

Obergericht des Kantons Zürich

Präsident



Geschäfts-Nr.: VO120102-O/U

Mitwirkend: der Obergerichtspräsident lic. iur. R. Naef sowie
die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu-Zweifel

Urteil vom 14. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

betreffend **Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege**

Erwägungen:

1. Ausgangslage

- 1.1. Mit Eingabe vom 27. Juni 2012 liess A. _____ (nachfolgend: Gesuchstellerin) durch ihre Rechtsvertreterin beim Obergericht des Kantons Zürich ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung für eine beabsichtigte Klage auf Abänderung des vereinbarten Unterhalts gegen C. _____ einreichen. Zudem liess sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung für aussergerichtliche Verhandlungen stellen (act. 1).
- 1.2. Im Schlichtungsverfahren werden gemäss Art. 113 Abs. 1 ZPO keine Parteientschädigungen gesprochen, weshalb auch eine Sicherheit für die Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO nicht zur Frage steht. Die Gegenpartei ist daher gemäss Art. 119 Abs. 3 ZPO e contrario nicht zwingend anzuhören.

2. Beurteilung des Gesuchs

- 2.1. Für die Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage bei Gericht ist gemäss § 128 GOG der Obergerichtspräsident im summarischen Verfahren (Art. 119 Abs. 3 ZPO) zuständig. Die unentgeltliche Rechtspflege ist gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO vor jeder Instanz neu zu beantragen, weshalb der Obergerichtspräsident diese bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nur bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens bewilligen kann.
- 2.2. Die unentgeltliche Rechtspflege wird vor der Klageeinreichung nur gewährt, wenn das Schlichtungsverfahren später mit hinreichender Wahrscheinlichkeit tatsächlich anhängig gemacht wird und die verteidigte Person als klägerische Partei auftritt. Vorausgesetzt wird damit, dass es sich um ein genau umschriebenes Prozessverfahren und nicht um eine unbestimmte Zahl erst noch zu bestimmender prozessualer oder ausserprozessualer Schritte handelt (Hauser/Schweri/Lieber, Kommentar zum zürcherischen

Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich/Basel/Genf 2012, § 128 N 2). Obwohl das Schlichtungsverfahren vorliegend noch nicht eingeleitet wurde, ist bekannt, dass das Schlichtungsgesuch eine Klage der Gesuchstellerin auf Abänderung des Unterhaltsvertrages vom 16. Februar 2010 gegen den Kindsvater C._____ zum Gegenstand haben wird. Damit ist das Prozessverfahren hinreichend bestimmbar und ist folglich über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden.

- 2.3. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie einerseits nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (sog. "Mittellosigkeit" oder "Bedürftigkeit") und andererseits ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

Die Mittellosigkeit wird gemeinhin dann bejaht, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. "zivilprozessualer Notbedarf") das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, welcher es der gesuchstellenden Person nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Nebst dem Einkommen ist auch das Vermögen zur Bestreitung des Prozessaufwands einzusetzen. Zu berücksichtigen ist vorhandenes Vermögen jeglicher Art, soweit es effektiv verfügbar, realisierbar und sein Verbrauch zumutbar ist. Als Lebensaufwandkosten sind zu berücksichtigen der Grundbetrag, rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge, Wohnkosten, obligatorische Versicherungen, Transportkosten zum Arbeitsplatz, Steuern sowie Verpflichtungen gegenüber Dritten, wenn sie tatsächlich erfüllt werden (Emmel in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 117 N 9). Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung (Emmel, a.a.O., Art. 117 N 4).

- 2.4. Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren sind sehr strenge Massstäbe anzulegen: Einerseits sind die in einem Schlichtungsverfahren entstehenden

Kosten – anders als vor einer Gerichtsstanz – sehr beschränkt und können deshalb bereits bei einem relativ geringen Überschuss des Einkommens und Vermögens über den zivilprozessualen Notbedarf bestritten werden. Andererseits braucht es ganz besondere Umstände, damit die Bestellung eines Rechtsbeistandes gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO als notwendig erscheint.

- 2.5. Die gesuchstellende Person hat gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO die zur Beurteilung ihres Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen - es trifft sie bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Kommt sie dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und kann als Folge davon ihre Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden, ist der Anspruch um unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (BGE 120 Ia 179).
- 2.6. Dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gehen allfällige gesetzliche Unterhaltspflichten wie bspw. die Unterhaltspflicht der Eltern für ihre Kinder gemäss Art. 276 ff. ZGB vor (vgl. BGE 127 I 202), weshalb vorliegend insbesondere zu prüfen ist, ob die Gesuchstellerin nicht auf der Grundlage solcher Verpflichtungen die nötigen finanziellen Mittel erhältlich machen kann. Konkret sind deshalb die finanziellen Verhältnisse der Mutter der Gesuchstellerin in die Beurteilung ihrer Mittellosigkeit einzubeziehen.
- 2.7. Gemäss den glaubhaften Ausführungen im Gesuch handelt es sich bei der rund zwei Jahre alten Gesuchstellerin um ein einkommens- und vermögensloses Kleinkind (act. 1 S. 2). Von ihrem Vater erhält sie monatliche Unterhaltsleistungen von Fr. 250.- (act. 3/1). Die Kindsmutter arbeitet im "D. _____" in E. _____ zu 80 Prozent, befindet sich aber in gekündigtem Arbeitsverhältnis (act. 3/3, act. 1 S. 2). Ihr aktuelles Einkommen beträgt Fr. 2'760.- netto pro Monat (act. 3/3). Zudem erhält sie den eigenen Angaben zufolge Kinderzulagen von Fr. 200.- pro Monat (act. 1 S. 2). Die monatlichen Einkünfte der Gesuchstellerin und ihrer Mutter belaufen sich somit gegenwärtig auf insgesamt Fr. 3'210.-. Im Weiteren verfügt die Kindsmutter über ein Konto bei der ..., welches per 25. Juni 2012 einen Minussaldo von

Fr. 976.92 aufwies (act. 3/10). Die notwendigen Lebenshaltungskosten für sich und die Kindsmutter beziffert und belegt die Gesuchstellerin sodann wie folgt: Mietkosten Fr. 786.50 pro Monat (act. 3/6), Krankenkasse KVG Gesuchstellerin und Kindsmutter Fr. 209.10 pro Monat (Fr. 82.10 Gesuchstellerin zzgl. Fr. 283.- Mutter abzgl. Fr. 156.- IPV [act. 3/7]), Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 22.75 pro Monat (act. 3/8), öffentlicher Verkehr Fr. 80.- pro Monat (nicht ausgewiesen, aber angemessen), Fremdbetreuungskosten Gesuchstellerin Fr. 373.- pro Monat (act. 3/9) sowie Steuern Fr. 57.- pro Monat (act. 3/11). Unter Berücksichtigung des Grundbetrags für sich und die Gesuchstellerin kann die Mutter bei den gegebenen finanziellen Verhältnissen (Einkommen Fr. 3'210.-, kein Vermögen, Notbedarf Fr. 3'278.35) nicht angehalten werden, aufgrund allfälliger familienrechtlicher Unterhaltspflichten einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Das Erfordernis der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist damit gegeben.

- 2.8. Für die Beurteilung der fehlenden Aussichtslosigkeit als zweite Voraussetzung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist eine gewisse Prozessprognose notwendig, wobei auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen ist. Als aussichtslos sind dabei 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 (vgl. z.B. BGE 69 I 160). Zur Vornahme der Prüfung ist auf die vorhandenen Akten abzustellen (vgl. auch BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 20).
- 2.9. Gemäss Art. 287 Abs. 2 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB setzt das Gericht den Unterhaltsbeitrag bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu fest oder hebt ihn auf. Dem Unterhaltsvertrag vom 16. Februar 2010 wurde für den Zeitpunkt nach dem Abschluss der Lehre ein monatliches Einkommen des Kindsvaters (act. 3/2) von Fr. 40'000.- pro Jahr (Fr. 3'333.35 pro Monat) zugrunde gelegt (act. 3/1). Zum jetzigen Einkommen des Vaters lässt die Gesuchstellerin geltend machen, er habe seine Lehre beendet und arbeite als Kanalreiniger bei der

Firma F._____ AG in G._____. Der durchschnittliche Arbeitslohn in dieser Branche liege über Fr. 3'500.- pro Monat (act. 1 S. 3). Das konkrete aktuelle Einkommen des Kindsvaters ist damit zwar nicht bekannt, daraus kann der Gesuchstellerin jedoch kein Nachteil gereichen, hat es der Kindsvater doch bis anhin offenbar abgelehnt, an einer Neuberechnung des Unterhaltsbeitrages mitzuwirken (act. 1 S. 2). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Einkommen des Kindsvaters höher ist als im Unterhaltsvertrag angenommen worden ist. Damit erscheint das Begehren auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge nicht als aussichtslos. Folglich kann dem Antrag der Gesuchstellerin entsprochen werden und ist ihr für das beabsichtigte Schlichtungsverfahren betreffend oberwähnte Abänderungsklage die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen.

- 2.10. Ein Anspruch auf die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes besteht im Wesentlichen dann, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Ist ein gesetzlicher Vertreter in der Lage, die Interessen des Vertretenen in angemessener Weise zu wahren, erweist sich die Bestellung eines unentgeltlichen Vertreters durch das Gericht als nicht notwendig (ZR 83 [1984] S. 271; BGE 110 IA 87). Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich beim gesetzlichen Vertreter um den Inhaber der elterlichen Gewalt, den Vormund oder einen Beistand handelt. Kindern unter 18 Jahren wird für Klagen gegen die eigenen Eltern grundsätzlich ein Beistand bestellt (vgl. Art. 306 Abs. 2 ZGB, Art. 308 ZGB und Art. 309 ZGB). Ist dies der Fall, erübrigt sich die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, da die rechtskundige Vertretung gewährt ist. Ist ein Beistand hingegen wie vorliegend nicht bestellt worden, so ist über das Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung mangels anderweitiger Vertretung zu entscheiden.

Wie dargelegt, bedarf es ganz besonderer Umstände, damit die Bestellung eines Rechtsbeistandes im Schlichtungsverfahren als notwendig erscheint, d.h. es sind hohe Anforderungen an die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zu stellen. Allgemein ausgedrückt hat eine Partei dann An-

spruch auf Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen (Emmel, a.a.O., Art. 118 N 5). Dabei sind neben der Komplexität der Rechtsfragen und der Unübersichtlichkeit des Sachverhaltes auch in der Person des Betroffenen liegende Gründe zu berücksichtigen, so das Alter, die soziale Situation, Sprachkenntnisse sowie allgemein die Fähigkeit, sich im Verfahren zurecht zu finden (Entscheid des Bundesgerichts 1C_339/2008 vom 24. September 2008 E. 2.2.).

Solche besonderen Schwierigkeiten sind vorliegend zu verneinen, zumal gestützt auf die vorhandenen Akten keine Hinweise bestehen, es handle sich um eine besonders komplexe Abänderungsklage mit Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht. Seitens der Gesuchstellerin wird denn auch nicht dargelegt, worin die Komplexität vorliegend bestehen soll. Selbst wenn die finanziellen Verhältnisse des Beklagten in der Hauptsache zurzeit nicht bekannt sind, kann daraus keine Komplexität des Verfahrens abgeleitet werden, zumal für Unterhaltsklagen wie die Vorliegende die Untersuchungsmaxime gilt (Art. 296 ZPO). Kommt hinzu, dass dem Gesuch zufolge keine zerstrittenen Verhältnisse der Kindeseltern bestehen (act. 1 S. 3). Auch unter Berücksichtigung des Alters und der Sprachkenntnisse der Kindsmutter ist es ihr zumutbar, die Interessen der Gesuchstellerin zumindest im Schlichtungsverfahren selbst zu vertreten. Im Weiteren bestehen keine Hinweise, die Gegenpartei sei anwaltlich vertreten (act. 1). Das Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ist deshalb abzuweisen. Es ist der Gesuchstellerin jedoch unbenommen, mit Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht erneut um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersuchen.

- 2.11. Im Weiteren lässt die Gesuchstellerin um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als vorprozessuale Rechtsverbeiständung für aussergerichtliche Verhandlungen mit dem Kindsvater ersuchen (act. 1). Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für die Prozessvorbereitung rechtfertigt

sich ebenfalls nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände und ist nur für Ausnahmen konzipiert (vgl. Art. 106 Abs. 3 VE-ZPO). Sie soll der bedürftigen Partei in erster Linie ermöglichen, die Erfolgsaussichten einer ins Auge gefassten Klage durch eine rechtskundige Person prüfen zu lassen und die dazu vor Klageanhebung nötigen Abklärungen in tatsächlicher und (bei schwierigen Rechtsfragen, ausländischem Recht etc.) rechtlicher Hinsicht zu treffen. Damit soll in erster Linie vermieden werden, dass sich die bedürftige Partei mit einer allenfalls aussichtslosen Klage einem unnötigen Prozessrisiko aussetzt (ZR 97 [1998] Nr. 21). Eine vorprozessuale Rechtsverbeiständung wird somit bestellt, wenn es sich um Vorbereitungsarbeiten handelt, die gegebenenfalls von der vom Prozessgericht zu bewilligenden unentgeltlichen Rechtspflege nicht erfasst wären; dies betrifft bspw. die Prüfung der Prozessaussichten oder der Zuständigkeit (Hauser/Schweri/Lieber, a.a.O., § 128 N 3 ff.). Keine Bestellung erfolgt hingegen für den Zweck, die Kosten eines Rechtsvertreters für aussergerichtliche Vergleichs- oder Vermittlungsverhandlungen zu decken (vgl. auch Emmel, a.a.O., Art. 118 N 12 mit weiterem Verweis). Insoweit ist das Gesuch der Gesuchstellerin abzuweisen.

3. Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege

Gemäss den einschlägigen Bestimmungen der ZPO werden die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege vom "Kanton" getragen bzw. wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom "Kanton" entschädigt (Art. 113 Abs. 1 und Art. 122 ZPO). Der ständigen Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich zur Schweizerischen Zivilprozessordnung folgend sowie entsprechend der bisherigen zürcherischen Praxis sind die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde von der zuständigen Gemeinde zu tragen. Zu beachten ist indes, dass die Kosten des Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 207 Abs. 2 ZPO bei der Einreichung der Klage zur Hauptsache geschlagen werden und das erkennende Gericht somit in der Folge über diese zusammen mit den übrigen Prozesskosten gemäss Art. 104 ff. ZPO zu entscheiden hat. Die Kostenaufgabe an die Gemeinde erfolgt deshalb unter diesem Vorbehalt.

4. Kosten und Rechtsmittel

- 4.1. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege kostenlos.
- 4.2. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Gesuchsteller den Entscheid mit Beschwerde gemäss Art. 121 ZPO beim Obergericht anfechten. Das vorliegend der Obergerichtspräsident über das Gesuch befindet, vermag daran nichts zu ändern. Der Obergerichtspräsident fällt in diesem Verfahren einen erstinstanzlichen Entscheid i.S.v. Art. 319 lit. b ZPO und fungiert nicht als obere kantonale Instanz, gegen deren Entscheide lediglich ein Rechtsmittel ans Bundesgericht gegeben wäre.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchstellerin wird für das beabsichtigte Schlichtungsverfahren betreffend Klage auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge gegen C._____ die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Eine unentgeltliche Rechtsbeiständin wird nicht bestellt.
2. Die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege des Schlichtungsverfahrens trägt unter Vorbehalt von Art. 207 Abs. 2 ZPO die Gemeinde, in welcher die Schlichtungsverhandlung durchgeführt wird.
3. Das Gesuch um Bestellung einer vorprozessualen unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird abgewiesen.
4. Das obergerichtliche Verfahren ist kostenlos.
5. Schriftliche Mitteilung, gegen Empfangsschein, an die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, dreifach, für sich, die Kindesmutter und die Gesuchstellerin.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert **10 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammern, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen. **Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

Zürich, 14. Juli 2012

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu-Zweifel

versandt am: