

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC120038-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister, Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 26. November 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Juni 2012 (FE120270)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 3. April 2012 vor Bezirksgericht Zürich im Scheidungsverfahren. Mit Verfügung und Urteil vom 14. Juni 2012 hiess die Erstinstanz das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege gut, wies dasjenige des Beklagten ab und regelte die vom Beklagten an die Klägerin zu leistenden Unterhaltsbeiträge (Urk. 3 S. 14). Der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) erhob am 6. August 2012 Beschwerde gegen die vorab erwähnte Verfügung und beantragte, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 3 S. 1).
2. Mit Verfügung vom 9. August 2012 wurde der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 7). Am 23. August 2012 liess die Klägerin mitteilen, dass sie auf eine Beschwerdeantwort verzichte (Urk. 8), was am 13. September 2012 der Gegenseite zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 9).
3. Die Erstinstanz verneinte die Mittellosigkeit. Sie erwog, der Beklagte verfüge über ein Einkommen von Fr. 8'330.– und einen Bedarf von Fr. 4'367.–. Unter Berücksichtigung der zu leistenden Unterhaltsbeiträge resultiere ein Freibetrag von Fr. 613.–. Nicht zu berücksichtigen seien die vom Beklagten geltend gemachten Schulden bei der Alimentenstelle C._____. Sie seien zwar ausgewiesen, doch habe der Beklagte weder behauptet noch belegt, diese Schulden abzubezahlen. Dazu komme ein Bonusanteil von monatlich ca. Fr. 200.–. Im weiteren sei auf den überhöht erscheinenden Mietzins von Fr. 1'992.– hinzuweisen. Insgesamt sei der Beklagte nicht als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO zu qualifizieren (Urk. 3 S. 13).
4. Der Beklagte macht in der Beschwerdeschrift geltend, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe er [sehr wohl] behauptet, dass er die auch gemäss Vorinstanz ausgewiesene Schuld von Fr. 38'350.– gegenüber der Alimentenstelle mit Fr. 650.– monatlich abbezahle. Das seien immerhin 59 Raten zu je Fr. 650.–, was rund fünf Jahre daure. Würde man den gleichen Massstab bei allen Bedarfspositionen anlegen, müsste ein Gesuchsteller in jedem Fall Zahlungsbelege ein-

legen, also auch beim Mietzins oder den Krankenkassenprämien. Sodann könne entgegen den Ausführungen der Vorinstanz auch nicht auf einen hypothetischen Bonusanteil verwiesen werden. Einerseits sei der Bonus hypothetisch, andererseits werde er im 2012 keinen Bonus mehr erhalten. Die Stelle sei ihm gekündigt worden. Zudem gehe auch der Hinweis auf den "überhöht" scheinenden Mietzins fehl, da der Mietvertrag frühestens auf Ende März 2013 kündbar sei (Urk. 1).

5. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

6. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181; 124 I 1 E. 2a S. 2, je mit Hinweisen).

7. Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes ist nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen. Nach dem Effektivitätsgrundsatz dürfen allerdings nur effektiv zu zahlende und effektiv bezahlte Verpflichtungen hinzugechnet werden (BGer 5P.321/2004 mit Hinweisen).

8. Das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege wird vom beschränkten Untersuchungsgrundsatz beherrscht, doch trifft die gesuchstellende Person eine umfassende Mitwirkungspflicht, insbesondere bezüglich der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Dabei dürfen umso höhere Anforderungen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation durch den Gesuchsteller selbst gestellt werden, je komplexer dessen Verhältnisse sind (BGE 120 Ia 179).

Eine Verweigerung des prozessualen Armenrechts wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht setzt in der Regel voraus, dass insbesondere die nicht vertretene, prozessunerfahrene gesuchstellende Person, wenn sie die notwendigen Angaben nicht von sich aus macht, zuvor vom Gericht zur Darlegung der finanziellen Verhältnisse aufgefordert wird. Dabei genügt grundsätzlich eine einmalige richterliche Fristansetzung. Auch bei vertretenen Parteien geht die Mitwirkungspflicht nicht so weit, dass das Gericht auf die erkennbar mangelhaften Angaben abstellen darf, nur weil die Partei durch einen Rechtsbeistand vertreten ist (BGer 5P.376/2003).

9. Der Beklagte hat vor Erstinstanz in der Tat nicht konkret behauptet, dass er die Alimentenschulden gegenüber der C._____ tatsächlich abbezahlt. Er hat indes im Hinblick auf die Verhandlung diverse Unterlagen eingereicht, u.a. eine Schuldanerkennung mit Ratenzahlungsvereinbarung mit der C._____ vom 21. April 2011, woraus hervorgeht, dass sich der Beklagte bereit erklärte, monatlich die laufende Alimentenverpflichtung von derzeit Fr. 650.– sowie Fr. 650.– an den Rückstand zu überweisen mit Beginn 1. Mai 2011 (Urk. 5/10 und 5/11/6). Das Verhandlungsprotokoll vom 14. Juni 2012 enthält überdies eine Protokollnotiz, festgehalten vor den Plädoyers der Parteivertreter zu den vorsorglichen Massnahmen und dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, mit folgendem Inhalt: "RA X._____ erklärt, die Parteien hätten während der Ehe mehrheitlich auf Kosten der Eltern des Beklagten gelebt. Der Beklagte müsse diese Schulden nun zurück bezahlen. Ausserdem habe der Beklagte Schulden bei der Alimentenbevorschussungsstelle." (Prot. I S. 4). Zudem hat der Rechtsvertreter des Beklagten zusammen mit den Plädoyernotizen eine von ihm erstellte Unterhaltstabelle ins Recht gelegt, in der die Abzahlungsschulden aufgelistet sind (Urk. 5/18/1, Prot. I S. 4). Im Zusammenhang mit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge hat denn die Klägerin die vom Beklagten zu leistenden Abzahlungsraten im Grundsatz anerkannt (Urk. 5/15 S. 7), erachtete jedoch deren Berücksichtigung als nicht angängig, da der Beklagte in der Vergangenheit hätte erwerbstätig sein und Unterhaltsbeiträge hätte leisten können (Urk. 5/15 S. 7). Dieser Auffassung ist die Erstinstanz bei der Ermittlung der Unterhaltsbeiträge gefolgt (Urk. 3 S. 9).

10. Für die Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege gilt der erwähnte Grundsatz der beschränkten Untersuchungsmaxime, weshalb dem Gericht eine verstärkte Fragepflicht obliegt. So hat das Gericht seine Fragepflicht auszuüben und die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 31 ff., N 36 mit Hinweisen). Wie dargelegt, kann das Gericht nicht auf erkennbar mangelhafte Angaben abstellen, nur weil die Partei durch einen Rechtsbeistand vertreten ist. Da die Vorinstanz die geltend gemachten Ratenzahlungen mit der im Recht liegenden Vereinbarung als nicht genügend glaubhaft erachtet hatte, hätte sie in Ausübung der richterlichen Fragepflicht dem Beklagten Gelegenheit geben müssen, die Behauptungen zu belegen. Die Erstinstanz hat im Rahmen der persönlichen Befragung die Schuldentilgung weder thematisiert, noch Frist angesetzt, um die entsprechenden Belege nachzureichen (Prot. I S. 5 ff.). Damit hat sie die richterliche Fragepflicht verletzt.

11. Der Umstand, dass dem Beklagten gekündigt worden ist und er im Jahr 2012 keinen Bonusanteil erhalten wird, kann aufgrund des Novenausschlusses, der auch für Verfahren gilt, die der Untersuchungsmaxime unterliegen (Botschaft ZPO 7379, BGer 5A_405/2011), nicht berücksichtigt werden.

12. Die Vorinstanz betonte zusätzlich das Sparpotential beim überhöht erscheinenden Mietzins von monatlich Fr. 1'992.– (Urk. 3 S. 13). Zum einen leitet die Vorinstanz daraus nichts Konkretes ab, abgesehen davon, dass sie bereits bei der Ermittlung des Unterhaltsanspruchs den Beklagten auf das Sparpotential beim Mietzins hingewiesen hat, um langfristig Abzahlungen leisten zu können. Zum anderen ist der Vertrag seitens des Mieters erst auf den 31. März 2013 kündbar (Urk. 5/11/2), weshalb entsprechend dem Effektivitätsprinzip einstweilen der volle Mietzins anzurechnen ist.

13. Die Verletzung der richterlichen Fragepflicht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Nach der Rechtsprechung kann die Heilung einer Gehörsverletzung erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äus-

sern. Voraussetzung ist indes, dass diese Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 53 N 27; BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.). Dies ist vorliegend hinsichtlich des Sachverhalts nicht der Fall. Es besteht denn auch kein Raum für neue Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel, was im umfassenden Novenverbot seinen Ausdruck findet (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 326 N 4). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.

14. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 14. Juni 2012 aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des entsprechenden Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Neben der Mittellosigkeit wird auch die Frage der Aussichtslosigkeit zu prüfen sein.

15. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 ZPO). Da der Beklagte mit seiner Beschwerde obsiegt und sich die Klägerin mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteientschädigung ist mangels gesetzlicher Grundlage nicht geschuldet.

16. Der Beklagte beantragt auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 1). Gemäss Entscheid der Vorinstanz verfügt der Beklagte unter Berücksichtigung der Steuern über einen monatlichen Freibetrag von Fr. 613.–. Die - umstrittenen - Rückzahlungsraten von monatlich Fr. 650.– an die Alimentenstelle der C._____ sind ausgewiesen (Urk. 4/2) und daher für das Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen. Der Beklagte verfügt somit über keinen Freibetrag und gilt daher als mittellos im Sinne der Rechtsprechung. Der Bonusanteil im 2011 ändert daran nichts. Da das Verfahren nicht aussichtslos ist und eine Rechtsverteidigung grundsätzlich geboten erscheint, ist das Gesuch gutzuheissen und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren zu bestellen.

17. Zuzolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'000.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird gutgeheissen und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. Die Beschwerde wird gutgeheissen und Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Juni 2012 aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Der unentgeltliche Rechtsbeistand, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'000.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie unter Beilage einer Kopie von Urk. 1 sowie Kopien von Urk. 4/2 und 4/3 sowie der erstinstanzlichen Akten an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
ss