

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE160001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## Beschluss und Urteil vom 17. August 2016

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin 1

sowie

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren

betreffend **Eheschutz (Kosten- und Entschädigungsfolgen, unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 4. Januar 2016 (EE140111-M)**

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

1. Mit Eingabe vom 24. Dezember 2014 machte die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin 1 (fortan Beschwerdegegnerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon (Vorinstanz) gegen den Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (im Folgenden Beschwerdeführer) ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Für das damit eingeleitete Verfahren ersuchten beide Parteien – die Beschwerdegegnerin eventualiter für den Fall einer Abweisung ihres Antrags auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses – um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 4; Urk. 42 S. 4 und Urk. 46 S. 5). Mit Verfügung vom 4. Januar 2016 entschied die Vorinstanz über die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wie folgt (Urk. 87 = Urk. 90 S. 29):

- "1. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin lic. iur. C. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Im Übrigen wird ihr Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. ... [Mitteilung]
4. ... [Rechtsmittelbelehrung]"

Gleichentags erging das vorinstanzliche Urteil. Darin nahm die Vorinstanz davon Vormerk, dass die Parteien seit dem 17. November 2014 getrennt leben und auch weiterhin getrennt leben werden, und sie regelte die Trennungsfolgen (Urk. 90 S. 29 Disp.-Ziff. 1-11). Bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen traf sie folgenden Entscheid:

- "12. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'700.–.
13. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass davon 80% als Prozesskostenanteil (anstelle der Gesuchstellerin) zu leisten sind.
14. Die Kosten für die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchstellerin (gemäss separater Verfügung nach Einreichen der Honorarnote) werden dem Gesuchsgegner auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass davon 100% als Prozesskostenanteil (anstelle der Gesuchstellerin) zu leisten sind.

15. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'212.- zu bezahlen (inkl. 8% Mehrwertsteuer)."

2. Gegen diese vorinstanzlichen Entscheide erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 21. Januar 2016 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 89 S. 2):

- "1. In Abänderung von Ziffer 2 der Verfügung vom 4. Januar 2016 des Bezirksgerichts Dietikon sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Prozessverbeiständung in der Person des Unterzeichneten zu gewähren;
  2. In Abänderung von Ziffer 13 des Urteils vom 4. Januar 2016 seien dem Beschwerdeführer 20% der Prozesskosten aufzuerlegen[,] jedoch aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen;
  3. In Abänderung von Ziffer 14 des Urteils vom 4. Januar 2016 seien die Kosten für die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Beschwerdegegnerin einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen;
  4. In Ergänzung des Urteils vom 4. Januar 2016 seien die Kosten für den unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen;
- ... [5]. In Abänderung von Ziffer 15 des Urteils vom 4. Januar 2016 sei die reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'212.00 (inkl. 8% MwSt) infolge der offensichtlichen Uneinbringlichkeit aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei in diesem Umfang der Anspruch des Beschwerdeführers auf Parteientschädigung auf die Gerichtskasse übergehe."

Zugleich stellt der Beschwerdeführer den prozessualen Antrag, ihm für das Beschwerdeverfahren in der Person seines Rechtsvertreters, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 89 S. 3).

Nachdem der Beschwerdegegnerin zunächst mit Schreiben vom 25. Januar 2016 vom Eingang der Beschwerde Kenntnis gegeben worden war (Urk. 94), wurde den Beschwerdegegnern mit Verfügung vom 22. Februar 2016 Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 95). Der Beschwerdegegner 2 hat ausdrücklich auf Beantwortung der Beschwerde verzichtet (Urk. 96). Demgegenüber teilte die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin der Kammer mit Schreiben vom 24. Februar 2016 (hierorts eingegangen am 25. Februar 2016) mit, dass sie die Beschwerdegegnerin nicht mehr vertrete; die ihr am 24. Februar 2016 zugestellte fristansetzende Verfügung samt Beilagen habe sie mit eingeschriebener Post an die Beschwerdegegnerin weitergeleitet (Urk. 97). Diese hat sich in der Folge nicht vernehmen lassen.

## II. Prozessuales

1. Gegenstand der Beschwerde bildet der vorinstanzliche Entscheid, dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (Disp.-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung), sowie die darauf beruhende Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Urteils (Disp.-Ziff. 13-15 des Urteils). In der Sache selbst blieb der Eheschutzentscheid unangefochten.

2. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Sowohl gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege als auch für die selbstständige Anfechtung des Entscheids betreffend die Liquidation der Prozesskosten ist die Beschwerde im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO bzw. Art. 110 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 119 Abs. 3 Satz 1 bzw. Art. 271 und Art. 142 f. ZPO sowie Urk. 88/2). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu nachstehende E. II/3) ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3 m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326

N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt.

### **III. Materielle Beurteilung**

#### **1. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege**

1.1. Eine Partei hat auf entsprechendes Gesuch hin (Art. 119 Abs. 1 ZPO) Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. a und b ZPO (unentgeltliche Prozessführung), wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel zur Bestreitung des Prozesses verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands setzt zusätzlich voraus, dass eine solche zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die gesuchstellende Partei hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und soweit möglich auch zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 38). Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

1.2. Die Vorinstanz bejahte die Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung bei beiden Parteien (Urk. 90 S. 26 E. III/A/1). Auch erachtete sie die Rechtsbegehren beider Parteien (implizit) für nicht aussichtslos. Der Beschwerdegegnerin attestierte sie überdies offenkundige Mittellosigkeit (Urk. 90 S. 26 E. III/A/2).

Mit Bezug auf die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers erwog die Vorinstanz, aus den Akten sei nicht ersichtlich, dass dieser ein Einkommen erzielen würde. Selbst wenn er in nächster Zukunft ein Netto-Einkommen zwischen Fr. 60'000.– und Fr. 70'000.– jährlich erzielen sollte, sei im Rahmen des summarischen Eheschutzverfahrens unter Berücksichtigung seiner Unterhaltspflichten für die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien sowie den Sohn aus

erster Ehe davon auszugehen, dass seine Einkünfte nicht ausreichen würden, um neben seinem Notbedarf auch noch Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen (Urk. 90 S. 26 f. E. III/A/3.1 m.Hinw. auf Prot. I S. 18 und S. 29 f.). Aus den eingereichten Unterlagen sei sodann ersichtlich, dass das Vermögen des Beschwerdeführers seit 2010 sehr schnell geschwunden sei. Auch wenn dies Fragen aufwerfen möge, sei dessen Sachdarstellung diesbezüglich möglich und aufgrund der Akten plausibel. Unter den gegebenen Umständen könne vom Beschwerdeführer auch keine Edition weitergehender Akten verlangt werden, denn der Nachweis, dass man bestimmte Unterlagen nicht habe, sei schwer zu führen (Urk. 90 S. 27 E. III/A/3.2.1). Der Beschwerdeführer verfüge indessen an der ... [Adresse] über Grundeigentum im Wert vom mindestens Fr. 2.7 Mio., welches mit Fr. 2.3 Mio. belastet sei. Sodann stehe für den Beschwerdeführer seit längerem fest, dass die Liegenschaft verkauft werden müsse. Die Zustimmung der Beschwerdegegnerin hierzu liege – zumindest dem Grundsatz nach – vor oder hätte gegebenenfalls gerichtlich erzwungen werden können. Der Beschwerdeführer könne sich somit nicht darauf berufen, die Liegenschaft sei nicht liquidierbar, zumal die bisher vorgenommenen Verkaufsbemühungen ungenügend erschienen. Ausserdem habe er nichts dazu ausgeführt, ob bzw. weshalb die Liegenschaft nicht gewinnbringend vermietet werden könnte. Unter diesen Umständen könne ihm die unentgeltliche Rechtspflege mangels ausreichend nachgewiesener Bedürftigkeit nicht gewährt werden, wobei davon auszugehen sei, dass der in der Liegenschaft vorhandene Netto-Wert (bzw. die Möglichkeit einer Vermietung) Gerichts- und Anwaltskosten für beide Parteien decken könne. Insofern sei das Begehren der Beschwerdegegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenanteils gutzuheissen. Aus Gründen der Prozessökonomie seien daher die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer vollständig aufzuerlegen, ebenso die Kosten der Vertreterin der Beschwerdegegnerin gemäss ihrer Entschädigung als unentgeltliche Rechtsbeiständin. Die Kostenaufteilung sei sodann insofern vorzunehmen, als festzulegen sei, welcher Anteil davon als Prozesskostenanteil zu leisten sei (Urk. 90 S. 27 f. E. III/A/3.2.2 m.Hinw. auf Urk. 23/3/3 und Urk. 23/7 sowie Prot. I S. 22).

1.3. Der Beschwerdeführer wendet ein, entgegen vorinstanzlicher Auffassung habe er als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu gelten. So habe die

Vorinstanz zu Recht festgehalten, dass er über kein Einkommen verfüge und sein mittelfristig realistischerweise erzielbares Einkommen von Fr. 60'000.– bis Fr. 70'000.– nicht ausreiche, um neben seinem Notbedarf noch Prozesskosten decken zu können; im Übrigen sei dieses hypothetische Einkommen angesichts des Effektivitätsgrundsatzes ohnehin unbeachtlich. Zutreffend habe die Vorinstanz auch festgehalten, dass er mit Ausnahme der ehelichen Wohnung sein gesamtes Vermögen verbraucht bzw. verloren habe (Urk. 89 S. 3 f. Ziff. 3-6). Wenn die Vorinstanz unter Hinweis auf Urk. 23/3/3 davon ausgehe, dass er über Grundbesitz im Wert von mindestens Fr. 2.7 Mio. verfüge, verkenne sie, dass es sich bei diesem Betrag gemäss der ebenfalls bei den Akten liegenden Bestätigung der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 4. März 2015 (Urk. 23/3/4) um den Bruttoverkaufspreis inklusive des ausschliesslich für diese Wohnung angefertigten und mit ihr zu veräussernden Mobiliars handle, diese Mindestpreisvorstellung des Beschwerdeführers mangels Kaufinteressenten und wegen der stagnierenden Situation am Immobilienmarkt innert kürzester Zeit relativiert worden sei und per März 2015 Fr. 2.7 Mio. betragen habe. Nach Abzug der Maklerprovision und allfälliger Grundstückgewinnsteuern sowie dem Neukauf des Mobiliars für sich und seine Kinder könnte der Beschwerdeführer aus dem tatsächlich erzielten Erlös nicht einmal seine offenen und fälligen Schulden begleichen. Bis heute hätten sich zwar verschiedene Kaufinteressenten gemeldet, doch hätten die Banken jeweils die Finanzierung verweigert, weshalb die angestrebte Veräusserung bislang ohne sein Verschulden ausgeblieben sei. Es sei ungewiss, ob sich der nun seit über einem Jahr versuchte Verkauf zu einem Preis von mindestens Fr. 2.7 Mio. tatsächlich realisieren lasse (Urk. 89 S. 4 f. Ziff. 7 f.).

Der vorinstanzlichen Feststellung, wonach die Zustimmung der Beschwerdegegnerin zum Verkauf der Liegenschaft zumindest dem Grundsatz nach vorliegen oder gegebenenfalls hätte gerichtlich erzwungen werden können, hält der Beschwerdeführer entgegen, dass die Beschwerdegegnerin ihre ursprüngliche Zustimmung zum Verkauf mit ihrer Eingabe vom 23. Februar 2015 (Urk. 12), mit der sie eine superprovisorisch angeordnete Grundbuchsperre erwirkt habe (vgl. Urk. 16), widerrufen habe. Zwar sei die Grundbuchsperre mit Verfügung vom 5. Mai 2015 (Urk. 37) wieder aufgehoben worden. Dabei sei die Beschwerdegeg-

nerin aber nicht zur ausdrücklich beantragten Erteilung der Zustimmung verpflichtet, sondern das entsprechende Begehren zur Behandlung mit der Hauptsache vertagt worden. Auch nach Erneuerung und Präzisierung dieses Antrags in der Stellungnahme vom 14. Mai 2015 (Urk. 46) habe es die Vorinstanz in rechtsverweigernder Weise unterlassen, über die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Erteilung der Zustimmung zu entscheiden. Unter diesen Umständen könne die erst seit der Hauptverhandlung vom 14. August 2015 vorliegende – nur dem Grundsatz nach erteilte und damit ungenügende – Zustimmung der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer nicht zum Vorwurf gemacht werden. Insbesondere erweise sich der Vorhalt, die Zustimmung hätte gerichtlich erzwungen werden können, als tatsachenwidrig und befremdend. Gegenteilig habe die Vorinstanz die Verkaufsbemühungen des Beschwerdeführers durch Rechtsverweigerung massgeblich erschwert (Urk. 89 S. 5 f. Ziff. 9).

Mit Bezug auf den nicht näher begründeten vorinstanzlichen Vorwurf ungenügender Verkaufsbemühungen sei sodann aktenkundig, dass der Beschwerdeführer zwei Makler mit dem Verkauf der Liegenschaft betraut habe. Die Verkaufsbemühungen seien somit belegt. Die Vorinstanz verkenne, dass sich im Bereich der Luxuswohnungen seit Ende 2014 eine merkliche Abkühlung der Nachfrage eingestellt habe. Diese Marktentwicklung könne vom Beschwerdeführer nicht beeinflusst werden (Urk. 89 S. 6 f. Ziff. 10 m.Hinw. auf Urk. 23/3 und Urk. 66/62+63).

Weiter moniert der Beschwerdeführer, dass die von der Vorinstanz angesprochene gewinnbringende Vermietung der ehelichen Wohnung dermassen lebensfremd sei, dass er keinen Anlass gehabt habe, sich dazu zu äussern. Aktenkundig sei, dass er die ausgewiesenen Kosten für die Wohnung von monatlich Fr. 6'832.70 nur noch teilweise bezahlt habe bzw. seit Sommer 2015 überhaupt nicht mehr bezahlen könne. Die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass der Beschwerdeführer mit seinen beiden Kindern im Falle einer Vermietung zwangsweise eine Mietwohnung beziehen müsste. Abgesehen davon, dass sich eine Wohnungssuche angesichts des langen Betreibungsregisterauszugs lange hinziehen würde, habe die Vorinstanz völlig unbeachtet gelassen, dass er diesfalls einen Mietzins zu bezahlen hätte. Nach der vorinstanzlichen Logik müsste die

eheliche Wohnung so teuer vermietet werden, dass der Mietzins sowohl deren Fixkosten von Fr. 6'832.70 als auch den (zusätzlichen) Notbedarf (Wohnen) des Beschwerdeführers und der Kinder sowie zusätzlich die Gerichts- und Anwaltskosten decken würde. Dass ein solventer Mieter gefunden werden könnte, der bereit sei, mietweise weit über Fr. 10'000.– pro Monat für die zwar schöne und luxuriöse, aber nicht im Zentrum von Zürich gelegene eheliche Wohnung zu bezahlen, sei vollends realitätsfremd. Zudem lasse die Vorinstanz die belegten Schulden des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 2'674'854.45 (offen) und Fr. 166'000.– (latent) zu Unrecht unberücksichtigt (Urk. 89 S. 7 f. Ziff. 11).

Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes dürften bei der Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit nur Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden, die effektiv vorhanden und verfügbar seien. Die Vorinstanz habe – so das Fazit des Beschwerdeführers – seine Bedürftigkeit einerseits aufgrund des Vermögenswerts der Liegenschaft verneint, obwohl der angestrebte Verkaufspreis bis heute nicht habe erzielt werden können, und ohne dass seine belegten Schulden berücksichtigt worden seien. Die Vorinstanz verkenne nicht nur, dass die Erzielung eines allfälligen Verkaufserlöses nach Abzug der offenen Schulden mehr als fraglich sei und gegebenenfalls dringend zur Deckung des Notbedarfs herangezogen werden müsste, sondern insbesondere auch, dass ein solcher dem Beschwerdeführer aktuell nicht zur Verfügung stehe. Andererseits rechne die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit dem Argument, dass er die Wohnung gewinnbringend vermieten könnte, in unzulässiger Weise ein hypothetisches Einkommen in Form von Mietzinseinnahmen an, welches er nicht erziele. Damit verletze die Vorinstanz den Effektivitätsgrundsatz. Bei zutreffender Betrachtung sei (auch) die prozessuale Bedürftigkeit des Beschwerdeführers erstellt, weshalb ihm für das Verfahren vor Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren sei (Urk. 89 S. 8 f. Ziff. 12 f.).

1.4. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass der Rechtsstandpunkt des Beschwerdeführers nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO) und eine Rechtsverbeiständung zur Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers (auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit) notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c

ZPO). Fraglich ist einzig, ob auch die Anspruchsvoraussetzung der Mittellosigkeit erfüllt ist.

1.4.1. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation, d.h. sowohl ihre Einkünfte als auch ihre Vermögenssituation berücksichtigt werden. Prozessuale Bedürftigkeit setzt Einkommens- und Vermögensarmut voraus. Sie ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit ist nicht nur Barvermögen, sondern auch unbewegliches Vermögen zu berücksichtigen, soweit die darin gebundenen Mittel kurzfristig zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden können. Die Art der Vermögensanlage beeinflusst allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung anzugreifen. Insbesondere darf von einem Gesuchsteller grundsätzlich verlangt werden, zur Prozessfinanzierung einen Kredit auf sein Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann, oder dasselbe gewinnbringend zu vermieten oder zu veräussern, falls dies tatsächlich möglich ist (BGer 5A\_726/2014 vom 2. Februar 2015, E. 4.2; 4A\_294/2010 vom 2. Juli 2010, E. 1.3 m.w.Hinw.; BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 84 m.Hinw. auf BGE 120 Ia 179 E. 3a). Bestehen allerdings nach Abnahme der diesbezüglich rasch verfügbaren Beweismittel begründete Zweifel, ob es tatsächlich möglich sei, die nötigen flüssigen Mittel binnen nützlicher Frist aus den Immobilien zu beschaffen, ist die unentgeltliche Rechtspflege – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – zu bewilligen (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 40; Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, SWR Band 3, 2001, S. 150). Gemäss dem sog. Effektivitätsgrundsatz darf jedenfalls nur Einkommen und Vermögen berücksichtigt werden, das im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar ist. Bereits vorhandene, aber nicht realisierbare, oder erst in Zukunft anfallende Einkünfte und Vermögenswerte sind unbeachtlich (BGE 118 Ia 369 E. 4b S. 371). Jede hypo-

thetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung ist daher unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 8 f. m.w.Hinw.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 16; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19). Ob eine allfällige Mittellosigkeit selbst verschuldet ist, spielt grundsätzlich keine Rolle, solange kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt. Ein solches wäre anzunehmen, wenn eine Partei gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess bzw. dessen Finanzierung durch den Staat eine Anstellung aufgegeben oder Vermögenswerte veräussert hat (BGer 4A\_264/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 3.1 m.w.Hinw.; BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 8; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 17; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 24).

1.4.2. Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdeführer zurzeit kein relevantes Einkommen erzielt. Die Akten enthalten keine gegenteiligen Anhaltspunkte. Das Erfordernis der Einkommensarmut ist somit zu bejahen.

1.4.3. Weiter hielt die Vorinstanz zu Recht fest, dass das Vermögen des Beschwerdeführers seit dem Jahr 2010 zwar sehr rasch schwand, seine diesbezügliche Sachdarstellung (vgl. insbes. Prot. I S. 27 ff.) aber durchaus möglich und aufgrund der Akten plausibel erscheint. Ob und inwiefern ihn an diesem Vermögensschwund (oder an der Einkommensarmut) allenfalls ein Verschulden trifft, ist nach dem Gesagten ohne Belang. Jedenfalls bestehen keine Indizien für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Als Gesuchsgegner hatte er im Übrigen keinen Einfluss auf den Entscheid, das Verfahren, um dessen Finanzierung es geht, anzustrengen, noch konnte er den Zeitpunkt der Anhängigmachung bestimmen. Dieses wurde ihm von der Beschwerdegegnerin aufgezwungen. Der Beschwerdeführer hat mithin glaubhaft dargelegt, dass er sein Vermögen in den letzten Jahren zur Bestreitung des Lebensunterhalts der Familie verbraucht bzw. verloren hat und ausser der ehelichen Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_ über keine relevanten Vermögenswerte (mehr) verfügt, welche zur Finanzierung des Prozesses herangezogen bzw. innert gebotener Frist verflüssigt werden könnten.

1.4.4. Für die eheliche Liegenschaft als einziges relevantes Aktivum des Beschwerdeführers liegt – soweit ersichtlich – keine Bewertung oder Verkehrswertschätzung vor (vgl. auch Urk. 23/3/1 und Urk. 23/3/3, je S. 1). Aktenkundig ist im-

merhin deren Steuerwert (per Ende 2012). Er beträgt Fr. 1.977 Mio. (Urk. 23/8; s.a. Urk. 69/109 S. 4). Auf der Liegenschaft lasten sodann erheblich über diesem Wert liegende Hypothekarschulden in der Höhe von Fr. 2.3 Mio. (Urk. 23/7). Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen lässt sich aus der Bestätigung der D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 4. März 2014 (Urk. 23/3/3) keineswegs schliessen, das Grundeigentum weise einen Mindestwert von Fr. 2.7 Mio. auf, geschweige denn, dieser Wert lasse sich kurzfristig realisieren (wovon die Vorinstanz implizit ausging). Wie der Beschwerdeführer mit Recht geltend macht (Urk. 89 S. 4 f. Ziff. 7), geht aus dieser Bestätigung klar hervor, dass es sich beim genannten Betrag um den aktuellen (Brutto-)Verkaufspreis bzw. die (im Laufe der Zeit stark reduzierte) Preisvorstellung des Verkäufers inklusive der eigens für die Wohnung angefertigten Möbel handelt. Zu diesem Betrag konnte die Liegenschaft bis zur Fällung des vorinstanzlichen Entscheids (und darüber hinaus bis zum heutigen Tag) aber offensichtlich mangels Interessenten und wegen der notorischerweise stagnierenden aktuellen Lage am (insbesondere Luxus-)Immobilienmarkt nicht veräussert werden. Unabhängig davon, ob aus diesem Umstand auf einen niedrigeren Verkehrswert geschlossen werden muss, erscheint damit zumindest glaubhaft, dass sich die Liegenschaft nicht ohne Weiteres und insbesondere nicht innert der für die Verneinung der prozessualen Bedürftigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO geforderten kurzen Frist zu einem Preis in dieser Grössenordnung verkaufen lässt. Es kann daher – trotz fehlender Angaben zum Verkehrswert – auch nicht angenommen werden, dass sich ein in der Liegenschaft gebundener allfälliger Vermögenswert innert dieser Frist zu einem (Netto-)Verkaufserlös verflüssigen lässt, welcher dem Beschwerdeführer die Bestreitung der Prozesskosten ermöglichen würde. Diese Annahme rechtfertigt sich umso weniger, als die Differenz zwischen diesem (offenbar zu hohen) Verkaufspreis und den ausgewiesenen Hypothekarschulden von Fr. 2.3 Mio. kaum dem zu erwartenden Nettoerlös entsprechen würde, ist doch notorisch, dass Letzterer durch verkaufsbedingte Kosten wie Maklerhonorare, Gebühren und Steuern noch erheblich geschmälert würde. Ausserdem hat der Beschwerdeführer weitere Schulden in namhafter Höhe glaubhaft gemacht (Urk. 66/61, 66/65 und 69/110). Im Unterschied zur Beurteilung der Einkommensarmut, wo finanzielle Verpflichtungen bzw. bereits fällige Schulden im

prozessualen Bedarf nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie tatsächlich (ab)bezahlt werden (BGer 4D\_19/2016 vom 11. April 2016, E. 4.1 m.Hinw. auf BGE 135 I 221 E. 5.1 und 5.2), können notwendige finanzielle Verpflichtungen, die mangels Einkommens bei Fälligkeit nicht (mehr) bedient werden können, bei der Prüfung der Vermögensarmut nicht einfach ausser Acht bleiben. Eine ansprechende Partei soll durch die Prozessführung nicht daran gehindert werden, zwingende Verpflichtungen weiterhin zu erfüllen (vgl. BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 14). Dieser Gesichtspunkt spricht ebenfalls gegen die Annahme, durch einen (zeitnahen) Verkauf der Liegenschaft würden dem Beschwerdeführer flüssige Mittel zufließen, die ihm neben der Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie (wozu auch die Erfüllung zwingender Verpflichtungen gehört) die Finanzierung des Prozesses ermöglichen würde – zumal vom Vermögen derjenige Betrag unberücksichtigt zu bleiben hat, der mangels ausreichenden Einkommens für den laufenden Lebensunterhalt eingesetzt werden muss (BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 15 m.Hinw. auf BGer 9C\_874/2008 vom 11. Februar 2009).

An dieser Einschätzung vermag auch der von der Vorinstanz angeführte Umstand nichts zu ändern, dass für den Beschwerdeführer seit längerem feststeht, dass die Liegenschaft verkauft werden muss (Urk. 90 S. 27 E. III/A/3.2.2). Angesichts der Aktenlage lässt sich dem Beschwerdeführer nämlich nicht vorwerfen, seine bisherigen Verkaufsbemühungen seien ungenügend (so jedoch Urk. 90 S. 27 E. III/A/3.2.2). Gegenteilig hat er in glaubhafter Weise dargetan, dass er ab Ende August 2012 verschiedene Makler mit dem Verkauf der Wohnung beauftragt hat (vgl. Prot. I S. 15; Urk. 23/3/1-3). Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass diese Aufträge nicht ernst gemeint gewesen wären oder die Beauftragten keine genügenden Verkaufsbemühungen unternommen hätten, zumal die D.\_\_\_\_\_ GmbH offenbar zu einem "schnellen Verkauf der Wohnung" mandatiert wurde (vgl. Urk. 23/3/3) und unternommene Verkaufsbemühungen im Übrigen auch aus den eingereichten Unterlagen ersichtlich sind (vgl. Urk. 66/62-63). Inwiefern der Beschwerdeführer dafür verantwortlich sein sollte, dass der angestrebte Verkauf bislang gescheitert ist, ist unter den aktenkundigen Umständen nicht ersichtlich.

Die Verkaufsbemühungen scheinen bislang auch nicht wegen fehlender Zustimmung der Beschwerdegegnerin erfolglos verlaufen zu sein. Selbst wenn dies jedoch der Fall sein sollte, könnte das nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden. Wie dieser zutreffend moniert, hat die Beschwerdegegnerin ihre Zustimmung mit dem Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Grundbuchsperrung implizit verweigert und bis zur Fällung des angefochtenen Entscheids nicht mehr vorbehaltlos erteilt. Vielmehr erklärte sie anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz ausdrücklich, dass sie ihre Zustimmung zwar "dem Grundsatz nach" erteilen würde, "aber nicht unter allen Bedingungen zustimmen werde" (Prot. I S. 22). Wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer angesichts dieses Vorbehalts implizit vorhält, die Zustimmung nicht gerichtlich erzwungen zu haben, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich einen dahingehenden Antrag – in der Eingabe vom 14. Mai 2015 sogar explizit "im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen" – gestellt (Urk. 22 S. 2 sowie Urk. 46 S. 5 und S. 47; s.a. Prot. I S. 16), die Vorinstanz darüber (soweit ersichtlich) jedoch nie formell entschieden hat (vgl. Urk. 37 S. 4 E. 3 und Urk. 90).

Schliesslich fällt in diesem Zusammenhang ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer die eheliche Liegenschaft mit den beiden unter seine Obhut gestellten Kindern selbst bewohnt und ihm die Wohnung im Eheschutzentscheid auch zugeweiht wurde. Im Unterschied zu nicht oder fremdbewohnten Liegenschaften erscheint es bei einem selbst bewohnten Eigenheim bei der Prüfung der Mittellosigkeit angezeigt, den in der Liegenschaft gebundenen Vermögenswert nicht unbezogen der konkreten Begleitumstände einfach anzurechnen, sondern die Frage, ob eine Veräusserung zumutbar sei, nur mit grosser Zurückhaltung zu bejahen (vgl. BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 87; BGer 5A\_294/2008 vom 18. August 2008, E. 3.4.2). Das rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als der Beschwerdeführer zurzeit kein regelmässiges und gesichertes Einkommen erzielt und die Suche nach einer ersatzweise zu beziehenden Mietwohnung resp. ein zeitnaher Mietantritt für ihn deshalb mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte. Aus all diesen Gründen kann nicht angenommen werden, der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit, die Prozesskosten aus einem relativ kurzfristig realisierbaren (Netto-)Verkaufserlös der ehelichen Liegenschaft zu bestreiten.

Eine zusätzliche hypothekarische Belastung der Liegenschaft erscheint ebenfalls unrealistisch und wurde von der Vorinstanz zu Recht nicht in Betracht gezogen. Eine solche würde wohl nicht nur an der bereits heute hohen Belastungsquote scheitern (vgl. BGer 2C\_91/2011 vom 5. Juli 2011, E. 2.4), sondern auch an der finanziellen Tragbarkeit. Der über kein regelmässiges Einkommen verfügende Beschwerdeführer, der offenbar bereits die aktuellen Hypothekarzinsen nicht mehr begleichen kann (vgl. Prot. I S. 15 und Urk. 69/110), würde augenscheinlich keine Bank (und auch keine Privatperson) finden, die ihm eine weitere Hypothek gewährt.

Der Vorinstanz kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie annimmt, es sei dem Beschwerdeführer möglich, die von ihm bewohnte Liegenschaft gewinnbringend zu vermieten. Das scheint lebensfremd. Abgesehen von den zweifellos hohen effektiven Kosten der (luxuriösen) Wohnung, die vom Mietzins gedeckt werden müssten (vgl. BGer 5A\_85/2007 vom 17. April 2007, E. 3.3; BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 94; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 26; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 35) – der Beschwerdeführer bezifferte diese auf rund Fr. 6'800.– pro Monat (Urk. 46 S. 44 f.) –, würde eine Vermietung voraussetzen, dass der Beschwerdeführer für sich und die beiden Kinder eine eigene Mietwohnung bezieht. Dass dies möglich wäre, scheint angesichts seines fehlenden regelmässigen Einkommens und seines langen Betreibungsregisterauszugs (vgl. Urk. 66/59) wenig wahrscheinlich. Falls doch, würden dadurch zusätzliche (Miet-)Kosten anfallen, welche der aus der Liegenschaft zu erzielende Mietzins ebenfalls abdecken müsste. Soll aus der Vermietung der ehelichen Wohnung über die Kostendeckung hinaus ein Gewinn resultieren, der dem Beschwerdeführer die Bestreitung der Kosten des Eheschutzverfahrens ermöglicht, müsste der monatliche Mietzins folglich in der in der Beschwerdeschrift genannten Grössenordnung von Fr. 10'000.– liegen, was ungeachtet des luxuriösen Standards der Wohnung zwar nicht undenkbar, aber keineswegs zu erwarten wäre. Diese konkreten Umstände lassen selbst ohne Berücksichtigung der behaupteten offenen Schulden eine (zeitnahe und genügend) gewinnbringende Vermietung der ehelichen Wohnung als äusserst unrealistisch erscheinen. Damit fehlt es bereits an der tatsächlichen Möglichkeit (bzw. der genügenden Wahrscheinlichkeit) einer gewinnbringenden

Vermietung, weshalb offenbleiben kann, ob eine Fremdvermietung dem Beschwerdeführer unter dem Aspekt der unentgeltlichen Rechtspflege überhaupt zumutbar wäre (vgl. auch BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 93). Mit ihrer gegenteiligen Auffassung hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im Ergebnis ein hypothetisches Einkommen angerechnet und den Effektivitätsgrundsatz verletzt (vgl. vorne, E. III/1.4.1).

1.4.5. Zusammenfassend erscheint glaubhaft, dass der Beschwerdeführer nicht über die notwendigen Mittel (Einkommen oder liquides Vermögen) verfügt, um neben dem Lebensunterhalt für sich und die beiden Kinder für die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens aufzukommen. Insbesondere bestehen aufgrund der beigebrachten Unterlagen, mit denen der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht (Art. 119 Abs. 2 ZPO) nachgekommen ist, gewichtige Zweifel und kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass es ihm möglich ist, diese Mittel durch den Verkauf, eine zusätzliche Belehnung oder eine gewinnbringende Vermietung der ehelichen Liegenschaft innert gebotener Frist erhältlich zu machen, zumal an diesen (negativen) Nachweis keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. BGer 5A\_726/2014 vom 2. Februar 2015, E. 4.2; 5P.458/2006 vom 6. Dezember 2006, E. 2.2). Die Existenz dieser Liegenschaft steht der Gewährung des prozessualen Armenrechts mithin nicht entgegen. Vielmehr ist der Beschwerdeführer jedenfalls zurzeit bzw. im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens als prozessual bedürftig im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten. In soweit hat die Vorinstanz das Recht unrichtig angewendet.

1.5. Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auch auf Seiten des Beschwerdeführers erfüllt, weshalb Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben ist. Angesichts seiner prozessualen Bedürftigkeit kann der Beschwerdeführer auch nicht verpflichtet werden, der Beschwerdegegnerin einen Prozesskostenbeitrag zu leisten. Deren Eventualantrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO (Befreiung von den Gerichtskosten) ist demnach nicht gegenstandslos. Darüber ist vielmehr zu entscheiden. Entsprechend ist auch Dis-

positiv-Ziffer 1 Satz 2 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben. Eines diesbezüglichen Antrags bedarf es nicht.

## 2. Neuer Sachentscheid

2.1. Die Sache ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Sachentscheid zu fällen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

2.2. Nach dem Gesagten ist das prozessuale Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das (abgeschlossene) vorinstanzliche Verfahren gutzuheissen und dem Beschwerdeführer in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Allerdings ist zu betonen, dass dieser Entscheid keine präjudizielle Wirkung für ein allfälliges Scheidungsverfahren beanspruchen kann. Ebenfalls gutzuheissen ist der dahingehende Eventualantrag der Beschwerdegegnerin. Dieser ist mithin nicht nur eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, sondern auch die unentgeltliche Prozessführung (Art. 118 Abs. 1 lit. a und b ZPO) zu bewilligen.

2.3. Gestützt auf diesen neuen Entscheid sind auch die mitangefochtenen Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren neu zu regeln (vgl. BK ZPO II-Sterchi, Art. 327 N 23; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 24; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 327 N 7; BSK ZPO-Spühler, Art. 327 N 17).

2.3.1. Ausgehend von der von der Vorinstanz ermessensweise vorgenommenen und unangefochten gebliebenen Kostenaufteilung sind die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu 20% dem Beschwerdeführer und zu 80% der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (vgl. Urk. 90 S. 28 E. III/B/2). Die Kostenanteile sind zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2.3.2. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die Beschwerde-

gegnerin ist demnach zur Bezahlung einer auf 60% reduzierten, in ihrer Höhe unangefochten gebliebenen Parteientschädigung von Fr. 4'212.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu verpflichten (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO; Urk. 90 S. 28 E. III/B/3). Diese Entschädigung ist angesichts der offensichtlichen Mittellosigkeit der Beschwerdegegnerin voraussichtlich nicht einbringlich, zumal für den Nachweis der Uneinbringlichkeit keine allzu hohen Anforderungen gelten (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2 m.w.Hinw.). Sie ist deshalb dem unentgeltlichen Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse auszurichten, auf welche der Anspruch mit der Zahlung übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Für seine durch diese Entschädigung allenfalls ungedeckt gebliebenen notwendigen Aufwendungen wird ihn die Vorinstanz nach Einreichung der Honorarnote aus der Gerichtskasse angemessen entschädigen. Einer ausdrücklichen Anordnung im Dispositiv (vgl. Urk. 89 S. 2 Antrag 4) bedarf es hierfür nicht. Auch die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin wird für ihre notwendigen Bemühungen und Auslagen nach Einreichung der Honorarnote von der Vorinstanz aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein.

2.4. Ergänzend sind die Parteien auf Art. 123 ZPO hinzuweisen. Sollten sie – insbesondere der Beschwerdeführer durch den Verkauf der ehelichen Liegenschaft (oder andere Quellen) – zu Vermögen kommen, haben sie die Prozesskosten nachzuzahlen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur für das erstinstanzliche (Gesuchs-)Verfahren. Demgegenüber dürfen im Rechtsmittelverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich Gerichtskosten erhoben werden (BGE 137 III 470 E. 6 S. 471 ff.; 140 III 501 E. 4.3.2 S. 510 f.). Gegenpartei in diesem Verfahren ist allerdings nicht die Gegenpartei des Hauptsacheverfahrens, welcher keine formelle Parteistellung zukommt und die deshalb auch nicht zur Übernahme von Verfahrenskosten verpflichtet werden darf, sondern der Staat, d.h. der Kanton Zürich (BGE 139 III 334 E. 4.2 S. 343; BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2). Folglich hätte, nachdem der

Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren obsiegt, der Beschwerdegegner 2 die Gerichtskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 200 lit. a GOG (i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO) werden dem Kanton in Zivilverfahren jedoch keine Gerichtskosten auferlegt. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine Kosten zu erheben.

2. Die Kostenfreiheit gemäss § 200 lit. a GOG gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur für die Gerichtskosten, nicht auch für die Parteientschädigung (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 200 N 4). Eine solche kann dem Kanton auferlegt werden. Im Unterschied zur Festsetzung und Verteilung der Gerichtskosten, die von Amtes wegen erfolgt (Art. 105 Abs. 1 ZPO), gilt für die Zuspprechung einer Parteientschädigung jedoch die Dispositionsmaxime (BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344; 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447). Sie setzt somit einen Antrag voraus, an dessen Formulierung die Praxis allerdings keine hohen Anforderungen stellt; ein Vermerk wie "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen" o.Ä. am Ende des Rechtsbegehrens (oder allenfalls auch in der Begründung) genügt (BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447 f. m.w.Hinw.).

Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerdeschrift weder ausdrücklich noch mit einer entsprechenden Kurzflöskel die Zuspprechung einer Parteientschädigung beantragt (vgl. Urk. 89 S. 2 f.). Er hat auch keine Kostennote eingereicht (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO), was ebenfalls als (impliziter) Antrag auf Zuspprechung einer Parteientschädigung verstanden werden könnte. Es besteht auch kein Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO). Deren Zweckgedanke liegt darin, dass eine Partei nicht wegen prozessualer Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Sie dient jedoch nicht der Korrektur prozessualer Nachlässigkeiten und Versäumnisse. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei ab. Als anwaltlich vertretene Partei kann der Beschwerdeführer in prozessualer Hinsicht aber nicht als unbeholfen gelten. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht denn auch nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGer 4A\_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1 m.w.Hinw.). Der unterbliebene Antrag

lässt sich daher nicht auf diesem Weg nachholen. Im Übrigen ist das Gericht auch nicht verpflichtet, eine Partei oder deren Rechtsvertreter zur Einreichung der Kostennote aufzufordern (BGer 4A\_325/2015 vom 9. Februar 2016, E. 5.3 m.w. Hinw.). Mangels eines entsprechenden Antrags ist dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren somit keine Parteientschädigung zuzusprechen.

## **V. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren**

1. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Der Beschwerdeführer stellt – wohl in der unzutreffenden Meinung, (auch) das Rechtsmittelverfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege sei kostenlos (vgl. Urk. 89 S. 10 Ziff. 19 und dazu vorne, E. IV/1) – für das Beschwerdeverfahren nur den Antrag auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 89 S. 3). Sollte er sinngemäss auch um Befreiung von den Gerichtskosten (unentgeltliche Prozessführung) ersuchen, wäre dieses Gesuch mangels Kostenaufgabe gegenstandslos.

2. Dass der Beschwerdeführer zurzeit nicht über die erforderlichen Mittel zur Bezahlung von Prozesskosten verfügt, wurde bereits dargelegt. Daran hat sich nach den glaubhaften Ausführungen in der Beschwerdeschrift (Urk. 89 S. 10 Ziff. 19 ff.) nichts geändert. Seine Rechtsmittelanträge waren sodann keineswegs aussichtslos. Zudem war er zur Wahrung seiner Rechte auf rechtskundigen Beistand angewiesen. Folglich ist dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Letzterer ist allerdings bereits heute darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine Entschädigung aus der Gerichtskasse nicht erfüllt sind: Im Unterschied zur früheren kantonalrechtlichen Regelung, nach welcher der unentgeltliche Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse zu entschädigen war, wenn keine Prozessentschädigung zugesprochen wurde oder wenn diese von der Gegenpartei nicht erhältlich war (§ 89 Abs. 2 ZPO/ZH), wird der unentgeltliche Rechtsbeistand gemäss schweizerischer ZPO (nur) dann vom Kanton entschädigt, wenn (1) die von ihm vertretene Partei unterliegt (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO) oder wenn (2) dieselbe obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder vo-

raussichtlich nicht einbringlich ist (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Für den vorliegenden Fall, in welchem die unentgeltlich vertretene Partei obsiegt, aber keine Parteient-schädigung zugesprochen wird, besteht keine gesetzliche Grundlage für eine Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands durch den Kanton (*OGer ZH PC130018 vom 25.04.2013, E. 3.3*).

**Es wird beschlossen:**

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

**Es wird erkannt:**

1. a) In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 4. Januar 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "1. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. C. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
  2. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."
- b) Weiter werden die Dispositiv-Ziffern 13-15 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 4. Januar 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "13. Die Kosten werden zu 80% der Gesuchstellerin und zu 20% dem Gesuchsgegner auferlegt. Sie werden zufolge der den Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

14. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin wird nach Einreichung der Honorarnote mit separater Verfügung aus der Gerichtskasse entschädigt werden.
15. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Gesuchsgegners eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'212.– zu bezahlen (inkl. 8% MwSt). Zuzugleich Uneinbringlichkeit wird diese Entschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Gesuchsgegners aus der Gerichtskasse ausbezahlt. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf die Gerichtskasse über."

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 98 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, 17. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
mc