

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PE130004-O/U

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

## Urteil vom 25. September 2013

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 13. Juni 2013 (FO130002-M)**

## Erwägungen:

### I.

1. Über den Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) wurde am 6. Juli 2005 der Konkurs eröffnet und nach Durchführung des summarischen Konkursverfahrens am 8. September 2006 wieder geschlossen. Die gemäss Konkursverlustschein vom 7. September 2006 damals mit Fr. 64'365.25 zu Verlust gekommene Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) setzte ihre Konkursforderung erneut mit Zahlungsbefehl vom 11. Juli 2012 in Betreuung, wogegen der Kläger Rechtsvorschlag wegen mangelnden neuen Vermögens gemäss Art. 265a SchKG erhob (Urk. 4/2/1 S. 2). Mit Urteil vom 17. Dezember 2012 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon wurde der Rechtsvorschlag teilweise bewilligt. Es wurde festgestellt, dass der Kläger im Umfang von Fr. 32'796.– zu neuem Vermögen gekommen sei (Urk. 4/2/1 S. 11). Mit Eingabe vom 29. Januar 2013 (Datum Poststempel) erhob der Kläger Klage auf Bestreitung neuen Vermögens (Urk. 4/1). Mit Verfügung vom 11. Februar 2013 wurde der Kläger zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 4'174.– verpflichtet (Urk. 4/3). Innert mehrfach erstreckter Frist stellte der Kläger mit Eingabe vom 18. März 2013 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Hierbei verlangte er sowohl die Befreiung von den Gerichtskosten gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO als auch die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO (Urk. 4/8). Mit Verfügung vom 13. Juni 2013 gelangte die Vorinstanz betreffend das Kriterium der Mittellosigkeit zum Ergebnis, dass diese ausgewiesen sei. Mit Bezug auf das Kriterium der Aussichtslosigkeit hielt die Vorinstanz fest, dass die Klage lediglich im Umfang von Fr. 4'906.68 (Fr. 1'000.– [Franchise], + Fr. 559.68 [Unterstützungsleistung Schwiegermutter] + Fr. 261.00 x 12 [Steuerbelastung] + Fr. 215.00 [Rechtsschutzversicherung]) nicht aussichtslos erscheine. Entsprechend hiess sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung lediglich im genannten Betrag gut und wies es im

Übrigen ab. Gleichzeitig wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'548.– angesetzt (Urk. 2).

2. Hiergegen erhob der Kläger am 1. Juli 2013 fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 1):

"Die Verfügung vom 13. Juni 2013 sei in Abänderung von Ziff. 1 insoweit aufzuheben, als sie das Gesuch des Beschwerdeführers vom 18. März 2013 um unentgeltliche Prozessführung abweist, und sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung sei vollständig gutzuheissen. Dementsprechend sei Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben.

Der Beschwerdeführer stellt zudem das prozessuale Gesuch, es sei die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Beschwerdeverfahrens aufzuschieben und es sei ihm auch für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdegegners."

3. Auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Aufschub der Vollstreckbarkeit wurde mit Verfügung vom 15. Juli 2013 nicht eingetreten (Urk. 5). Die einverlangte Vollmacht wurde vom Beschwerdeführer fristgerecht nachgereicht (Urk. 6-8). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (Urk. 10).

## II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO). Ferner herrscht ein umfassendes Novenverbot, welches 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; BGE 5A\_405/2011, E. 4.5.3.).

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

## 2. Mittellosigkeit

Die Vorinstanz bejahte die Mittellosigkeit des Klägers, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen.

## 3. Fehlende Aussichtslosigkeit

3.1. Die Vorinstanz gelangte wie erwähnt zum Ergebnis, dass das Begehren des Klägers lediglich im Umfang von Fr. 4'906.68 nicht aussichtslos erscheine, weshalb sie nur in diesem Umfang das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, d.h. Befreiung von Gerichtskosten und Vorschusspflichten, gutgeheissen hat (Urk. 2 S. 7).

3.2. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen, weil er sie einstweilen nichts kostet (BGE 129 I 129; BGE 124 I 304, 306; BGE 122 I 267, E. 2.b m.w.H.; BGE 119 IA 251; Botschaft ZPO, S. 7302). Bei der Prüfung der Aussichtslosigkeit sind die Prozesschancen des Klägers in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 13 zu Art. 117 ZPO). Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht zum Ergebnis gelangt ist, dass die Klage auf

Bestreitung neuen Vermögens, welches auf Fr. 32'796.– beziffert wurde, lediglich im Umfang von Fr. 4'906.68 nicht aussichtslos erscheint.

3.3. Ob der Kläger zu neuem Vermögen gekommen ist, beurteilt sich aufgrund seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse. Als neues Vermögen gilt nur das Nettovermögen eines Schuldners, d.h. der Überschuss der nach Beendigung des Konkurses erworbenen Aktiven über die neuen Schulden (BGE 109 III 94; 99 Ia 19). Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann nicht nur ein Überschuss der Aktiven über die Passiven neues Vermögen darstellen, sondern auch der Arbeitsverdienst. Dieser gilt als neues Vermögen, wenn er das zur Führung eines standesgemässen Lebens Notwendige übersteigt und es dem Schuldner ermöglicht, Ersparnisse zu bilden. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach den Einkommens- und Bedarfsverhältnissen des Schuldners im Jahr vor Anhebung der neuen Betreuung (BGE 99 Ia 19 f.). Zur Feststellung, ob der Kläger aus seinem Verdienst hätte Vermögen bilden können, ist demnach das Einkommen sowie der Bedarf des Klägers im Zeitraum vom 12. Juli 2011 bis 11. Juli 2012 gegenüberzustellen.

Im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens wurde das Einkommen des Klägers auf Fr. 11'087.– und der Bedarf auf Fr. 8'354.– festgesetzt. Entsprechend resultierte ein Überschuss von Fr. 2'733.–, weshalb festgestellt wurde, dass der Kläger im Umfang von Fr. 32'796.– zu neuem Vermögen gekommen sei (Urk. 2/1).

#### 3.4. Bedarf Kläger

Der Kläger kritisiert die (teilweise) Nichtberücksichtigung von folgenden Positionen in seinem Bedarf:

- a) Auslagen für die berufliche Tätigkeit der Ehefrau des Klägers

Der Kläger moniert, dass die Vorinstanz hinsichtlich der von ihm im Rahmen seines Bedarfs geltend gemachten Auslagen für die berufliche Tätigkeit seiner Ehefrau auf die rechtliche Einschätzung des Summarrichters im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens

abgestellt habe. Dabei verkenne die Vorinstanz, dass sie in keiner Weise an die rechtliche Würdigung des Summarrichters gebunden sei (Urk. 1 S. 4).

Zwar ist es zutreffend, dass die Vorinstanz nicht an die Rechtsauffassung des Summarrichters gebunden ist. Wenn sie allerdings die gleiche vorläufige rechtliche Einschätzung vertritt, ist nicht zu beanstanden, dass sie auf die Begründung im Urteil vom 17. Dezember 2012 verweist.

Im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens blieben die berufsbezogenen Aufwendungen der Ehefrau des Klägers in dessen Bedarf unberücksichtigt, weil die Aufwendungen der Ehefrau ihre Einkünfte überstiegen haben. Der nicht berufsbezogene Bedarf der Ehefrau wurde vollumfänglich in die Bedarfsberechnung des Klägers miteinbezogen. Grundsätzlich ist es zwar denkbar, dass berufsbezogene Aufwendungen des Ehegatten in gewissem Umfang in der Bedarfsberechnung des Klägers berücksichtigt werden. Aus der Steuererklärung 2011 ergibt sich, dass den Einnahmen der Ehefrau von Fr. 8'250.– aus ihrer Tätigkeit als Opernsängerin Aufwendungen von Fr. 47'134.– gegenübergestellt sind (Urk. 4/9/9). Da die Einnahmen in keinem Verhältnis zu den Aufwendungen stehen, stellt die Tätigkeit der Ehefrau des Klägers keine Erwerbstätigkeit im eigentlichen Sinn dar. Entsprechend rechtfertigt es sich nicht, die Aufwendungen der Ehefrau im Bedarf des Klägers zu berücksichtigen. Das Begehren ist daher mit Bezug auf die Berücksichtigung der Auslagen aus der beruflichen Tätigkeit der Ehefrau im Bedarf des Klägers als aussichtslos anzusehen.

b) Abzahlung Ausbildungsdarlehen (Bafög) und ... Credit

Weiter will der Kläger in der Bedarfsberechnung die behaupteten monatlichen Abzahlungen betreffend das zinslose Ausbildungsdarlehen aus BAföG (Bundesausbildungsförderungsgesetz) sowie hinsichtlich des ... Credits berücksichtigt wissen, welche er auf monatlich Fr. 930.– beziffert (Urk. 4/1 S. 7).

Diesbezüglich erwog die Vorinstanz, dass sich aus den Akten die effektive Abzahlung im streitbetroffenen Zeitraum nicht ergebe. Die Beweiskraft der als

Beweismittel anerbatenen Zeugenbefragung seiner Ehegattin zu einem Umstand, welcher durch Urkunden (beispielsweise Post-, oder Bankbelege) belegt werden könnte, erscheine mehr als fraglich. Das anerbatenene Beweismittel sei deshalb als ungeeignet anzusehen. Aufgrund der jetzigen Aktenlage und der anerbatenenen Beweismittel sei von der Aussichtslosigkeit des Begehrens auszugehen (Urk. 2 S. 8).

Der Kläger moniert, dass die Vorinstanz der Zeugenaussage jeglichen Beweiswert abspreche. Sie stelle sich damit in Widerspruch zur Zivilprozessordnung, die das Zeugnis ausdrücklich als eigenständiges zulässiges Beweismittel nenne. Indem die Vorinstanz verlange, dass Urkunden als Beweismittel angeboten werden, scheine sie von einer Hierarchie der Beweismittel im ordentlichen Verfahren auszugehen (Urk. 1 S. 6).

Der Rechtsgrund der Aussichtslosigkeit kann prozess-, verfahrens- oder materiellrechtlicher oder aber tatsächlicher Natur sein. Tatsächliche Aussichtslosigkeit kann gegeben sein, weil die behaupteten Tatsachen für den geltend gemachten Anspruch unerheblich sind oder die zu ihrem Nachweis angerufenen Beweismittel unerheblich, untauglich oder ungeeignet sind. Die unentgeltliche Rechtspflege ist dem Gesuchsteller aber auch bei erheblichen Zweifeln, dass er sich auf einen anspruchsbegründenden, -hindernden oder -vernichtenden Sachverhalt beruft und diesen auch nachweisen könnte, zu gewähren. Nur wenn es schon im Anfangsstadium des Verfahrens geradezu ausgeschlossen erscheint, dass überhaupt ein rechtserheblicher und beweisbarer Sachverhalt vorliegt, darf tatsächliche Aussichtslosigkeit bejaht werden. Tatsächliche Unsicherheiten und Zweifel beweisrechtlicher Art können jedenfalls dort, wo beide Parteien Beweismittel benennen oder vorlegen, nur durch ein vollständiges Beweisverfahren behoben werden. Sie wirken sich deshalb zugunsten der gesuchstellenden Partei aus (Bühler, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 233a und 246 zu Art. 117 ZPO). Im erstinstanzlichen Verfahren darf Unerheblichkeit oder Untauglichkeit der offerierten Beweismittel nur mit Zurückhaltung bejaht und die Beweiswürdigung

des Sachrichters nicht vorweggenommen werden. Im Zweifel ist die Zulässigkeit oder Erheblichkeit eines Beweismittels anzunehmen (Bühler, a.a.O., N. 247 zu Art. 117 ZPO; BGE 88 I 45).

Es ist zutreffend, dass der Summarrichter die behaupteten Schuldpositionen nicht berücksichtigt hat. In jenem Verfahren war jedoch nur der Urkundenbeweis zulässig. Das Verfahren betreffend Klage auf Bestreitung neuen Vermögens stellt demgegenüber ein ordentliches Verfahren ohne Beweismittelbeschränkung dar. Entsprechend können gestützt auf die Erkenntnisse des Verfahrens betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens keine Schlüsse hinsichtlich der tatsächlichen Aussichtslosigkeit gezogen werden. Ohnehin kann die offerierte Zeugenbefragung zu einem Umstand, welcher auch mittels Urkunden bewiesen werden könnte, nicht per se als ungeeignetes Beweismittel angesehen werden. Bloss weil eine behauptete Tatsache mittels Urkunden bewiesen werden könnte, kann noch nicht gesagt werden, dass ein anderes Beweismittel weniger geeignet ist. Indem die Vorinstanz die Beweiskraft der vom Kläger offerierten Zeugenbefragung seiner Ehefrau als fraglich eingestuft hat, hat sie eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Aufgrund der jetzigen Aktenlage darf man nicht zum vorläufigen Schluss gelangen, dass der Beweis der vom Kläger behaupteten Rückzahlungen durch die angebotenen Beweismittel von vornherein unmöglich ist. Nachdem sich tatsächliche Unsicherheiten und Zweifel beweisrechtlicher Art zugunsten der gesuchstellenden Partei auswirken, erscheint das Begehren in diesem Punkt aufgrund der jetzigen Aktenlage nicht als aussichtslos.

c) Unterstützungsleistungen an die Schwiegermutter

Hinsichtlich der behaupteten Unterstützungsleistungen an die Schwiegermutter qualifizierte die Vorinstanz das Begehren lediglich in der Höhe des durch Urkunden ausgewiesenen Betrags von insgesamt Fr. 559.68 als nicht aussichtslos. Wiederum erachtete sie die Beweiskraft der offerierten Zeugenbefragung der Schwiegermutter und der Ehefrau des Klägers als fraglich (Urk. 2 S. 4).

Der Kläger beanstandet auch hier zu Recht, dass die Vorinstanz eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen habe (Urk. 1 S. 4). Da im Zweifel die Erheblichkeit eines Beweismittels anzunehmen ist, ist das Begehren des Klägers hinsichtlich der behaupteten Unterstützungsleistungen von monatlich Fr. 219.– pro Monat vollumfänglich als nicht aussichtslos anzusehen.

d) Mobilitätskosten

Die Vorinstanz erachtete das Begehren hinsichtlich der Berücksichtigung von zusätzlichen Fahrzeugkosten in der Höhe von Fr. 300.– als aussichtslos. Im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens wurden Mobilitätskosten von Fr. 300.– pro Monat berücksichtigt. Die Vorinstanz ging davon aus, dass es sich bei der Erhöhung der Position "Mobilitätskosten" um Fahrzeugkosten der Ehefrau des Klägers handle (Urk. 2 S. 4).

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass ihm die zusätzlich geltend gemachten Autokosten daraus erwachsen würden, dass er seine als Opernsängerin tätige Ehefrau an die Aufführungsorte im näheren Ausland mit dem Auto hinbringe (Urk.1 S. 5). Der Kläger hat damit implizit anerkannt, dass es sich bei den zusätzlich geltend gemachten Mobilitätskosten um Berufsauslagen der Ehefrau handelt. Die berufsbedingten Auslagen der Ehefrau müssen im Bedarf des Klägers jedoch – wie erwähnt – unberücksichtigt bleiben. Entsprechend ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach das Begehren hinsichtlich der Berücksichtigung weiterer Automobilkosten aufgrund der jetzigen Aktenlage aussichtslos erscheine, nicht zu beanstanden.

e) Kosten der Rechtsschutzversicherung

Nach Ansicht der Vorinstanz erscheint das Begehren um Berücksichtigung der geltend gemachten Kosten für eine Rechtsschutzversicherung lediglich im Umfang der für den relevanten Zeitraum durch Urkunden ausgewiesenen Betrag von Fr. 215.– nicht aussichtslos (Urk. 2 S. 4).

Der Kläger bemängelt die nur eingeschränkte Bejahung der fehlenden Aussichtslosigkeit und macht erneut eine antizipierte Beweiswürdigung der Vorinstanz geltend (Urk. 1 S. 6).

Indem die Vorinstanz das Begehren lediglich hinsichtlich des ausgewiesenen Betrags als nicht aussichtslos beurteilt hat, hat sie in antizipierter Beweiswürdigung die zusätzlich anerbote Zeugenbefragung der Ehefrau des Klägers als untaugliches Beweismittel qualifiziert, was nach dem vorstehend Ausgeführten unzulässig ist. Da im jetzigen Verfahrensstadium nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Kläger einerseits die behaupteten Kosten für die Rechtchutzversicherung beweisen kann und dass andererseits diese Kosten in seinem Bedarf zu berücksichtigen sind, erscheint das Begehren hinsichtlich des gesamthaft geltend gemachten Betrags von Fr. 414.– nicht aussichtslos.

f) Zahnbehandlungskosten und Selbstbehalt Heilungskosten

Die Vorinstanz erachtete auch das Begehren um Berücksichtigung der Zahnbehandlungskosten sowie des Selbstbehalts der Krankenheilungskosten des Klägers und dessen Ehefrau von monatlich Fr. 602.20 als nicht aussichtsreich, da aus den Unterlagen einerseits eine Tilgung der geltend gemachten Kosten nicht ersichtlich sei und da andererseits aus den Unterlagen nicht hervorgehe, dass die besagten Heilungskosten nicht von der Krankenkasse übernommen worden seien. Ausserdem sei wiederum fraglich, inwieweit dem anerbote Zeugenbeweis sowie der Parteibefragung Gewicht zukomme, da bezüglich der Tilgung besagter Kosten durch den Kläger der Urkundenbeweis möglich sei (Urk. 2 S. 5).

Der Kläger beanstandet erneut, dass die Vorinstanz aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung zu Unrecht von der Aussichtslosigkeit seines Begehrens ausgegangen sei (Urk. 1 S. 6).

Es ist zwar zutreffend, dass die Tilgung zum jetzigen Zeitpunkt nicht bewiesen ist. Auf den jeweiligen Rechnungen ist handschriftlich das Datum der

behaupteten Rechnungsbegleichung vermerkt. Ob die Tilgung der Kosten überhaupt bestritten wird, steht zum jetzigen Zeitpunkt nicht fest, da die Beklagte ihre Klageantwort noch nicht erstattet hat. Ebenfalls zutreffend ist, dass sich die Höhe des Selbstbehalts aus den Belegen nicht bestimmen lässt. Zu diesem Zweck hat der Kläger jedoch die Zeugenbefragung bzw. Parteibefragung offeriert, welche, wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, nicht von vornherein als untaugliches Beweismittel qualifiziert werden darf. Nach dem Gesagten erscheint das Begehren hinsichtlich der Berücksichtigung der Zahnarzt- und Selbstbehaltskosten zum jetzigen Zeitpunkt nicht als aussichtslos.

g) Vorsorgebildung Säule 3a

Die Vorinstanz bewertete das Begehren um Berücksichtigung dieser Position im Bedarf des Klägers als aussichtslos, da der Kläger weder einen Beleg über die Eröffnung eines Säule 3a-Kontos noch über die monatlichen Einzahlungen offeriert habe. Erneut begründete sie dies damit, dass der angebotene Zeugenbeweis und die Parteibefragung als nicht beweiskräftig anzusehen seien (Urk. 2 S. 6).

Aus der vom Kläger eingereichten Steuererklärung 2011 geht hervor, dass der Kläger im Jahre 2011 Fr. 1'200.– in die Säule 3a einbezahlt hat (Urk. 4/9/9 S. 3). Entsprechend ist es nicht zutreffend, dass das Begehren um Berücksichtigung dieser Position aktuell als aussichtslos zu qualifizieren ist.

### 3.5. Einkommen Kläger

a) Die Vorinstanz ging von einem Einkommen des Klägers von Fr. 11'087.– aus. Sie hat ausgeführt, dass der Kläger nicht dargelegt habe, weshalb der 13. Monatslohn, die Tätigkeit für die Oberstufenschule der Schulgemeinde D.\_\_\_\_\_ sowie die Nebentätigkeit für die E.\_\_\_\_\_ GmbH bei der Einkommensberechnung nicht zu berücksichtigen seien.

b) Im vorliegenden Beschwerdeverfahren bringt der Kläger vor, dass es sich bei der Nebentätigkeit für die E.\_\_\_\_\_ GmbH um ausserordentliche

Einkünfte, welche gerade in der Bemessungsperiode von Juli 2011 bis Juli 2012 ausserordentlich stark angefallen seien, handle. Seit Herbst 2012 habe er sein Pensum auf 80% reduziert und auch die Einsätze bei den E.\_\_\_\_\_ aufgegeben. Der Kläger bringt weiter vor, dass die Praxis, wonach lediglich Einkünfte, welche in den letzten zwölf Monaten vor Erhebung der Betreibung erzielt worden seien und hätten angespart werden können, bei der Berücksichtigung des hypothetischen Vermögens zu berücksichtigen seien, auf Kritik stosse. Die Jahresfrist sei irrelevant. Der Sinn des Gesetzes sei es, zu ermitteln, was der Schuldner seit Abschluss des Konkurses hätte zurücklegen können. Deshalb sei die Auffassung, wonach ausserordentliche Einkünfte nicht oder nicht gänzlich zu berücksichtigen seien, nicht geradezu aussichtslos (Urk. 1 S. 7).

c) Mit Bezug auf entscheidrelevante Rechtsfragen gilt, dass je schwieriger und umstrittener diese sind, umso eher genügende Gewinnaussichten zu bejahen sind oder umgekehrt umso weniger im Rahmen einer summarischen und vorläufigen Beurteilung der Prozessaussichten zu Beginn des Prozesses zu Ungunsten des Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden darf. Das Gericht hat lediglich zu prüfen, ob der vom Mittellosen verfolgte Rechtsstandpunkt im Rahmen des sachlich Vertretbaren liegt bzw. nicht von vornherein unbegründet erscheint (Bühler, a.a.O., N 254 zu Art. 117 ZPO; BGE 119 III 113 E. 3a S. 115; BGer 4A\_225/2011 vom 4. Juli 2011 E. 1.2.3).

d) Es ist zwar zutreffend, dass ein Teil der Lehre die Praxis, wonach bei der Ermittlung des hypothetischen Vermögens lediglich die Jahresfrist vor Erhebung der Betreibung massgebend sei, als nicht sachgerecht empfindet und die Meinung vertritt, bei der Festlegung des neuen Vermögens sollte der Richter feststellen, was der Schuldner seit Abschluss des Konkurses hätte zurücklegen können. Ob diese Periode mehr oder weniger als ein Jahr dauere, sei irrelevant (BSK SchKG II-Huber, 2. Aufl., Basel 2010, N 18 zu Art. 265 SchKG). Inwiefern aus dieser Rechtsauffassung abgeleitet werden könne, dass ausserordentliche Einkünfte bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen seien, ist nicht nachvollziehbar. Der Kläger verkennt weiter, dass es sich bei der

Beurteilung, ob neues Vermögen aus Einkommen hätte gebildet werden können, um eine vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise handelt, weshalb eine allfällige aktuelle Verschlechterung des Einkommens nicht zu beachten ist, unabhängig davon, wie lange die Bemessungsperiode für die Feststellung des neuen Vermögens zu bemessen ist. Insofern erscheint der vom Kläger vertretene Rechtsstandpunkt von vornherein unbegründet.

Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz zutreffend zum Schluss gelangt, dass das Begehren, beim Kläger lediglich von einem Einkommen in der Höhe von Fr. 8'956.45 auszugehen, als aussichtslos einzustufen sei.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Begehren im Umfang von Fr. 29'626.– (Fr. 930.– x 12 [Abzahlung Bafög und ... Credit] + Fr. 83.33.– x 12 [Franchise] + Fr. 219.– x 12 [Unterstützungsleistungen Schwiegermutter] + Fr. 34.50 x 12 [Kosten für die Rechtsschutzversicherung] + Fr. 261.– x 12 [Steuerbelastung] + Fr. 841.– x 12 [Zahnbehandlungskosten sowie Selbstbehalt Krankenheilungskosten Kläger und Ehegattin] + Fr. 100.– x 12 [Vorsorgebildung Säule 3a]) nicht aussichtslos erscheint. Im Verfahren betreffend Bewilligung des Rechtsvorschlags wegen fehlenden neuen Vermögens wurde das neue Vermögen auf Fr. 32'796.– festgesetzt. Gestützt darauf ergibt sich, dass die Klage im Umfang von 9/10 nicht aussichtslos erscheint.

5. Da die Klage grossmehrheitlich nicht aussichtslos erscheint, ist das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vollumfänglich gutzuheissen. Entsprechend darf dem Kläger kein Prozesskostenvorschuss auferlegt werden. Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist deshalb aufzuheben.

### III.

1. Der Kläger obsiegt im Beschwerdeverfahren vollumfänglich. Der Beklagten kommt im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege des Klägers keine Parteistellung zu. Folglich können ihr hierfür auch keine Kosten –

weder Gerichtskosten noch Parteientschädigung – auferlegt werden (BGer 4A\_237/2013 vom 8. Juli 2013 E. 4.2.; BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013 E. 3.2.). Zudem hat sie sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt und hat sich somit vom Verfahren distanziert. Die Kosten sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für eine durch den Kanton zu entrichtende Parteientschädigung fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 26 zu Art. 107 ZPO).

2. Der Kläger stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Da der Kläger im vorliegenden Verfahren nicht entschädigungspflichtig wird, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Es bleibt damit noch über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu entscheiden. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist.

3. Die Mittellosigkeit des Klägers steht ausser Frage. Mit Bezug auf die Aussichtslosigkeit ergibt sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen, dass die Beschwerde genügend Aussicht auf Erfolg hatte. Ferner war der Kläger als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsverbeiständung angewiesen. Dem Kläger ist deshalb für das Beschwerdeverfahren die von ihm beantragte Rechtsvertretung beizugeben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2. Dem Kläger wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Fürsprecher lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und sodann erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der vorgenannten Verfügung aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Dem Kläger wird die unentgeltliche Prozessführung gewährt."

2. Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 13. Juni 2013 wird aufgehoben.
3. Die Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.  
Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers wird nach Eingang der Honorarnote mit separatem Beschluss entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Dietikon, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'796.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. September 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:  
mc