

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Beschluss und Urteil vom 28. März 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 27. Dezember 2012; Proz. FE120102

Erwägungen:

1. a) Mit Eingabe vom 29. August 2012 klagte die Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner bei der Vorinstanz auf Scheidung gemäss Art. 114 ZGB und ersuchte gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung ihrer Vertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 5/1 S. 3). Sie ersuchte sodann um Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. Abänderung der Eheschutzverfügung vom 7. Dezember 2009 und Verpflichtung des Beschwerdegegners, ihr für die Dauer des Scheidungsverfahrens an den Unterhalt der Kinder C._____ und D._____ angemessene Unterhaltsbeiträge von mindestens je Fr. 750.-- zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen (act. 5/14 S. 2). Sie beantragte, ihr auch für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihre Vertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (act. 5/14 S. 2). Mit Verfügung vom 27. Dezember 2012 wies die Vorinstanz ihren Antrag auf Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen während des Scheidungsverfahrens ab, ebenso ihren Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 4 S. 18).

b) Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin mit den Anträgen:

"1. Dispositiv Ziffer 1 der ersten Verfügung des Einzelgerichts im o.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 27. Dezember 2012 (FE120102) sei aufzuheben und der Klägerin und Beschwerdeführerin sei im gesamten Scheidungsprozess Nr. FE120102 die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Der Klägerin und Beschwerdeführerin seien für das Beschwerdeverfahren keine Kosten aufzuerlegen und es sei ihr eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8 % MWSt) zuzusprechen.

Der Klägerin und Beschwerdeführerin sei auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen." (act. 2 S. 2)

c) Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 ZPO) kann verzichtet werden, da der Beschwerdegegner weder bei einer Gutheissung noch bei einer

Abweisung des vorliegenden Rechtsmittels beschwert ist. Das Verfahren ist somit spruchreif.

2. a) Die Vorinstanz erwog zunächst allgemein, der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Grundeigentümer dürfe nicht dadurch privilegiert werden, dass er sein Vermögen in bestimmter Weise angelegt habe, denn die Art der Vermögensanlage beeinflusse allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, aber nicht die Zumutbarkeit, diese vor Beanspruchung des prozessualen Armenrechts anzugreifen. Dem Grundeigentümer seien daher grundsätzlich alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung des selbstgenutzten Wohneigentums, Vermietung oder Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zumutbar. Allerdings sei die Veräusserung der Liegenschaft nur zumutbar, wenn damit zu rechnen sei, dass mit dem Verkauf die für den Prozess erforderlichen Mittel erwirtschaftet werden könnten, was namentlich vom Verkehrswert und der Belastung der Liegenschaft abhängt, wobei an den Nachweis des Verkehrswertes und der fehlenden Möglichkeit zusätzlicher hypothekarischer Belastung keine allzu grossen Anforderungen gestellt werden dürften (act. 4 S. 15 f.).

Auf die Beschwerdeführerin bezogen erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe nicht vorgebracht, es fehle an der Möglichkeit der hypothekarischen Mehrbelastung ihrer Eigentumswohnung, was angesichts des von ihr vorgebrachten Verkehrswertes von Fr. 420'000.-- und der hypothekarischen Belastung von Fr. 360'000.-- nicht gänzlich ausgeschlossen erscheine (act. 4 S. 16 f.). Sie sei in der Lage, die Gerichtskosten ratenweise zu bezahlen (act. 4 S. 17).

b) Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie habe bereits im Eheschutzverfahren ausgeführt und belegt, dass die von ihr bewohnte Eigentumswohnung mit Bundesmitteln gemäss WEG finanziert worden sei und dass eine Aufstockung der Hypotheken oder ein Verkauf mit Gewinn nicht möglich seien. Sie habe dies im aktuellen Scheidungsverfahren mit dem eingereichten Grundbuchauszug belegt und zudem den Beizug der Eheschutzakten verlangt. Der vorinstanzliche Einzelrichter, welcher schon das Eheschutzverfahren durchgeführt und ihr dort die unentgeltliche Rechtspflege gewährt habe, habe anlässlich ihrer Befragung zur unentgeltlichen Rechtspflege keine spezifischen Fragen zur allfälligen Hypotheken-

erhöhung gestellt und sie habe angesichts der aus dem Eheschutzverfahren bekannten Tatsachen keine Veranlassung gehabt, von sich aus dazu spezifische Ausführungen zu machen (act. 2 S. 4). Die Vorinstanz habe ihr Gehör verletzt, indem sie ihr keine Gelegenheit zur Stellungnahme zur Frage der Hypothekenerhöhung gegeben habe. Die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob die Veräusserung (oder die Vermietung) aufgrund sämtlicher Umstände zumutbar sei (act. 2 S. 7). Somit habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt und das Recht unrichtig angewandt, sei in Willkür verfallen und habe den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt (act. 2 S. 7 f.).

3. a) 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 unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, die Befreiung von Gerichtskosten und, falls notwendig, die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Wird die beantragte unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Als Beschwerdegründe können unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 321 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheltdt, Art. 326 N 4; BGer 5A_405/2011 E. 4.5.3). Zweitinstanzlich neue Vorbringen der Beschwerdeführerin und Belege, welche sie nicht schon vor der Vorinstanz einreichte oder Tatsachen, die sich nicht aus den vorinstanzlichen Akten ergeben, sind hier nicht zu berücksichtigen.

b) Für die Prüfung der Mittellosigkeit sind gemäss Art. 117 ZPO sowohl das Einkommen als auch das Vermögen der gesuchstellenden Partei massgebend. Die Vorinstanz befasste sich einzig mit der Vermögenssituation bzw. der Eigentumswohnung der Beschwerdeführerin. Es ist daher – entsprechend den Rügen der Beschwerdeführerin – vorab darauf einzugehen.

Stellt man auf die – unter Strafandrohung gemachten – Aussagen der Beschwerdeführerin ab, kann mit der Vorinstanz von einem Verkehrswert der Wohnung von rund Fr. 420'000.-- ausgegangen werden (act. 5/32 S. 2). Dieser Betrag erscheint auch dann als plausibel, wenn man berücksichtigt, dass der 1994 bezahlte Kaufpreis für die Neubau-Wohnung Fr. 435'000.--, zuzüglich Fr. 30'000.-- für den Garagenplatz, d.h. insgesamt Fr. 465'000.-- betrug (act. 5/8/35 S. 5), und dass die Wohnung nicht mit Gewinn veräussert werden darf (act. 5/8/34; Art. 50 WEG). Die hypothekarische Belastung betrug Ende 2011 Fr. 353'090.-- (act. 5/8/51, act. 5/8/6), d.h. rund 85 % des Verkehrswertes. Sie übersteigt den Steuerwert von Fr. 339'000.-- und das übrige Vermögen der Beschwerdeführerin (act. 5/8/51). Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese hohe hypothekarische Belastung keine weitere Erhöhung der Hypotheken zulässt. Eine Ausnahme erschiene allenfalls gegen weitere Garantien bzw. Sicherheiten möglich, welche hier jedoch nicht ersichtlich sind. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beschwerdeführerin (act. 5/8/51) lassen eine höhere Verschuldung als untragbar erscheinen. Daher kann die Mittellosigkeit nicht mit dem Hinweis auf die hypothekarische Mehrbelastung verneint werden.

c) Aus dem in den vorinstanzlichen Akten befindlichen Grundregisterauszug ergibt sich zudem, dass auf der 4 ½-Zimmer-Wohnung eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung bzw. ein Zweckentfremdungsverbot, Veräusserungsbeschränkung, Kaufs- und Vorkaufsrecht zugunsten des Bundesamtes für Wohnungswesen gemäss den Bestimmungen des WEG besteht (act. 5/8/38). Die Wohnung darf gestützt auf Art. 50 Abs. 1 WEG mindestens während 25 Jahren ohne Zustimmung des Bundes weder ihrem Zweck entfremdet noch mit Gewinn veräussert werden. Der Bund hat ein Kaufs- und Vorkaufsrecht zu den Selbstkosten, erhöht um den Mehrwert des Eigenkapitals (Art. 10 Abs. 2 WEG). Dass die Beschwerdeführerin bei einer allfälligen, schwierig zu realisierenden, Veräusserung zusätzliche finanzielle Mittel erhält, erscheint als unwahrscheinlich. Für einen allfälligen Verkauf wäre ohnehin eine angemessene Frist von 6 Monaten einzuräumen, wogegen das Honorar der Rechtsanwältin und die Gerichtskosten in der Regel vorab, mittels Vorschüssen sicherzustellen sind. Schliesslich erscheint eine 4 ½-Zimmer-Wohnung für eine Mutter und zwei Töchter im Alter von 8 und 6 Jah-

ren nicht als luxuriös. Auch die effektiven monatlichen Ausgaben für die Wohnung liegen mit monatlich rund Fr. 1'720.-- im Rahmen des Üblichen. Dieser - von der Aufstellung der Vertreterin der Beschwerdeführerin (act. 5/1/4) abweichende - Betrag für die monatlichen Wohnkosten setzt sich zusammen aus:

Fr. 723.10 Hypothekarzins (Hypothek von Fr. 353'090.-- ab 1.1.2012: act. 5/8/6)
Fr. 463.-- Amortisation (belegte Amortisation 2011: act. 5/8/6 S. 2)
Fr. 372.-- Nebenkosten, Erneuerungsfonds, Garage (act. 5/8/8)
Fr. 133.50 Unterhalt
Fr. 1'691.-- Total Wohnungskosten, zuzüglich
Fr. 30.-- Mehrausgaben für Besteuerung Eigenmietwert: Fr. 1'720.--.

Diese Positionen ergeben sich aus folgenden Überlegungen:

Die aus den Akten ersichtliche Amortisation von Fr. 5'560.-- für das Jahr 2011 (act. 5/8/6 S. 2) ist hier – entgegen den Richtlinien über das Existenzminimum, Ziff. III.1.3 – berücksichtigt, da es zunächst um die Frage geht, ob die Wohnkosten unangemessen hoch sind und ob bei einem Wechsel in eine Mietwohnung die für die Prozessführung benötigten Mittel beschafft werden könnten. Als Unterhaltskosten sind die Kosten für den 2012 ersetzten Kühlschrank, verteilt auf 12 Monate, eingesetzt (act. 5/8/10), da für die 2010 getätigten Neuanschaffungen von Waschmaschine und Tumbler etc. sowie für die angebliche Reparatur der Heizung keine regelmässigen monatlichen Ratenzahlungen belegt sind. Die Stromkosten sind gemäss den Richtlinien über das Existenzminimum im Grundbetrag eingeschlossen, d.h. nicht bei den Wohnkosten zu berücksichtigen (entgegen act. 5/1 S. 4 und act. 5/23 S. 4). Zieht man vom Eigenmietwert (Fr. 11'520.--) die Schuldzinsen (Fr. 8'914.--) ab (act. 5/8/51), so verbleibt ein um Fr. 2'606.-- höheres steuerbares Einkommen, verglichen mit einer Mietwohnung. Dies erhöht die Staats- und Gemeindesteuern um ca. Fr. 360.-- jährlich bzw. Fr. 30.-- monatlich (http://webcalc.services.zh.ch/ZHCalcWC/calculator/viewResults/income_a..).

d) Insgesamt ist daher nicht anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin bei Verkauf ihrer Eigentumswohnung und Umzug in eine Mietwohnung eine ins Gewicht fallende Kostenersparnis erzielen und auf diese Weise den Prozess finanzieren kann. Der Liegenschaftenaufwand bewegt sich im Rahmen ortsüblicher Mietzinse.

Der Verkauf der Wohnung oder – falls überhaupt zulässig gemäss WEG – deren Vermietung ist ihr daher nicht zuzumuten.

Weitere Vermögenswerte, deren Verbrauch der Beschwerdeführerin zuzumuten wäre zur Finanzierung des Prozesses, sind nicht ersichtlich. Gemäss Steuererklärung standen Ende 2011 einem Vermögen von Fr. 352'388.-- (inklusive Auto und Steuerwert der Liegenschaft von Fr. 339'000.--) Hypothekarschulden von Fr. 353'090.-- gegenüber (act. 5/8/51).

4. Die Vorinstanz ging nicht auf die Einkommensverhältnisse der Beschwerdeführerin ein. Dies ist hier nachzuholen. Das monatliche Einkommen beträgt netto Fr. 5'543.-- (Nettolohn gemäss Lohnausweis 2011, inkl. Kinderzulagen von Fr. 400.--: act. 5/8/5, vgl. act. 5/8/4 mit 5/8/1 S. 4). Diesem stehen folgende gemäss Art. 117 ZPO anrechenbare Ausgaben gegenüber:

Fr.	1'350.--	Grundbetrag (alleinstehende Person mit Unterstützungspflicht)
Fr.	800.--	Grundbetrag 2 Kinder bis 10. Altersjahr
Fr.	215.--	10% Zuschlag auf Grundbetrag für zivilprozessualen Notbedarf
Fr.	723.10	Hypothekarzins (act. 5/8/6 S. 2; Hypothek Fr. 353'090.--)
Fr.	372.--	Nebenkosten (Heizung etc., act. 3/8/8)
Fr.	133.50	Wohnungsunterhalt (act. 3/8/10, Kosten 2012)
Fr.	1'229.60	Total der anrechenbaren Wohnkosten
Fr.	317.80	KVG-Prämien Erw. plus 2 Kinder, nach Abzug Prämienverbilligung
Fr.	31.--	Arztselfstbehalte (act. 5/8/12a - 12b)
Fr.	170.--	Zahnarztkosten (act. 5/8/13: belegte Zahlungen Juli 2011 bis Juli 2012)
Fr.	36.75	Brillenkosten (act. 5/8/14)
Fr.	66.60	Mobiliar-/Haftpflichtversicherung (act. 5/8/15)
Fr.	240.--	Mehrkosten auswärtige Verpflegung (act. 5/8/17: 4 Tage pro Woche) (Kosten Arbeitsweg : offengelassen)
Fr.	1'734.--	Betreuungskosten Tagesmutter (act. 5/25/11)
Fr.	260.--	Steuern (act. 5/23 S. 4 i.V. mit act. 5/8/22)

Fr. 6'450.75 Zwischentotal der Auslagen (ohne Autokosten)

Zu diesen Positionen ist Folgendes anzumerken:

a) Zur Bestimmung des zivilprozessualen Notbedarfs ist vom betriebsrechtlichen Existenzminimum auszugehen, das um einen – im Einzelfall nach Ermessen festzusetzenden – Zuschlag auf dem Grundbetrag zum erweiterten Existenzminimum erhöht wird (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 54; ZK ZPO-

Emmel, Art. 117 N 10, Botschaft ZPO, S. 7301). Vorliegend erscheint ein Zuschlag von 10% auf den Grundbeträgen der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder angemessen.

b) Für die als Wohnkosten anrechenbaren monatlichen Hypothekarzinszahlungen ist auf die ausgewiesene Hypothekarschuld von Fr. 353'090.-- per Ende 2011 sowie einen Zinssatz von 2,5 % abzustellen (act. 5/8/6 S. 1-2).

c) Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Amortisationszahlungen der Hypothek von — nach ihren Angaben Fr. 660.-- pro Monat — dürfen nicht angerechnet werden (Richtlinien des Obergerichts des Kantons Zürich für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. Sept. 2009, Ziff. III 1.3; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 11).

d) Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten monatlichen Stromkosten von Fr. 55.30 dürfen nicht berücksichtigt werden, da sie im Grundbetrag enthalten sind (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 10; Richtlinien Ziff. II Abs. 1: "sämtliche Energiekosten (ohne Heizung)"; BSK SchKG-von der Mühl, Art. 93 N 23); eine Unterscheidung zwischen Mietern und Eigentümern ist nicht zu treffen (entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin: Prot. I S. 10). In den Richtlinien sind die bei Eigentümern anstelle des Mietzinses zum Grundbetrag hinzuzurechnenden Liegenschaftskosten aufgezählt (a.a.O. Ziff. III.1.3); Stromkosten zählen nicht dazu.

e) Was den Wohnungsunterhalt betrifft, so müssten die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten monatlichen Zahlungen für Unterhalt/Reparaturen belegt sein, um im Existenzminimum berücksichtigt zu werden. Es rechtfertigt sich, die von der Beschwerdeführerin 2012 für den Ersatz des Kühlschranks aufgewendeten Kosten, auf 12 Monate verteilt, als Unterhaltskosten zu berücksichtigen (act. 5/8/10). Dass für die 2010 gekauften Geräte (Waschmaschine und Tumbler) und installierte Steckdosen (act. 5/8/10) im jetzigen Zeitpunkt regelmässige Abschlagszahlungen geleistet werden, wurde weder behauptet noch belegt. Es können jedoch einzig tatsächliche und in der Gegenwart regelmässig geleistete Zahlungen berücksichtigt werden. Die Angabe der Beschwerdeführerin, sie benötige

Fr. 200.-- monatlich für Reparaturen, da die Heizung repariert werden müsse (Prot. I S. 10), kann mangels konkreter Belege nicht berücksichtigt werden. Belegt sind einzig die 2012 angefallenen Kosten für den Kühlschrank sowie die 2010 angefallenen Kosten. Dass regelmässig notwendige Unterhaltskosten von Fr. 200.-- monatlich anfallen, ist damit nicht belegt.

f) Die Kosten für Radio, Telefon, TV, welche die Beschwerdeführerin im Betrag von Fr. 138.-- geltend macht (act. 5/23 S. 6), sind gemäss den schweizerischen Richtlinien und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits im Grundbetrag enthalten und können beim Existenzminimum nicht zusätzlich berücksichtigt werden (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 49).

g) Anzurechnen sind einzig die Krankenkassenprämien nach KVG. Der Prämienaufwand über die obligatorische Versicherung hinaus darf nicht berücksichtigt werden (Richtlinien Ziff. III. 2; BGE 134 III 323 E. 3). Die Prämienverbilligungen sind zu berücksichtigen (Richtlinien Ziff. III.2). Der Beschwerdeführerin ist ihr Anspruch auf Prämienverbilligung bekannt: Bei ihrer Aufstellung des Bedarfs des Beschwerdegegners zog sie die Prämienverbilligung ab (act. 5/23 S. 3 i.V. mit act. 5/25/7). Sie gestand dem Beschwerdegegner einzig die Prämien gemäss KVG zu und reichte zudem dessen Krankenversicherungspolice ein, aus dem sich der auf das KVG entfallende Anteil der Krankenkasse des Beschwerdegegners ergibt (act. 5/23 S. 3 Ziff.2 i.V. mit act. 5/8/6). Sie verwies dabei auf die Richtlinien bzw. das Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich über das Existenzminimum vom 16. September 2009 (act. 5/23 S. 3). Es musste ihr daher bewusst sein, dass sie bei der Beurteilung ihres Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gleich zu behandeln ist wie der Beschwerdegegner, d.h. dass gestützt auf die Richtlinien Ziff. III.2 auch bei ihr einzig die Prämien gemäss KVG an ihren Notbedarf anrechenbar sind und die Prämienverbilligung abzuziehen ist. Die Beschwerdeführerin sowie ihre beiden Töchter sind gemäss ihren Angaben bei der Krankenkasse E._____ versichert (act. 5/8/11). Die eingereichte "Familienzusammenstellung" vom 27. November 2010 per 1. Januar 2011 stellt keinen Beleg für aktuell und tatsächlich bezahlte Prämien dar, ebenso wenig belegt sie den hier massgeblichen, auf das KVG entfallenden Anteil der Prämien (act. 5/8/11). Die

Beschwerdeführerin reichte weder ihre Versicherungspolice gemäss KVG ein noch belegte sie ihre Prämienverbilligungen, auf welche sie Anspruch hat. Beide lassen sich jedoch dem Internet entnehmen und können daher als notorisch gelten. Die maximalen Prämien gemäss KVG der Krankenversicherung E._____ (mit jeweils minimalem Selbstbehalt und Standardmodell, ohne Hausarzt- oder HMO-Vergünstigungen) lassen sich den Online verfügbaren Prämienrechenprogrammen entnehmen. Ebenso sind die Prämienverbilligungen für die Beschwerdeführerin und die beiden Kinder dem kantonalen Merkblatt IPV der SVA Zürich zu entnehmen (das die Beschwerdeführerin einreichte und zu Lasten des Beschwerdegegners anwandte: act. 5/23 S. 3 i.V. mit act. 5/25/7).

Die maximalen Prämien gemäss KVG betragen für die gesamte Familie, d.h. die Beschwerdeführerin und ihre zwei Kinder, bei der Kasse E._____ total Fr. 514.80 monatlich gemäss dem Online-Rechenprogramm Compairs. Vorausgesetzt, man gibt die Wohnsitzgemeinde der Beschwerdeführerin, ihren Jahrgang sowie die Jahrgänge der beiden Kinder, zudem die minimale Franchise (Fr. 300.-- bzw. Fr. 0.--), Unfalldeckung bei den Kindern und das Standardmodell ein:

(<https://www.comparis.ch/krankenkassen/grundversicherung/familie-verglei..>). Da die Beschwerdeführerin ein Einkommen von Fr. 36'632.-- versteuert (act. 5/8/51), hat sie Anspruch auf Fr. 612.-- Prämienverbilligung für sich sowie je Fr. 876.-- für jedes der Kinder, total Fr. 2'364.-- pro Jahr bzw. Fr. 197.-- pro Monat (act. 5/25/7, Merkblatt IPV der SVA Zürich, von der Beschwerdeführerin eingereicht). Die KVG-Prämien von Fr. 514.80 minus die Prämienverbilligungen von Fr. 197.-- ergeben anrechenbare Krankenkassenprämien von Fr. 317.80 monatlich für die ganze Familie.

h) Die Arztselbstbehalte sind gemäss Angaben und Belegen der Beschwerdeführerin berücksichtigt mit jährlich Fr. 396.10 bzw. Fr. 31.-- monatlich (act. 8/12).

i) Die Zahnarztkosten sind nur für den Zeitraum eines Jahres berücksichtigt, soweit die Zahlungen belegt sind (act. 5/8/13); die Kostenaufstellung für eine kieferorthopädische Behandlung ist nicht berücksichtigt, da keine Zahlungen belegt sind.

j) Die Brillenkosten, die 2012 für C._____ anfielen, sind gemäss Angabe und Beleg (act. 8/14) mit Fr. 441.-- jährlich bzw. Fr. 36.75 monatlich berücksichtigt, obwohl sie nicht jedes Jahr anfallen.

k) Die Mobiliar- und Haftpflichtversicherungsprämien sind gemäss Angabe und Beleg (act. 8/15) mit Fr. 799.-- jährlich bzw. Fr. 66.60 monatlich berücksichtigt nach gerichtlichem Ermessen, obwohl sie keine obligatorische Versicherung, sondern eher den Privatversicherungen zuzurechnende Versicherung darstellt (vgl. ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 10).

l) Die Einzahlungen auf Konten der Säule 3.a der Altersvorsorge (act. 5/8/16) stellen keine obligatorischen Versicherungen dar und sind daher nicht zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin gibt zwar an, es handle sich um eine "obligatorische indirekte Amortisation für die Wohnung" und sie sei "gezwungen, diese Beiträge zu bezahlen" (act. 5/23 S. 4). Damit vermag sie nicht darzutun, dass diese Einzahlungen in ihrem Existenzminimum zu berücksichtigen seien. Sie belegte die "obligatorische" Natur dieser Beiträge nicht. Wenn man auf die Angabe der Beschwerdeführerin abstellt, wonach die Zahlungen (indirekte) Amortisationskosten für die Eigentumswohnung sind, so dürfen sie – als Amortisationszahlungen – nicht im Existenzminimum berücksichtigt werden (Richtlinien Ziff. III.1.3). Als Beiträge an die Säule 3.a dienen sie der Vermögensbildung bzw. Vorsorge und sind ohnehin freiwillig, d.h. nicht im Existenzminimum zu berücksichtigen. Ob die Zahlungen Amortisationen oder Vorsorgebeiträge an die Säule 3.a sind, spielt demnach keine Rolle. Sie dürfen in beiden Fällen nicht im Existenzminimum berücksichtigt werden.

m) Die Mehrkosten für auswärtige Verpflegung sind, da die Beschwerdeführerin gemäss eigener Aussage (Prot. I S. 5 f.) an 4 Tagen pro Woche arbeitet (anders die Darstellung ihrer Vertreterin, welche von 5 Tagen pro Woche ausgeht: act. 5/23 S. 5), mit rund 16 Arbeitstagen und Fr. 15.-- maximalen Mehrkosten pro Arbeitstag berücksichtigt, d.h. Fr. 240.-- (Richtlinien Ziff. III.3.2; act. 5/8/17).

n) Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kosten für ihr Auto werden hier offen gelassen. Hinsichtlich des Arbeitsweges von der Adresse

...-Strasse .., F._____ nach ...-Strasse .., G._____, ist der Kompetenzcharakter des Fahrzeuges eindeutig zu verneinen. Die für den Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmitteln aufgewendete Zeit ist mit 35 Minuten für einen Weg ohne weiteres zumutbar; zu den Arbeitszeiten der Beschwerdeführerin von 8 bis 17 Uhr stehen öffentliche Verkehrsmittel zur Verfügung. Es kann aber letztlich offen bleiben, ob dem Fahrzeug Kompetenzcharakter zukommt, da mit den übrigen anrechenbaren Ausgabe-Positionen die Einnahmen bereits deutlich überschritten werden und somit erstellt ist, dass der Beschwerdeführerin die zur Finanzierung des Prozesses notwendigen Mittel fehlen.

o) Die Beschwerdeführerin führte aus, dass ihre Kinder seit November 2012 an vier Nachmittagen pro Woche durch eine Tagesmutter betreut werden, die sechsjährige D._____ jeweils ab ca. 12 Uhr, die achtjährige C._____ erst später am Nachmittag (Prot. I S. 5 f.). Sie tat dar, dass sie Fr. 10.80 pro Kind und Betreuungsstunde zahle und dass monatlich rund 148 Betreuungsstunden für beide Kinder zusammen anfallen (act. 5/25/11). Die geltend gemachten Betreuungskosten von monatlich Fr. 1'734.-- (act. 5/25/11) sind damit ausreichend belegt und als einstweilige Erhöhung des Existenzminimums zu berücksichtigen (Richtlinien Ziff. III.5.3), da Kinder dieses Alters Betreuung benötigen.

p) Nachweislich bezahlte laufende Steuern und Steuerschulden sind nach neuerer Rechtsprechung und Lehre bei der Bemessung des zivilprozessualen Notbedarfs zu berücksichtigen (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 53; anders als im betriebsrechtlichen Existenzminimum: Richtlinien Ziff. VI). Der geltend gemachte Betrag von Fr. 260.-- ist belegt.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin die zur Finanzierung des Prozesses erforderlichen Mittel fehlen. Ihr Begehren erscheint auch nicht als aussichtslos. Die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin ist im Scheidungsverfahren zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, insbesondere da auch der Beschwerdegegner anwaltlich vertreten wird (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, Dispositiv Ziffer 1 der ersten Verfügung des Einzelgerichts o.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 27. Dezember 2012

aufzuheben und der Beschwerdeführerin im Scheidungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Rechtsanwältin lic. iur. X._____ ist als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Beschwerdeführerin im Scheidungsverfahren zu bestellen.

Zur Vermeidung allfälliger Unklarheiten ist hier zu erwähnen, dass die unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für die Beschwerdeführerin im Scheidungsverfahren insbesondere auch ihr – von der Vorinstanz am 27. Dezember 2012 entschiedenes – Begehren um vorsorgliche Massnahmen umfasst.

6. a) In Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden, ausser bei Böswilligkeit und Mutwilligkeit, keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt nach der Praxis der Kammer auch zweitinstanzlich (entgegen der Ansicht des Bundesgerichts: BGer 5A_405/2011, Entscheid vom 27. September 2011, E. 6; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 27, Art. 121 N 10). Die Beschwerdeführerin stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2). Dieses ist, da ihr zweitinstanzlich keine Kosten aufzuerlegen sind, in Bezug auf die Gerichtskosten gegenstandslos und daher abzuschreiben.

b) Die Beschwerde war nicht aussichtslos, die Beschwerdeführerin verfügte nicht über die erforderlichen Mittel (Art. 117 ZPO) und die Bestellung einer Rechtsbeiständin war zur Wahrung ihrer Rechte notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Entsprechend ihrem Gesuch (act. 2 S. 2) ist daher Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als Rechtsbeiständin der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren zu bestellen.

c) Dem Beschwerdegegner ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren für dieses keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der Kostenbefreiung im Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für das Beschwerdeverfahren als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Beschwerdeführerin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der ersten Verfügung des Einzelrichters o.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 27. Dezember 2012 aufgehoben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird für das Verfahren vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon bewilligt. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Klägerin bestellt.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, Einzelgericht o.V., je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Be-

schwerde 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. R. Maurer

versandt am: