege / unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und der Unterzeichnete zu seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.
2. Dem Beschwerdeführer sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnete auch für dieses Verfahren zu seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Es seien für dieses Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben.
4. Dem Beschwerdeführer sei für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung, zuzüglich MWST, aus der Staatskasse zuzusprechen. Eventualiter sei diese der Beschwerdegegnerin zu auferlegen."

2. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 ZPO) kann verzichtet werden, da die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) weder bei einer Gutheissung noch bei einer Abweisung des vorliegenden Rechtsmittels beschwert ist. Das Verfahren ist somit spruchreif.

3. Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdeführer verfüge über ein Privatkonto bei der C. _____ [Bank] mit einem Saldo per 3. April 2011 von Fr. 6'689.– und ein weiteres Privatkonto bei der D. _____ mit einem Guthaben von rund Fr. 3'958.– per 30. März 2011. Da aus der ehelichen Liegenschaft keine sofort verwertbaren Aktiven resultierten, falle sie bei der Beurteilung der Mittellosigkeit nicht ins Gewicht (vgl. Verweis auf die Ausführungen zur Mittellosigkeit der Gesuchstellerin). Es fehle nach Einsicht in die Unterlagen und gemäss den an der Verhandlung gemachten Aussagen seitens des Beschwerdeführers am Erfordernis der Mittellosigkeit, selbst wenn man die Kreditkartenschulden in der Höhe von Fr. 2'379.50 berücksichtige, was zu einer Reduktion des Barvermögens auf Fr. 8'267.– führe. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege könne daher nicht entsprochen werden (act. 3 S. 21 f.).

4. a) Der Beschwerdeführer rügt, das ihm von der Vorinstanz angerechnete liquide Vermögen von Fr. 8'267.– übersteige den ihm gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zustehenden Notgroschen sicher nicht. Die Begründung der Vorinstanz sei nicht haltbar (act. 2 Rz. 16).

b) Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass ein Notgroschen mit Blick auf die bisherige Praxis der Kantone und die Lehre im Bereich von Fr. 10'000.– bis Fr. 15'000.– liegen könne. Das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht hätten in besonderen Fällen Vermögensfreibeträge von Fr. 20'000.– und mehr zuerkannt (act. 2 Rz. 14).

c) Das Bundesgericht führte in einem seiner Entscheide Folgendes aus: "Liegt Vermögen vor, darf bei der Festsetzung des so genannten Notgroschens nicht von einer allgemein gültigen Pauschale ausgegangen werden. Vielmehr ist nach Rechtsprechung und Lehre den Verhältnissen des konkreten Falles, wie namentlich Alter und Gesundheit, Rechnung zu tragen" (BGer I 362/05 vom 9. August 2005 E. 5.3 m.w.H.; vgl. auch BGer 5A_612/2010 vom 26. Oktober 2010 E. 2.3). Die Vorinstanz äusserte sich nicht dazu, weshalb sie einen Notgroschen von Fr. 8'267.– für ausreichend hielt (act. 3 S. 21 f.). Der Beschwerdeführer führte dagegen aus, er sei bereits 59 Jahre alt. Gesundheitliche Beschwerden seien immer häufiger und gewisse Rücklagen für den Krankheitsfall deshalb not-

wendig, zumal ihm die Vorinstanz im Notbedarf keine Gesundheitskosten (Franchise/Selbstbehalt) zuerkannt habe (act. 3 Rz. 19). Noven sind im Beschwerdeverfahren zwar ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO), beim Alter des Gesuchstellers handelt es sich jedoch um eine vom Gericht ohnehin zu berücksichtigende Tatsache. Angesichts des Alters rechtfertigt es sich denn auch, von einem angemessenen Notgroschen nicht unter Fr. 10'000.– auszugehen. Dem Beschwerdeführer müssen finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, die den Wert des Notgroschens *übersteigen*, um nicht als mittellos zu gelten. Die offenbar im Eigentum beider Parteien stehende Liegenschaft hat die Vorinstanz nicht berücksichtigt, weil diese bereits maximal belastet sei (act. 3 S. 21). Es besteht kein Anlass, an dieser Auffassung zu Ungunsten einzig des Beschwerdeführers zu zweifeln. Mit einem Barvermögen von Fr. 8'267.– stehen dem Beschwerdeführer keine finanziellen Mittel zur Verfügung, die über dem Notgroschen liegen. Der Beschwerdeführer erweist sich somit als mittellos im Sinne des Gesetzes, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren und damit die Beschwerde gutzuheissen ist.

5. a) Der Beschwerdeführer verlangt auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Antrag Nr. 2) und beantragt, es sei ihm eine angemessene Prozessentschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen; eventualiter sei diese der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Antrag Nr. 4; vgl. act. 2 S. 2 und S. 9).

b) Es gilt der Grundsatz, dass im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 121 N. 10; OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011 E. V/2 [[www.gerichte-zh.ch / Entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/Entscheide)]). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt einzig bei Bös- oder Mutwilligkeit in Frage (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Davon kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Die Gerichtskosten fallen somit ausser Ansatz. Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung betreffend das Beschwerdeverfahren gegenstandslos.

c) Da die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege gegeben sind (vgl. Ziff. 4 hiervor) und das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid – wie gesehen – nicht aussichtslos ist, ist Rechtsanwalt lic. iur.

X._____ auch für das Beschwerdeverfahren als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu bestellen.

d) Soweit der Beschwerdeführer eine nicht rückerstattungspflichtige Parteientschädigung aus der Staatskasse oder eine von der Beschwerdegegnerin zu entrichtende Parteientschädigung beantragt (Antrag Nr. 4), kann ihm nicht gefolgt werden. Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen. Der Beschwerdegegnerin ist die Parteientschädigung nicht aufzuerlegen, da sie im Beschwerdeverfahren nicht unterliegt. Soweit der Beschwerdeführer hingegen eine im Rahmen der bewilligten unentgeltlichen Rechtsvertretung auszurichtende Entschädigung – welche der Nachzahlung unterliegt (Art. 123 ZPO) – beantragt, hat er § 23 AnwGebV zu beachten.

e) Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung vom 20. September 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird bewilligt. Als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Gesuchstellers wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ bestellt."
2. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Gesuchstellers für das Beschwerdeverfahren wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ bestellt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Uster,
6. Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-
telfrist an die Vorinstanz zurück.

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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: