

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 29. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et betr. oec. FH Y. _____,

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24.08.17 (Geschäfts-Nr. FE170132) / unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 22. Januar 2019; Proz. FP180007

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich seit 5. Oktober 2018 in einem Verfahren zur Abänderung des im Scheidungsurteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 24. Oktober 2017 für die gemeinsame Tochter C._____ festgelegten Unterhaltes gegenüber. Der Kläger beantragte der Vorinstanz in prozessualer Hinsicht die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin. Zur Begründung führte er an, es sei ihm im Scheidungsurteil ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'500.00 monatlich angerechnet worden. Er sei damals arbeitslos gewesen. Nach fast zweijähriger Arbeitslosigkeit habe er sich für einen Quereinstieg in den Lehrerberuf entschieden. Aktuell verdiene er monatlich Fr. 2'435.00 (act. 1 S. 5). Dazu reichte er eine Reihe von Unterlagen ein, so Abrechnungen der Arbeitslosenkasse 2016 und 2017, Lohnabrechnungen der Monate März 2018 bis Mai 2018 sowie für das Jahr 2016 und weiteres (vgl. act. 4/4 - 15).

Die Vorinstanz führte am 10. Dezember 2018 die Einigungsverhandlung durch, welche erfolglos verlief (Prot. VI S. 4). In deren Rahmen wurde der Kläger kurz zu seiner Arbeitsstelle, seinem Einkommen, seinem Bedarf und seinen Mietkosten sowie zur Häufigkeit der Besuche der gemeinsamen Tochter befragt (Prot. VI S. 4/5). Der Kläger reichte zudem Lohnabrechnungen der Monate Juni 2018 bis November 2018 ins Recht (a.a.O.; act. 21).

Mit Verfügung vom 22. Januar 2019 wies der Vorderrichter das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Zur Begründung führte er an, Aus- und Weiterbildungskosten der unterhaltsverpflichteten Person könnten berücksichtigt werden, wenn sie auf einem gemeinsam getragenen Entscheid der Eheleute beruhten. Bei knappen finanziellen Verhältnissen habe hingegen der Kinderunterhalt Vorrang. Vorliegend bestünden enge finanzielle Verhältnisse, und eine Abrede zwischen den Parteien, wonach die Aus- und Weiterbildung auf einem gemeinsamen Entscheid basieren würde, werde nicht geltend gemacht. Das Begehren um Reduzierung der Kinderunterhaltsbeiträge erscheine daher aussichtslos (act. 6 S. 4 - 6).

2. Mit Schriftsatz datiert vom 5. Oktober 2018, Poststempel: 4. Februar 2019, erhebt der Kläger rechtzeitig Beschwerde gegen diesen Entscheid (act. 5/26 und

act. 2). Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren und ebenso für das Beschwerdeverfahren (act. 2 S. 2). Zur Begründung bringt er vor, er habe seine Klage in erster Linie mit seiner beinahe zweijährigen Arbeitslosigkeit begründet und in dieser Zeit kein einziges Stellenangebot erhalten. Die aktuelle Stelle von 60% bei der D._____ habe er kurz vor der drohenden Aussteuerung erhalten und die Möglichkeit einer Pensumserhöhung habe nie bestanden. Der Entscheid, sich an der pädagogischen Hochschule im Rahmen eines Teilzeitstudiums weiterzubilden, sei auf dringendes Anraten des RAV erfolgt, um seine wirtschaftliche Existenz zu sichern. Dabei gehe es nicht um Selbstverwirklichung. Das ihm im Scheidungsurteil angerechnete hypothetische Einkommen habe er nie erzielen können, so dass die Voraussetzungen für eine Abänderung auch aus diesem Grund erfüllt seien. Während der Ehe sei vereinbart gewesen, dass nach Abschluss des Studiums der Beklagten an der Universität Zürich auch er eine entsprechende Ausbildung in Angriff nehmen werde. Dementsprechend habe er sich noch während der Ehe für ein Studium an der KME beworben. Aus dem SMS-Kontakt vom Dezember 2018 ergebe sich, dass sich die Parteien während der Ehe darauf geeinigt gehabt hätten. Ferner sei er an der vorinstanzlichen Einigungsverhandlung nur zu seinen finanziellen Belangen befragt worden. Insofern habe die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht verletzt. Endlich seien erstinstanzliche familienrechtliche Prozesse in der Regel nicht aussichtslos (act. 2 S. 3 - 5 Rz 6 - 14).

3. Der Entscheid über die Ablehnung der beantragten unentgeltlichen Rechtspflege kann nach Art. 121 ZPO mit Beschwerde angefochten werden. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (lit. b). Die Beschwerde ist innerhalb von 10 Tagen schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

4. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Art. 117 lit. a ZPO) und ihr Rechtsbegehren

nicht aussichtslos ist (lit. b). Die Vorinstanz prüfte die zweite Voraussetzung, die Aussichtslosigkeit des klägerischen Begehrens; zu den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers äusserte sie sich nicht (act. 6 S. 4 - 6 E. 3).

4.1. Der Beschwerdeführer hat im vorinstanzlichen Verfahren seine finanziellen Verhältnisse offen gelegt. Nach seinen vorgelegten Unterlagen war er bereits im Zeitpunkt der Scheidung (24. August 2017) arbeitslos (act. 5/4/2 S. 4), und es wurde ihm für die Zeit ab Juni 2018 ein hypothetisches Einkommen angerechnet (a.a.O.). Anhand der vorgelegten Abrechnungen erhielt der Beschwerdeführer während des ganzen Jahres 2017 und in den ersten Monaten 2018 Arbeitslosenunterstützung (act. 5/4/5, 5/4/8), wobei er seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung im Mai 2018 praktisch ausgeschöpft hatte (act. 5/4/8 letztes Blatt). Daneben erzielte er in den Monaten März bis Mai 2018 für stundenweise Einsätze ein Einkommen (act. 5/4/6). Seit April 2018 ist er bei der D. _____ in ... [Ort] in einem 60% Pensum angestellt (act. 5/4/15). Die vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen machen deutlich, dass das im Scheidungsurteil für die Zeit ab Juni 2018 angenommene hypothetische Einkommen vom Beschwerdeführer nicht erzielt werden konnte und aktuell auch nicht erwirtschaftet wird bzw. nicht erreicht werden kann. Nachdem das derzeit vom Beschwerdeführer erzielte Einkommen tiefer liegt als das ihm im Scheidungsurteil zugestandene Existenzminimum (vgl. act. 5/4/2 S. 4; 5/4/2, 5/21), liegt seine Mittellosigkeit auf der Hand.

4.2. Zu prüfen bleibt somit die Frage nach der Aussichtslosigkeit des vom Beschwerdeführer gestellten Abänderungsbegehrens. In diesem hatte er ausgeführt, seine Einkommenssituation habe sich seit der Scheidung erheblich und dauerhaft verändert (act. 5/2 S. 5). Diese ist wie erwähnt belegt und besteht unabhängig vom Umstand, dass der Beschwerdeführer offenbar auf Anraten der Arbeitslosenberatungsstelle mittlerweile eine Ausbildung zum Lehrer aufgenommen hat. Der Beschwerdeführer stand Ende Mai 2018 kurz vor der Aussteuerung (act. 5/4/8), als er im April 2018 die 60% Anstellung bei D. _____ erhielt (act. 5/4/15). Dieser Umstand verhinderte offensichtlich das Abgleiten in die Sozialfürsorge. Die Vorinstanz führte zur Abweisung des gestellten Gesuches aus, der Beschwerdeführer verlange eine Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge, weil er ei-

ne Aus- und Weiterbildung absolviere (act. 6 S. 4 E. 3.2.), was nicht angehe; vielmehr habe er diese Kosten aus seinem Vermögen zu finanzieren (a.a.O. S. 6 E. 3.3.). Diese Argumentation greift allerdings zu kurz. Der Beschwerdeführer verfügt über kein Vermögen, sondern deklarierte im Jahr 2017 Schulden in Höhe von rund Fr. 19'000.00 in seiner Steuererklärung (vgl. act. 5/412). Im Scheidungsurteil wurde ihm in seinem Bedarf bis Juni 2018 ein nicht bekannter Betrag zur Schuldentilgung angerechnet (act. 5/4/2 S. 4). Nachdem es dem Beschwerdeführer während seiner beinahe zweijährigen Arbeitslosigkeit offensichtlich nicht gelungen war, eine dauerhafte Festanstellung in seinem angestammten beruflichen Umfeld zu erlangen und das im Scheidungsurteil vorweggenommene künftige Einkommen zu erzielen, und ihm die Aussteuerung und damit eine weitere finanzielle Einbusse in Form von Sozialhilfe drohte, ist die Aufnahme einer Ausbildung zur Erlangung einer beruflichen Qualifikation, die ihm angesichts des notorischen Lehrkräftemangels in Zukunft berufliche Stabilität und ein sicheres Einkommen bieten dürfte, als erwünschte Massnahme zur Existenzsicherung zu betrachten. Nicht angelastet werden kann dem Beschwerdeführer, dass er bei der D. _____ ein 60% Arbeitspensum ausfüllt, da er diese Anstellung offensichtlich kurz vor seiner Aussteuerung aus der Arbeitslosenversicherung erhalten hat (5/4/15). Nicht gefolgt werden kann dem Vorderrichter auch insoweit, als er erwog, es bestehe keine Abrede zwischen den Parteien, wonach die Aus- und Weiterbildung auf einer gemeinsamen Entscheidung basieren würde (act. 6 S. 6 E. 3.2.4.). Die Parteien sind seit August 2017 geschieden. Ob auch bei solchen Umständen ein von den ehemaligen Ehegatten gemeinsam getragener Entscheid für eine Ausbildung des arbeitslosen Ehegatten verlangt werden darf oder gar muss, muss jedenfalls anhand der konkreten Umstände beurteilt werden. Der Beschwerdeführer war bereits im Zeitpunkt der Scheidung arbeitslos und seine künftige berufliche Tätigkeit und seine Einkommensverhältnisse waren ungewiss. Es erscheint nicht zuletzt unter ökonomischen Gesichtspunkten geradezu widersinnig, eine Ausbildung für eine beruflich gut qualifizierte Tätigkeit mit in Aussicht stehender entsprechender finanzieller Existenzsicherung als unnötig zu bezeichnen und zu versagen, und eine von der Aussteuerung bedrohte Person in die Sozialhilfe zu verweisen. Selbst wenn der Beschwerdeführer kein Studium aufgenommen hätte,

müsste von einem gegenüber dem Scheidungsurteil deutlich tieferen Einkommen ausgegangen werden, zumal keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, der Beschwerdeführer habe seit der Scheidung eine gut bezahlte Anstellung aufgegeben und aus freien Stücken eine Teilzeitanstellung mit entsprechend tieferer Bezahlung angenommen.

Bei diesen Umständen kann die Aussichtslosigkeit des klägerischen Begehrens nicht bejaht werden.

4.3. Entgegen der Vorinstanz sind die Voraussetzungen zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Dem Beschwerdeführer ist für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihm Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

5. Der Beschwerdeführer beantragt auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2). Da der Beschwerdeführer obsiegt, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen; insofern ist das Gesuch gegenstandslos. Im Übrigen ist die Mittellosigkeit ausgewiesen, und da die Beschwerde begründet ist, ist das Rechtsmittel offensichtlich nicht aussichtslos. Dem Beschwerdeführer ist für das Beschwerdeverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Für ihren diesbezüglichen Aufwand ist sie mit Fr. 600.00 (inkl. 7,7% MwSt) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für das vorliegende Verfahren mit Fr. 600.00 (inkl. 7,7% MwSt) aus der Gerichtskasse entschädigt.
Der Beschwerdeführer wird auf die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO hingewiesen.

3. Im Übrigen wird das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit dem nachfolgenden Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Januar 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.
Dem Kläger wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO hingewiesen."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

4. 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 in der Hauptsache beträgt Fr. 70'000.00.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: