

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU130004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 7. Februar 2013

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge, C._____,

diese vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen ein Urteil des Präsidenten des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. Dezember 2012 (VO120181)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Mit Eingabe vom 4. Dezember 2012 gelangten die Gesuchsteller mit einer Unterhaltsklage gegen ihren Vater D._____ an das Friedensrichteramt E._____ (act. 4/18). Unter demselben Datum stellten sie beim Obergerichtspräsidenten des Kantons Zürich ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 1).

1.2 Mit Urteil vom 24. Dezember 2012 wies der Obergerichtspräsident das Gesuch ab und bestellte auch keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 6 = act. 9 = act. 11). Dagegen führen die Gesuchsteller mit Eingabe vom 16. Januar 2013 rechtzeitig Beschwerde (act. 10).

2. Materielles

2.1 Auf das Beschwerdeverfahren kommen die Art. 319 ff. ZPO zur Anwendung. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln ist ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Urteil vom 24. Dezember 2012 aus, das Erfordernis der Mittellosigkeit beider Gesuchsteller sei gegeben. Allerdings hätten die Gesuchsteller unterlassen darzulegen, worin die der Unterhaltsklage zugrunde liegende geltend gemachte wesentliche und dauerhafte Veränderung liege. Es möge sein, dass sich der Vater gemäss ihrer Darstellung weigere, aktuelle Unterlagen vorzulegen. Dennoch wäre es den Gesuchstellern ohne Weiteres möglich gewesen, die Grössenordnung der Veränderung darzulegen oder zumindest zu erklären. Sie hätten erläutern müssen, gestützt auf welche Anhaltspunkte sie davon ausgingen, dass sich die Umstände geändert hätten bzw. dass ihr Vater heu-

te wesentlich mehr verdiene als bei Abschluss der Unterhaltsverträge. Damit sei eine dauerhafte und wesentliche Veränderung der Verhältnisse lediglich behauptet, jedoch in keiner Weise glaubhaft gemacht worden. Unter diesen Umständen sei es nicht möglich zu beurteilen, ob die Voraussetzungen der fehlenden Aussichtslosigkeit gegeben seien oder nicht. Wegen der fehlenden Mitwirkungspflicht der Gesuchsteller sei das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abzuweisen (act. 11 S. 3 ff.).

2.3 Die Gesuchsteller bringen zusammengefasst vor, es sei unmöglich, Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen ihres Vater einzureichen bzw. diesbezüglich konkrete Angaben zu machen, da er sich partout weigere, darüber Auskunft zu geben. Da sie eine Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge beantragen würden, sei jedenfalls von einer Verbesserung der finanziellen Leistungsfähigkeit gegenüber dem Jahre 2009 auszugehen. Bereits der Umstand, dass sich der Vater strikte weigere, seine finanziellen Verhältnisse offen zu legen, liesse vermuten, dass Gründe für eine Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge vorliegen. Die Grössenordnung der Veränderung könne nicht abgeschätzt werden, es sei aber eine wesentliche Veränderung im Umfang von rund 20 % zu vermuten, wie es gemäss Rechtsprechung verlangt werde.

Im Eventualantrag sei ihnen im Sinne einer kurzen Nachfrist zu gestatten, eine Bestätigung der Vormundschaftsbehörde nachzureichen. Denn ihre Klage stütze sich unter anderem auf die mündliche Empfehlung von Frau F._____, einer Sachbearbeiterin der Vormundschaftsbehörde E._____. Diese habe anlässlich einer Besprechung vom 23. September 2012 Einsicht in die finanziellen Verhältnisse des Unterhaltsverpflichteten nehmen können und sei zum Schluss gekommen, dass sich diese seit der erstmaligen Festlegung der Unterhaltsbeiträge im Jahre 2009 wesentlich und dauerhaft verändert hätten. Im Weiteren erhalte ihre Mutter aus Datenschutzgründen vom Arbeitgeber des Vaters keine Auskunft über dessen Einkommen. Ihre Mutter werde von der Sozialbehörde unterstützt und sei deshalb im Sinne der Schadensminderungspflicht angehalten worden, alles Zumutbare zu unternehmen, um ihre Notlage zu beheben oder abzuwenden. Die

Leistungsfähigkeit ihres unterhaltsverpflichteten Vaters abzuklären, gehöre, wie ihrer Mutter mitgeteilt worden sei, klar zu diesem Gebot der Schadensminderungspflicht.

Die Gesuchsteller führen weiter aus, ihre Mutter sei rechtsunkundig. Die Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit und der Nachweis, ob die Voraussetzungen zu einer Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge gegeben seien, überfordere sie. Ihre Mutter sei daher nicht in der Lage, ihre Interessen vor dem Friedensrichter sachgerecht zu vertreten. Sie seien auf rechtlichen Beistand angewiesen. Die Notwendigkeit einer Rechtsvertretung sei damit gegeben (act. 10 3 ff.).

2.4 Eine Person hat im Sinne von Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass der Gesuchsteller sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den er aufgrund seiner Vermögenslage erwarten darf (ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 4; BGer 4D_30/2009 Erw. 5.1; BGE 128 I 225 Erw. 2.5.1). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, deren Gewinnaussichten nach einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren (ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 13 und Art. 119 N 13), wobei massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4). Wie die Vorinstanz richtig ausführte, sind bei der Beurteilung der Bedürftigkeit bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren strenge Massstäbe anzulegen, da die in einem Schlichtungsverfahren entstehenden Kosten beschränkt sind und sie bereits mit einem geringen Überschuss des Einkommens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden können.

Für die gerichtliche Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist zusätzlich zu den Anspruchsvoraussetzungen von Art. 117 ZPO erforderlich, dass

zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Person ein Rechtsbeistand auch tatsächlich notwendig ist. Kriterien für diese Notwendigkeit sind beispielsweise die Schwierigkeit des Falles, die Schwere des drohenden Eingriffs in die Rechtsposition der betroffenen Person, das Postulationsvermögen sowie die Sachkunde der gesuchstellenden Partei. Massgebend für die Abschätzung der Notwendigkeit sind stets die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 118 N 9).

2.4 Die Mittellosigkeit der Gesuchsteller ist erstellt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Vorinstanz ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu Recht abgewiesen hat, weil die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit der Unterhaltsklage nicht genügend begründet worden ist.

In ihrer Eingabe an das Friedensrichteramt E._____, welche der Vorinstanz als Grundlage zur Beurteilung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege diente, führten die Gesuchsteller aus, das Fehlen der Aussichtslosigkeit werde in familienrechtlichen Angelegenheiten stets bejaht (act. 4/18 S. 6).

Weiter machten die Gesuchsteller vor Vorinstanz geltend, da sich in einem der zwischen den Eltern geschlossenen und von der Vormundschaftsbehörde E._____ (seit 1. Januar 2013 wurden in der ganzen Schweiz die Vormundschaftsbehörden durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden abgelöst) genehmigten Unterhaltsverträge ein Fehler eingeschlichen habe, sei im Frühling 2012 ein neuer Unterhaltsvertrag geschlossen worden. Die Abänderung des Unterhaltsvertrages sei von der Vormundschaftsbehörde E._____ mit Beschluss vom 9. Mai 2012 genehmigt worden. Dabei sei in der neuen Vereinbarung aber nicht berücksichtigt worden, dass sich die Einkommenssituation des Vaters in der Zwischenzeit stark verändert habe. Ihre Mutter habe sich deshalb eine Anpassung an die Lebensumstände und eine allfällige gerichtliche Abänderung der Unterhaltsbeiträge ausdrücklich vorbehalten. Für die Neubeurteilung seien sie auf aktuelle Unterlagen ihres Vaters angewiesen, welche er nicht vorlegen wolle. Eine ausführliche Begründung der Klage sowie die genaue Bezifferung der Unterhaltsbeiträge könne erst nach Einsicht in diese Unterlagen erfolgen (act. 18/4 S. 3 ff.).

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist die Vorinstanz richtigerweise davon ausgegangen, dass die fehlende Aussichtslosigkeit von den Gesuchstellern nicht hinreichend begründet bzw. belegt worden ist. Es ist – wie von den Gesuchstellern geltend gemacht – zwar zutreffend, dass familienrechtliche Streitigkeiten selten als aussichtslos gelten. Darunter fallen jedoch insbesondere eherechtliche Verfahren wie Eheschutz- und Scheidungsverfahren sowie Statusverfahren wie etwa die Vaterschaftsklage. Bei der selbständigen Unterhaltsklage handelt es sich hingegen um eine rein vermögensrechtliche Streitigkeit, ungeachtet dessen, dass sich der Unterhaltsanspruch als unmittelbare Folge der familienrechtlichen Beziehung ergibt. Für die vorliegend zu beurteilende Unterhaltsklage wäre es für die Beurteilung der Prozessprognose erforderlich gewesen, das Vorliegen einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung der finanziellen Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen eingehend zu begründen bzw. zumindest darzulegen, aufgrund welcher konkreten Umstände von einer erheblichen Veränderung ausgegangen werde.

In ihrer Beschwerdeschrift an die Kammer bringen die Gesuchsteller dazu Neues vor. In Bezug auf diese neu vorgebrachten Tatsachen ist auf Art. 326 ZPO hinzuweisen. Demnach sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen. Zwar bleiben besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten (Abs. 2), worunter beispielsweise die Anfechtung eines Entscheids des Konkursgerichts oder die Arresteinsprache fallen (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, Art. 326 N 5). Im Urteil 5A_405/2011 vom 27. September 2011 hat das Bundesgericht sodann festgehalten, dass der Ausschluss von Noven sogar für Beschwerdeverfahren gilt, die der Untersuchungsmaxime unterstehen. Vorliegend kommen keine besonderen Bestimmungen zur Anwendung, weshalb die neu geltend gemachten Vorbringen der Gesuchsteller nicht zu berücksichtigen sind und auf die Gegebenheiten vor Vorinstanz abzustellen ist.

2.5 Die (anwaltlich vertretenen) Gesuchsteller stellen den Eventualantrag, dass ihnen eine Nachfrist anzusetzen sei, um die nicht vorhandene Aussichtslosigkeit zusätzlich zu begründen bzw. zu belegen (act. 10 S. 2). Diesem Antrag ist nicht

stattzugeben. Formell mangelhafte Gesuche können von den Gesuchstellern im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO innert einer gerichtlichen Nachfrist verbessert werden. Die Nachfrist kann jedoch nicht dazu benützt werden, inhaltlich ungenügende Gesuche, wie vorliegend die ungenügende Begründung der fehlenden Aussichtslosigkeit, nachträglich zu verbessern, es sei denn, die betreffende Partei sei nach dem Novenrecht hierzu berechtigt (ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 132 N 4). Die fehlende Aussichtslosigkeit wäre mit Einreichung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abschliessend darzulegen gewesen; für eine nachträgliche Verbesserung der Beschwerde besteht kein Raum.

2.6 Im Sinne dieser Erwägungen ist die Beschwerde der Gesuchsteller abzuweisen.

2.7 Anzufügen bleibt, dass Frau F._____ vom Jugendsekretariat Bezirke G._____ und E._____ im Rahmen der Abänderung des einen Unterhaltsvertrages wohl Einblick in die finanziellen Verhältnisse der Eltern der Gesuchsteller hatte. Aus dem Auszug aus dem Protokoll der Vormundschaftsbehörde E._____ vom 9. Mai 2012 bezüglich der Genehmigung der Abänderung des Unterhaltsvertrages geht hervor, dass Frau F._____ schriftlich bestätigte, einer Genehmigung der Vereinbarung stehe nichts entgegen (vgl. act. 4/8). Es ist zumindest davon auszugehen, dass eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der finanziellen Verhältnisse des Unterhaltsverpflichteten bei der erneuten Festlegung der Unterhaltsbeiträge in der Vereinbarung hätte berücksichtigt werden und gegebenenfalls zu einer Nichtgenehmigung hätte führen müssen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGerZH NQ110017 vom 8. September 2011).

3.2 Die Gesuchsteller stellten für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeiständung (act. 10 S. 2). Auch für das Rechtsmittelverfahren wird die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO gewährt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen und im summarischen Verfahren zu entscheiden (vgl. Art. 119 Abs. 3 und 5 ZPO). Aufgrund der Aussichtslosigkeit des Rechtsmittelbegehrens ist das Begehren um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Das Gesuch der Gesuchsteller um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller sowie an den Obergerichtspräsidenten, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.
Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.– (geschätzt).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: