

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE120002-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Urteil vom 10. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2011 (EE110126)**

Erwägungen:

I. **(Prozessgeschichte)**

1. Am 14. Oktober 2011 machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) am Bezirksgericht Uster, Einzelrichter im summarischen Verfahren, ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Nach Durchführung der Hauptverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen am 6. Dezember 2011 (Prot. I S. 3 ff.) regelte die Vorinstanz mit (zunächst unbegründetem) Urteil vom 7. Dezember 2011 das Getrenntleben der Parteien (Urk. 20 S. 2 ff.). Mit (zunächst unbegründeter) Verfügung vom gleichen Tag wies sie den Antrag der Klägerin auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) sowie deren Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung ab (Urk. 20 S. 2). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2011 verlangte die Klägerin vor Vorinstanz rechtzeitig (vgl. Urk. 21) sowohl bezüglich der Verfügung als auch des Urteils eine Begründung (Urk. 22), welche sie am 12. März 2012 in Empfang nehmen konnte (Urk. 23, 24).

2. Dagegen erhob sie mit Eingabe vom 21. März 2012, zur Post gegeben am 22. März 2012, rechtzeitig Berufung (vgl. LE120021) und Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 25 S. 2, 37).

"Ziff. 3 der Verfügung des Eheschutzrichters am Bezirksgericht Uster vom 7.12.2011 (Abweisung des Gesuchs der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung) sei aufzuheben. Es sei der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu gewähren."

In prozessualer Hinsicht liess die Klägerin sodann um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung auch im obergerichtlichen Beschwerdeverfahren ersuchen (Urk. 25 S. 4). Mit Verfügung vom 3. Mai 2012 wurde der Klägerin eine kurze Nachfrist anberaumt, um dem Gericht je ein Doppel

ihrer Beschwerdeschrift vom 21. März 2012 samt Beilagenverzeichnis und ihrer Beilagen einzureichen (Urk. 29). Dieser Aufforderung kam die Klägerin fristgerecht nach. Gemäss Verfügung vom 23. August 2012 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Beschwerde und das Armenrechtsgesuch der Klägerin im Beschwerdeverfahren zu beantworten (Urk. 30). Mit Zuschrift vom 6. September 2012 erstattete der Beklagte rechtzeitig seine Beschwerdeantwort, worin er auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin antragen liess, und bezog Stellung zum klägerischen Armenrechtsgesuch. Zudem stellte er seinerseits ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung im Beschwerdeverfahren (Urk. 31). Am 12. September 2012 erreichte die Kammer eine weitere Eingabe der Klägerin vom 11. September 2012, worin sie zur seitens des Beklagten behaupteten Aussichtslosigkeit ihrer Berufung Stellung bezog (Urk. 34; Urk. 35/1-2). Diese Eingabe wurde der Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 34). Die Präsidialverfügung vom 1. Oktober 2012 (betreffend Stellungnahme des Beklagten zum vermeintlichen Armenrechtsgesuch der Klägerin in der Beschwerdeantwort) erfolgte irrtümlich. Die Klägerin hatte sodann hinreichend Gelegenheit um zum beklagti-schen Armenrechtsgesuch für das Beschwerdeverfahren Stellung zu nehmen. Eine diesbezügliche Fristansetzung erübrigt sich. Die Anhörung der Gegenseite ist im Übrigen ohnehin eine Kann-Vorschrift (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

Am 4. Oktober 2012 erfolgte ein Referentenwechsel.

II. (Erwägungen)

1. a) Die erste Instanz wies zunächst den klägerischen Antrag auf Zusprenkung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten mangels dessen Leistungsfähigkeit ab (Urk. 26 S. 32, 36 Dispositivziffer 2). Solches wird von der Klägerin im Beschwerdeverfahren zu Recht nicht kritisiert (Urk. 25 S. 38).

b) Mangels Mittellosigkeit wies der Vorderrichter indessen auch das klägerische Armenrechtsgesuch ab (Urk. 26 S. 33 ff.). Er erwog, die Klägerin sei

zwar mit ihrem momentanen Einkommen nicht in der Lage, ihr Existenzminimum zu decken. Es sei aber zu prüfen, ob bei Anhängigmachung des Eheschutzverfahrens bzw. bei Stellung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, also am 13. Oktober 2011, ausreichend liquide Mittel zur Bestreitung der Gerichts- und Anwaltskosten vorhanden gewesen seien. Gemäss Kontoauszug der Bank ... per 31. August 2011 (Urk. 19/12) habe das klägerische Konto damals einen Saldo von Fr. 15'309.70 aufgewiesen. Die der Klägerin im Juli 2011 nachbezahlten Kinderzulagen von insgesamt Fr. 2'800.– (Urk. 6/9) seien nicht von diesem Vermögen der Klägerin abzuziehen, weil sich ihr Vermögen von Januar bis Juni 2011 jeweils um die Kinderzulagen verringert habe bzw. sie die Kinderkosten, für welche normalerweise die Kinderzulagen gebraucht würden, selbst habe tragen müssen. Laut Umsatzanzeige der Bank ... vom 30. September 2011 (Urk. 6/12) habe die Klägerin nur noch über ein Vermögen von Fr. 6'024.75 verfügt. Es sei unklar, wohin innerhalb eines Monats über Fr. 9'000.– geflossen seien. Die Klägerin habe lediglich pauschal vorbringen lassen, dass sie das verbleibende Guthaben dem Sozialamt habe übertragen müssen (Prot. I S. 15). Ob es sich dabei um diese Differenz von über Fr. 9'000.– oder um die restlichen Fr. 6'024.75 gehandelt haben solle, ergebe sich aus den klägerischen Ausführungen nicht. Insgesamt sei daher nicht glaubhaft gemacht, dass sich das Vermögen der Klägerin innerhalb eines Monats effektiv um über Fr. 9'000.– vermindert habe. Die Behauptung der Klägerin, sie werde von der Sozialhilfe unterstützt, sei nicht belegt worden. Es seien keine Belege eingereicht worden, die Hinweise darauf hätten liefern können. Es sei einzig ausgeführt worden, die Klägerin habe am 23. September 2011 ein Gesuch um Kostengutsprache eingereicht und dass in F._____ ihre Situation aufgrund des Wohnortswechsels neu beurteilt werden müsse, weshalb keine Unterlagen betreffend den Sozialhilfebezug eingereicht werden könnten (Prot. I S. 28). Folglich sei von einem Vermögen der Klägerin von Fr. 15'309.70 auszugehen, wovon ein Notgroschen für die Deckung des laufenden Lebensunterhalts und zukünftigen Notsituation in Abzug zu bringen sei. Bei der Klägerin handle es sich um eine knapp 29-jährige, gesunde Person, welche über Berufserfahrung verfüge, am Arbeitsplatz geschätzt und gut integriert sei. Es sei daher davon auszugehen, dass sie sich nicht lange in der momentanen Notsituation befinden wer-

de und auch in Zukunft keine besonders hohen Rücklagen benötige. Überdies sei bei knappen Verhältnissen auch der Vermögensfreibetrag eher in einem engeren Rahmen festzusetzen. Der Klägerin sei daher ein Notgroschen von Fr. 10'000.– zuzugestehen. Mit dem verbleibenden Vermögen von Fr. 5'309.70 vermöge die Klägerin die Gerichts- und Anwaltskosten des vorliegenden Verfahrens selbst zu tragen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Klägerin bei Einreichen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege auch nach Abzug eines angemessenen Notgroschens über ausreichend Vermögen verfüge, um selbst für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen. Die Klägerin sei folglich nicht mittellos.

2. a) Die Klägerin rügt mit ihrer Beschwerde, die Vorinstanz sei von einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt ausgegangen. Leider habe sie anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung noch nicht über detaillierte Belege über die Einnahmen und Ausgaben, welche über das fragliche Konto liefen, verfügt. Allerdings hätten bereits Bestätigungen bei den Akten gelegen, aus welchen hervorgegangen sei, welche Kosten das Frauenhaus verursacht habe. Diese Kosten seien der Klägerin im Dezember 2012 (recte wohl: 2011) noch nicht in Rechnung gestellt worden. Hätte sie damals aber noch über ein Guthaben von etwas mehr als Fr. 5'000.–, nebst einem Notgroschen von Fr. 10'000.–, verfügt, hätte dieses das Sozialamt nach ihrem Austritt aus dem Frauenhaus für sich beansprucht. Das Sozialamt übernehme die Frauenhauskosten nicht, wenn die fragliche Frau über ein gewisses Vermögen verfüge. Dies sollte gerichtsnotorisch sein. Per August 2011 habe ihr Konto nur deshalb etwas mehr als Fr. 15'000.– betragen, weil die Klägerin vorgängig erhebliche Nachzahlungen für die Kinderzulagen erhalten habe. Sie habe auf Empfehlung des Frauenhauses je Fr. 2'500.– auf zwei Kinderkonten überwiesen. Zudem habe sie mit ihrem Guthaben auch noch gemeinsame Auslagen tätigen müssen. Im Sommer/Herbst 2011, als der Beklagte nicht über ein Einkommen verfügt habe, habe man vom Lohn der Klägerin gelebt. So habe noch eine Rechnung der Spielgruppe über Fr. 1'000.– bezahlt werden müssen. Sodann habe die Klägerin für sich und die Kinder während des Aufenthalts im Frauenhaus ebenfalls Geldbeträge gebraucht. Sie habe deshalb am 7. Dezember 2011 total nur noch über etwas mehr als Fr. 5'000.– verfügt. Dabei handle es sich um einen Notgroschen, von dem nicht nur das Frauenhaus, sondern auch die So-

zialämter von C._____ und D._____ gewusst hätten. Bei beiden Sozialämtern habe die Klägerin im Detail über die Auszahlungen auf ihrem Konto Rechenschaft ablegen müssen. Sie sei trotz des vorhandenen Restbetrages von den Sozialämtern unterstützt worden. Es könne von ihr nicht verlangt werden, dass sie die Geldbeträge von je Fr. 2'500.–, welche sie auf den Kinderkonten deponiert habe, für ihre Gerichts- und Anwaltskosten verwende. Davon gehe auch die Vorinstanz nicht aus, welche ihr für das erstinstanzliche Verfahren daher die unentgeltliche Rechtspflege hätte bewilligen sollen. Heute reiche sie zum Thema unentgeltliche Rechtspflege neue Beweismittel zu den Akten, welche lückenlos belegten, dass sie bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Verfahrens bedürftig gewesen sei. Einem Guthaben von etwas mehr als Fr. 5'000.– der Klägerin und je Fr. 2'500.– der Kinder hätten Schulden beim Sozialamt von etwas mehr als Fr. 9'000.– gegenüber gestanden. Sie gehe davon aus, dass neue Beweismittel in diesem von der Untersuchungsmaxime und dem Officialgrundsatz beherrschten Verfahren zulässig seien (Urk. 25 S. 38 f.).

b) Der Beklagte meint, er habe schon im Rahmen der erstinstanzlichen Klageantwort darauf hingewiesen, dass die Klägerin Ende August auf ihrem Privatkonto über ein Guthaben von Fr. 15'309.70 verfügt habe. Zudem habe sie ohne Not ihr Einkommen von zirka Fr. 3'500.– monatlich vor dem Verfahren im Hinblick auf das Verfahren erheblich auf rund Fr. 1'500.– reduziert. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass sie bei diesem Vermögen und erzielbaren Einkommen keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege habe. Sämtliche neuen Vorbringen, wie die geltend gemachten Zahlungen würden bestritten und seien mit Blick auf Art. 326 Abs. 1 ZPO aus dem Recht zu weisen (Urk. 31 S. 1).

c) Mit der Beschwerde können geltend gemacht werden unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 ZPO).

Soweit die Klägerin nunmehr im Beschwerdeverfahren nachträglich neu substantiieren und belegen will, dass sie im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens anfangs Dezember 2011 nicht mehr über ein Guthaben von rund Fr. 15'000.– verfügt habe, wie die Vorinstanz fälschlicherweise angenommen ha-

be (Urk. 25 S. 41), kann sie damit mit Blick auf das umfassende Novenverbot im vorliegenden Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO), welches insbesondere auch jene Fälle beschlägt, in denen die Untersuchungsmaxime gilt (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 326 N 3), nicht gehört werden. Allerdings stand bereits vor Vorinstanz fest, dass die Klägerin per 1. November 2011 ihr Arbeitspensum bei der E._____ - mit Blick auf die (vorerst faktische) Betreuung der Kinder legitimerweise - von 80 % auf 35 % reduziert hatte und fortan bloss Fr. 1'350.- brutto verdienen würde (Urk. 17/4, 5). In diesem Licht war ihr aber auch ohne Belege zu glauben, dass sie, seit sie im Frauenhaus lebte, von der Fürsorge abhängig war (Prot. I S. 15), zumal es in der Tat notorisch sein dürfte, dass das Sozialamt niemanden unterstützt, der noch über grössere Geldbeträge verfügt, wobei auch hier gewisse Vermögensfreibeträge gewährt werden. Schliesslich ist, wozu sich bereits der Erstrichter äusserte (Urk. 26 S. 34), der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchenden Partei für laufende und künftige Bedürfnisse ein Vermögensfreibetrag zuzugestehen, dessen Grösse nach den konkreten Verhältnissen, namentlich Alter und Gesundheit der antragstellenden Partei festzusetzen ist. Gewöhnlich werden Freibeträge von Fr. 20'000.- und mehr gewährt (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 117 N 7 mit weiteren Hinweisen). Reserven die höher als Fr. 20'000.- sind, setzen in aller Regel besonders prekäre ökonomische und soziale Verhältnisse voraus, nämlich hohes Alter, schwere Krankheit, kein oder kein die Existenz sicherndes Einkommen (KUKO ZPO-Ingrid Jent-Sorensen, Art. 117 N 24 mit weiteren Hinweisen). Selbst die Vorinstanz gestand der Klägerin einen Notgroschen von Fr. 10'000.- zu (Urk. 26 S. 35 f.), wobei davon ausgegangen wurde, dass sich die Klägerin nicht lange in der momentanen Notsituation befinden und auch in Zukunft keine besonders hohen Rücklagen benötigen würde. Die Vorinstanz ging dabei allerdings von einer Obhutszuteilung über die Kinder an den Beklagten aus und rechnete der (fortan alleine lebenden) gesunden und noch jüngeren Klägerin ab März 2012 ein hypothetisches Vollzeiteinkommen von Fr. 3'340.- an (Urk. 26 S. 29). Diese Prämissen haben sich nunmehr geändert bzw. verblieben die Kinder trotz dem vorinstanzlichen Urteil faktisch über ein Jahr bei der Klägerin. Es erscheint daher angemessen, der

obhutsinhabenden, teilzeiterwerbstätigen Klägerin einen Notgroschen von mindestens rund Fr. 15'000.– zuzugestehen. Es ist daher ohne Relevanz, wohin innerhalb eines Monats die Differenz von Fr. 9'000.– (vgl. Urk. 6/12) floss bzw. was die Klägerin mit diesem Geld machte.

In Aufhebung von Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung vom 7. Dezember 2011 (Urk. 26 S. 36) ist der Klägerin daher in Gutheissung ihrer Beschwerde für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin Dr. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen.

III. **(Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

1. Ausgangsgemäss wird der Beklagte, welcher die Abweisung der Beschwerde beantragte und sich daher mit dem angefochtenen Entscheid identifizierte, kosten- und entschädigungspflichtig (zur Kostenpflichtigkeit dieses Beschwerdeverfahrens vgl. BGE 137 III 470). Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist dabei nicht geschuldet, weil die Klägerin keinen entsprechenden Antrag stellen liess (Urk. 25 S. 2, 37; ZR 104 Nr. 76).

2. Beide Parteien liessen für das Beschwerdeverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsbeiständung ersuchen (Urk. 25 S. 4; Urk. 31 S. 2).

Die Mittellosigkeit beider Parteien ist ausgewiesen (Urk. 28/27-29; Urk. 33/2-4; vgl. auch Verfahren LE120021: Urk. 52 S. 42; Urk. 28/31, 32; Urk. 75/1-4; Urk. 46 S. 26 ff.; Urk. 48/11-13; Urk. 72/1-3). Überdies erschienen ihre Rechtsstandpunkte nicht von Anfang an aussichtslos und sie waren auf rechtskundige Vertretung angewiesen (Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Weil der Klägerin indessen keine Kosten aufzuerlegen sind, erweist sich ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Beschwerdeverfahren als gegenstandslos. Hingegen ist ihr Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren (im Hinblick auf Art. 122 Abs. 2 ZPO: Uneinbringlich-

keit der zugesprochenen Prozessentschädigung bei der Gegenseite) gutzuheissen. Betreffend den Beklagten sind beide Gesuche um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteistandung gutzuheissen. Weil die Prozessentschädigung beim mittelosen Beklagten mit grosser Wahrscheinlichkeit uneinbringlich sein dürfte, ist die unentgeltliche Rechtsverteilerin der Klägerin vom Kanton direkt zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.
2. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin Dr. X._____ eine unentgeltliche Rechtsverteilerin bestellt.
3. Dem Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsverteilerin bestellt.
4. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteistandung wird gutgeheissen und der Klägerin Rechtsanwältin Dr. X._____ als unentgeltliche Rechtsverteilerin bestellt."
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin, Rechtsanwältin Dr. X._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhätliche Prozessentschädigung geht in diesem Umfang auf die Gerichtskasse über.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 mietrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
se