

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC130016-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny.

## **Beschluss und Urteil vom 29. Oktober 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht  
Zürich, 4. Abteilung, vom 11. März 2013 (FP120116-L)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Klägerin im Hauptsachenprozess (fortan Klägerin) erhob bei der Vorinstanz am 11. Juni 2012 Klage betreffend Ergänzung, eventualiter Abänderung des ... Scheidungsurteils [des nordafrikanischen Staates C.\_\_\_\_] der Parteien. Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7/1 S. 3). Mit Eingabe vom 5. September 2012 ersuchte der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) seinerseits um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7/24). Nach einer ergebnislos verlaufenen Einigungsverhandlung vom 11. September 2012 (Prot. I S. 9ff.) sowie nach Eingang der schriftlichen Klagebegründung vom 20. November 2012 (Urk. 7/47) und der Klageantwort vom 7. Januar 2013 (Urk. 7/55) bewilligte die Vorderrichterin mit Verfügung vom 11. März 2013 das klägerische Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vollumfänglich, dasjenige des Beklagten indes nur teilweise. Es wurden ihm die Gerichtskosten erlassen und eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt, deren Kosten jedoch nur im Fr. 6'000.– übersteigenden Umfang auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 2).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 22. März 2013 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv Ziffer 2 der Verfügung vom 11. März 2013 (FP120116-L/Z09) aufzuheben und es sei dem Beklagten und Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege vollumfänglich zu bewilligen.
2. Eventualiter sei Dispositiv Ziffer 2 der Verfügung vom 11. März 2013 (FP120116-L/Z09) aufzuheben und es sei mit einem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege zuzuwarten bis ein Endentscheid der ersten Instanz ergeht.
3. Subeventualiter sei dem Beschwerdeführer und Beklagten für die Gerichtskosten ein persönlicher Selbstbehalt von CHF 1'000.– aufzuerlegen und seien die Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeiständin vollumfänglich von der Staatskasse zu übernehmen.
4. Subsubeventualiter sei der persönliche Selbstbehalt für die Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeiständin auf CHF 1'000.– festzusetzen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.; zahlbar direkt an die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers) zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Mit ihrer Beschwerdeantwort vom 16. Mai 2013 schloss die Klägerin auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 9 S. 2). Beide Parteien stellten auch für das Beschwerdeverfahren ein Armenrechtsgesuch (Urk. 1 S. 2, 9 S. 2).

## II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO). Ferner herrscht ein umfassendes Novenverbot, welches sowohl echte als auch unechte Noven beinhaltet und ebenso diejenigen Fälle umfasst, in denen die Untersuchungsmaxime gilt (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGE 5A\_405/2011, E. 4.5.3.).

2. Für die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 3).

## III.

1. Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten einen zivilprozessualen Zwangsbedarf von monatlich Fr. 3'000.– an. Darin berücksichtigt sind ein Zuschlag von 10%, nicht aber die geltend gemachten monatlichen Kreditraten von Fr. 822.–, da die Kreditschuld im März 2013 bereits abbezahlt gewesen sei (Urk. 2 S. 4 f.). Diesem Zwangsbedarf stellte sie ein durchschnittliches Monatseinkommen des Beklagten (Arbeitslosentschädigung) von rund Fr. 3'720.– netto (Urk. 7/56/6) gegenüber und ermittelte so einen monatlichen Überschuss von rund Fr. 700.– (Urk. 2 S. 6). Nachdem ein strittiges Scheidungsverfahren mit internationalem Sachverhalt vorliege, sei von einer längeren Verfahrensdauer mit überdurchschnittlichen Gerichts- und Anwaltskosten auszugehen, deren komplette Finanzierung dem Beklagten angesichts seiner finanziellen Mittel nicht in-

nerter nützlicher Frist zugemutet werden könne. Entsprechend gewährte die Vorderrichterin dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege teilweise, indem sie ihm einen Selbstbehalt von Fr. 6'000.– für die Kosten seiner rechtlichen Vertretung auferlegte, während sie die unentgeltliche Rechtsvertretung im Mehrbetrag bewilligte und den Beklagten gänzlich von den Gerichtskosten befreite (Urk. 2 S. 6).

2.1. Der Beklagte rügt mit seiner Beschwerde, die Vorinstanz gehe unzutreffend von einer bereits vollumfänglich zurückbezahlten Kreditschuld bei der D.\_\_\_\_\_ AG aus. Sie habe sich um einen Monat verrechnet. Die letzte Rate sei Ende März 2013 zu zahlen gewesen, weshalb sein Bedarf erst ab April 2013 zu kürzen sei. Überdies bestehe bei der E.\_\_\_\_\_ ein weiterer Kreditausstand, welcher zurückbezahlt werden müsse (Urk. 1 S. 3 f.).

Dem Einwand kann nicht gefolgt werden. Der Beklagte will in seinem Bedarf die Abzahlung der Kreditschuld bei der D.\_\_\_\_\_ AG im Umfang von Fr. 822.– pro Monat angerechnet wissen (Urk. 7/24 S. 3, 54 S. 34) und hat denn auch verschiedene monatlich geleistete Ratenzahlungen im entsprechenden Betrag urkundlich belegt (Urk. 7/20/5, 7/26/3). Zu Recht stellte die Vorinstanz daher den Sachverhalt dahingehend fest, dass der Beklagte die offene Kreditschuld mit monatlichen Ratenzahlungen à Fr. 822.– begleiche. Entsprechend ist ihrer Berechnung nichts entgegenzusetzen, wonach die Kreditschuld bei einer Ende Dezember 2011 verbleibenden Nettokapitalschuld von Fr. 11'334.05 (Urk. 7/20/1) bis spätestens Ende Februar 2013 abbezahlt sei (Urk. 2 S. 5). Ob der Beklagte die letzte Zahlung tatsächlich erst im März 2013 zu leisten hatte, wie nunmehr behauptet wird (Urk. 1 S. 4), ist mit Hinweis auf das umfassende Novenverbot unbeachtlich und wäre durch die neu eingereichten Urkunden auch nicht belegt (Urk. 4/3). Ebenfalls verspätet und daher nicht zu hören sind die neuen Vorbringen zu den Kreditschulden bei der E.\_\_\_\_\_ (Urk. 1 S. 4, 7/54 S. 30 ff., 4/5). Der von der Vorinstanz zugrunde gelegte prozessrechtliche Bedarf von monatlich Fr. 3'000.– (Urk. 2 S. 5 f.) ist demzufolge zutreffend. In diesen Bedarf sind denn auch keine Rückstellungen für möglicherweise dem Beklagten mit Urteil in der Hauptsache auferlegte Kinderunterhaltsbeiträge einzurechnen (Urk. 1 S. 6), fehlt es doch im Zeitpunkt des Entscheids über das Armenrechtsgesuch hinsichtlich dieser Schuld sowohl an Bestand als auch - naturgemäss - an belegter Abzahlung

(vgl. BK-Bühler, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, N 165 zu Art. 117 ZPO; Stefan Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009, S. 5). Auch in diesem Punkt greift die Rüge des Beklagten nicht.

2.2. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann seiner Auffassung, der Entscheid über das Armenrechtsgesuch sei verfrüht, da erst mit dem Endentscheid in der Hauptsache die Einkommenssituation, die Zuteilung der elterlichen Sorge und eine allfällige Pflicht des Beklagten zur Leistung rückwirkender Kinderunterhaltsbeiträge feststehe (Urk. 1 S. 8). Es entspricht herrschender Rechtsprechung, über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nach dessen Einreichung aufgrund der dazumal gegebenen Rechts- und Aktenlage vorläufig und im Voraus zu entscheiden. Dies ist denn auch mit Blick auf das verfassungsmässige Fairnessgebot angezeigt (Art. 29 Abs. 1 BV), können dem Gesuchsteller doch weitere Verfahrensschritte im hängigen Prozess erst zugemutet werden, wenn über das von ihm zu tragende Kostenrisiko Klarheit herrscht. Davon abzuweichen wäre lediglich, wenn keine weiteren Verfahrensschritte resp. Rechtsschriften des Rechtsvertreters erforderlich wären (vgl. statt vieler BGer 4A\_20/2011 vom 11.4.2011 E. 7.2.1., ZR 2010 Nr. 72 E. II), wovon vorliegend nicht auszugehen ist. Vielmehr war es mit Blick auf die zitierte Judikatur angezeigt, dass die Vorinstanz während des hängigen Verfahrens über die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege entschied.

2.3. Der Beklagte beanstandet ferner, die Vorinstanz habe ihm aktenwidrig ein zu hohes Einkommen angerechnet. Der Betrag von Fr. 3'720.90 beinhalte auch die an ihn ausbezahlten Kinderzulagen, welche nicht zur Deckung von Gerichts- und Anwaltskosten aufgewendet werden dürften und daher in Abzug zu bringen seien (Urk. 1 S. 4).

Die Rüge ist nicht stichhaltig. Während die Kinderzulage gemäss den im Recht liegenden Abrechnungen der Arbeitslosenkasse der Monate Mai 2012 bis Juli 2012 mit dem Vermerk "Abzug ..." von der Auszahlung an den Beklagten abgezogen wurde (Urk. 7/26/8), ist sie gemäss den jüngeren Abrechnungen der Monate Oktober 2012 bis Dezember 2012 vollumfänglich an ihn ausgerichtet

worden (Urk. 7/56/6). Entsprechend verfügte er im Zeitpunkt, da die Vorinstanz über sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu befinden hatte, über die Arbeitslosenentschädigung zuzüglich Zulage. Zwar sind Kinderzulagen - wie der Beklagte richtig ausführt (Urk. 1 S. 4) - zur Deckung der Kosten des Kindes bestimmt. Indes behauptet er selbst nicht, er habe die ihm ausbezahlten Zulagen jeweils an die Klägerin für die gemeinsame Tochter weitergeleitet. Es ist daher folgerichtig, die Zulagen dem Beklagten als Einkommen anzurechnen und dessen durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen (inkl. Kinderzulagen) auf Fr. 3'720.- festzusetzen (Urk. 2 S. 4).

2.4. Der Beklagte bemängelt weiter, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Taggelderleistungen der Arbeitslosenkasse an ihn demnächst eingestellt würden. Wie aus den Abrechnungen ersichtlich werde, seien die Taggelder am 7. Mai 2013 aufgebraucht, weshalb das Einkommen des Beklagten ab diesem Zeitpunkt weg falle, er danach auf Sozialhilfeleistungen angewiesen sei und ein Überschuss entsprechend entfalle (Urk. 1 S. 5).

Die Rüge ist unbegründet. Aktenkundig ist, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheides über ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von gerundet Fr. 3'720.- verfügte (Urk. 7/56/6). Wie sich sein Einkommen nach Beurteilung des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege entwickeln wird, war - wie stets bei zukünftigen Ereignissen - im Entscheidungszeitpunkt unklar. Zwar ist vorliegend aufgrund der im Recht liegenden Urkunden erstellt, dass der Beklagte per Ende Dezember 2012 308.7 Taggelder bezogen hatte und einen Restanspruch von 91.3 Taggeldern auswies (Urk. 7/56/6). Es ist daher glaubhaft, dass sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung Anfang Mai 2013, mithin knapp zwei Monate nach Ausfällung der angefochtenen Verfügung geendet hat. Indes konnte zur Zeit des angefochtenen Entscheides nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Beklagte - wie er nunmehr geltend macht (Urk. 1 S. 5) - nach Ablauf der Arbeitslosenunterstützung über keinerlei weitere Einkünfte verfügen werde. Dies hat er vor Vorinstanz auch nicht behauptet (Urk. 54 S. 35). Einer nur möglichen zukünftigen Einkommensveränderung kann daher bei der Beurteilung der Bedürftigkeit nicht Rechnung getragen werden. Dem Beklagten bleibt es jedoch unbenommen, im

Zeitpunkt des Eintritts der veränderten Verhältnisse erneut ein Armenrechtsgesuch zu stellen. Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten demzufolge zu Recht ein monatliches Durchschnittseinkommen von netto Fr. 3'720.– an, wodurch sich ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 700.– ergibt (Urk. 2 S. 4, 6).

2.5. Schliesslich wendet der Beklagte ein, der angefochtene Entscheid sei willkürlich, da die Vorinstanz den Selbstbehalt im Rahmen der teilweise bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege ohne weitere Erläuterungen auf die Rechtsbeistandskosten bezogen habe. Nach üblicher Gerichtspraxis sei bei nur teilweise gewährter unentgeltlicher Rechtspflege zunächst ein Selbstbehalt den Gerichtskosten anzurechnen und erst im diese übersteigenden Betrag den Rechtsbeistandskosten (Urk. 1 S. 9 f.).

Auch in diesem Punkt dringt der Beklagte nicht durch. Erfolgt die Befreiung von den Prozesskosten nur teilweise, kann die unentgeltliche Rechtspflege für die Gerichtskosten oder einen Teil derselben resp. nur für die Anwaltskosten oder einen Teil derselben bewilligt werden (vgl. KUKO-ZPO-Jent-Sørensen, N 12 zu Art. 118 ZPO). Ein Vorrang der einen vor den anderen Kosten besteht entgegen der Ansicht des Beklagten nicht. Vielmehr ist das Gericht in der Ausgestaltung der Teilgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege frei (vgl. Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, N 21 zu Art. 118 ZPO) und insbesondere an keine Gerichtspraxis gebunden. Gegen die Auferlegung eines Selbstbehaltes für die Kosten der rechtlichen Vertretung des Beklagten ist somit aus dogmatischer Sicht nichts einzuwenden. Der Entscheid liegt im Ermessen des Gerichts, welches von der Vorinstanz pflichtgemäss ausgeübt wurde. Worin diesbezüglich die Willkür liegen soll, erschliesst sich nicht.

3. Insgesamt erweist sich die Beschwerde demnach als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

#### IV.

1. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für

ein Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470). Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren sind in Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 auf Fr. 500.– festzulegen (§ 9 Abs. 1 und § 12 GebV OG) und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 10 ff.) ist zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen.

2. Der Klägerin als Gegenpartei im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine förmliche Parteistellung zu. Mit Blick auf die jüngste Bundesgerichtsrechtsprechung steht ihr daher mangels Parteistellung kein Entschädigungsanspruch zu, weshalb ihr für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Entsprechend hat sie auch nicht Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung (vgl. BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, E. 4.3). Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches betreffend die Befreiung von den Gerichtskosten ohnehin gegenstandslos geworden ist, ist abzuweisen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, 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 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.

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

Zürich, 29. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
mc