

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## **Beschluss und Urteil vom 19. April 2018**

in Sachen

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

Klägerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht im summarischen Verfahren

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 (EE170109-C)**

## Erwägungen:

### 1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 7. August 2017 machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden Klägerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) gegen ihren Ehemann, den Beklagten des Hauptsacheverfahrens, ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Für das damit eingeleitete Verfahren ersuchten beide Parteien um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. -vorschusses zu Lasten der Gegenpartei, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Urk. 1 S. 2; Urk. 9; Prot. I S. 3 i.V.m. Urk. 12 S. 2 und Urk. 14 S. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung (vgl. Prot. I S. 2 ff.) erging am 23. Oktober 2017 das zunächst ohne Begründung eröffnete (Urk. 16) und der Klägerin auf entsprechendes Begehren (Urk. 18) am 20. Februar 2018 in begründeter Fassung zugestellte vorinstanzliche Urteil (Urk. 20 = Urk. 24; Urk. 21). Damit wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt, die eheliche Wohnung in B.\_\_\_\_\_ der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen, der Beklagte zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin verpflichtet und deren Antrag auf Anordnung eines Kontakt- und Rayonverbots abgewiesen (Urk. 24 S. 26 ff. Disp.-Ziff. 1-5). Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 3'300.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt (Urk. 24 S. 29 Disp.-Ziff. 6 und 8). Zudem wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 24 S. 29 Disp.-Ziff. 7). Mit gleichentags ergangener Verfügung entschied die Vorinstanz über die prozessualen Gesuche wie folgt (Urk. 24 S. 25):

- "1. Der von der Klägerin gestellte Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 4'000.– durch den Beklagten wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Der vom Beklagten gestellte Antrag auf Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
4. Das Gesuch der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird abgewiesen.

5. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
6. ... [Mitteilung]
7. ... [Rechtsmittelbelehrung]".

1.2. Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 1. März 2018 Beschwerde mit dem Antrag, Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben und ihr für das Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtsbeistandung zu bewilligen bzw. ihre Vertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 23 S. 2 Antrag 1). Überdies erklärte sie gegen Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils (Höhe der Parteientschädigung) "Berufung", die als Beschwerde entgegengenommen wurde und wegen der unterschiedlichen Gegenparteien im Beschwerdeverfahren (vgl. nachstehend, E. 2.1 und E. 6.1) als separates Verfahren geführt wird (Geschäfts-Nr. RE180002-O). In prozessualer Hinsicht ersucht die Klägerin (auch) für das vorliegende Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung ihrer Rechtsvertreterin zur unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Urk. 23 S. 2 S. Antrag 3).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-22). Weitere prozessuale Anordnungen sind nicht ergangen.

1.3. Neben der Klägerin reichte auch der Beklagte Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung bzw. deren Dispositiv-Ziffer 5 ein, welche mit Entscheidung vom 4. April 2018 erledigt wurde (Geschäfts-Nr. RE180004-O Urk. 28). In der Sache selbst und auch mit Bezug auf die Kostenfolgen blieb der Eheschutzentscheid unangefochten.

## 2. Prozessuales

2.1. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet der vorinstanzliche Entscheidung, der Klägerin die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zu verweigern (Disp.-Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung; s.a. Urk. 23 S. 3). Dem Beklagten des Hauptsacheverfahrens kommt in diesem Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2 S. 343; BGer 5A\_381/2013 vom

19. August 2013, E. 3.2). Es ist ihm deshalb keine Frist zur Beantwortung der Beschwerde anzusetzen (vgl. Art. 322 ZPO). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (vgl. Art. 324 ZPO).

2.2. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Gegen die (teilweise) Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Beschwerde im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO). Sie wurde von der Klägerin, die durch die angefochtene Verfügung beschwert und deshalb zur Beschwerdeerhebung legitimiert ist, form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 119 Abs. 3 Satz 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 21). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehende E. 2.3) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinandersetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge.

2.4. 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; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.;

ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

### 3. Materielle Beurteilung

3.1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten ihres Verfahrens vollumfänglich dem Beklagten und verpflichtete diesen, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 24 S. 22 f. E. VII.1 und E. VII.4). Weil der Klägerin – so die Vorinstanz – keine Gerichtskosten auferlegt würden, sei deren Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Urk. 24 S. 24 E. VIII.1.3). Aus demselben Grund sei auch deren eventualiter gestelltes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) als gegenstandslos abzuschreiben. Für die Kosten der anwaltlichen Vertretung sei der Klägerin eine Parteientschädigung zugesprochen worden. Da die Zahlungsfähigkeit des Beklagten und damit die Einbringlichkeit der Parteientschädigung ausser Zweifel stehe, sei das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) abzuweisen (Urk. 24 S. 24 E. VIII.2).

3.2. Die Klägerin räumt ein, dass ihr Armenrechtsgesuch zu Recht als gegenstandslos abgeschrieben worden sei, soweit es sich auf die Befreiung von Gerichtskosten gerichtet habe. Hingegen habe die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung in Verletzung von Art. 122 Abs. 2 ZPO zu Unrecht abgewiesen. Zur Begründung rügt die Klägerin im Wesentlichen, dass sich die Vorinstanz auf einen Bundesgerichtsentscheid gestützt habe, der vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO ergangen und deshalb nicht einschlägig sei. Nach der allein massgeblichen ZPO sei das Vorliegen der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung grundsätzlich zu prüfen und vorliegend auch zu bejahen. Die Vorinstanz verkenne den Gehalt von Art. 122 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Bestimmung werde der unentgeltliche Rechtsbeistand der unentgeltlich prozessführenden Partei, wenn diese obsiege und die ihr zugesprochene Parteientschädigung nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich sei, vom Kanton an-

gemessen entschädigt. Wegen dieses verfassungsrechtlich geschützten Anspruchs der Partei (recte: des unentgeltlichen Rechtsvertreters) auf angemessene Entschädigung sei das Gericht nicht davon entbunden, die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsverteistandung zu prüfen und diese zu bewilligen, wenn sie vorlägen. Indem die Vorinstanz das klägerische Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteistandung abgewiesen habe, obwohl die Bewilligungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt gewesen seien, habe sie einen wesentlichen Rechtsgrundsatz missachtet. Ausserdem habe die Vorinstanz in willkürlicher Weise angenommen, die Zahlungsfähigkeit des Beklagten stehe ausser Zweifel. Diese Annahme sei angesichts der drohenden Ausweisung des Beklagten, die der Vorinstanz aufgrund des Schreibens des Migrationsamts vom 21. August 2017 (Urk. 27/3 = Urk. 15/1) bekannt gewesen sei, aktenwidrig und realitätsfremd. Das zeige sich auch darin, dass die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland das Strafverfahren gegen den Beklagten mittlerweile eingestellt habe, weil dieser unbekanntes Aufenthalts sei. Schliesslich gehe die Vorinstanz davon aus, dass der Beklagte aufgrund der Einkommensverhältnisse ab März 2018 in der Lage sein werde, die Parteientschädigung zu bezahlen. Damit setze sie sich in Widerspruch zur bundesgerichtlichen Praxis, wonach die finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege massgebend seien. Zu diesem Zeitpunkt, am 7. August 2017, sei der Beklagte aber nicht in der Lage gewesen, "einen Prozesskostenvorschuss" zu bezahlen (Urk. 23 S. 3 ff. Ziff. 2). Die von der Klägerin darüber hinaus erhobene Rüge, die Parteientschädigung sei willkürlich tief festgesetzt worden (Urk. 23 S. 5 oben), ist Gegenstand des Verfahrens Nr. RE180002-O und vorliegend nicht zu prüfen.

3.3. Das zur Begründung ungewisser Einbringlichkeit der Parteientschädigung vorgetragene Argument, das Strafverfahren gegen den Beklagten sei eingestellt worden, weil dieser unbekanntes Aufenthaltes sei (Urk. 23 S. 6), und die zum Beleg eingereichte Sistierungsverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 13. Februar 2018 (Urk. 27/4) werden erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebracht. Es handelt sich demnach um unzulässige neue Vorbringen und Beweismittel. Als solche sind sie unbeachtlich und zum Nachweis

eines Beschwerdegrundes (Art. 320 ZPO) von vornherein unbehelflich (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4).

3.4. Die Vorinstanz ging zutreffend davon aus, dass ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags oder um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bezug auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist, wenn der gesuchstellenden Partei – wie vorliegend – keine Gerichtskosten auferlegt werden. Anders verhält es sich jedoch, soweit die obsiegende resp. nicht kostenpflichtige Partei auch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ersucht. Mit Bezug auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist nämlich Art. 122 Abs. 2 ZPO zu beachten. Danach ist die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand der unentgeltlich prozessführenden Partei vom Kanton angemessen zu entschädigen, wenn Letztere obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, wobei an den Nachweis der Uneinbringlichkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Vorschrift von Art. 122 Abs. 2 ZPO, welche Art. 29 Abs. 3 BV konkretisiert (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2), gewährt dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der obsiegenden (bzw. nicht zur Kostentragung verpflichteten; vgl. BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 57; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 5) Partei einen verfassungsmässigen Anspruch auf angemessene Entschädigung seiner notwendigen Bemühungen. Dieser verfassungsmässige Anspruch besteht auch dann, wenn der unentgeltliche Rechtsbeistand durch die der Gegenpartei auferlegte Parteientschädigung honoriert wird. Auch diesfalls muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat entschädigt wird. Das wiederum setzt voraus, dass er zum unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt wurde. Das Bundesgericht liess deshalb (im von der Vorinstanz genannten Entscheid) schon unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnungen mit Blick auf Art. 29 Abs. 3 BV eine Abschreibung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverbeiständung der obsiegenden, entschädigungsberechtigten Partei nur dann zu, wenn es sich bei der kostenpflichtigen Gegenpartei um ein Gemeinwesen oder um eine private Partei handelte, deren Zahlungsfähigkeit ausser Zweifel stand. Erwies sich

deren Zahlungsfähigkeit indessen als unsicher, musste das Gesuch beurteilt werden (BGer 5A\_849/2008 vom 9. Februar 2009, E. 2.2.2). Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht nach Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO bestätigt: Auch nach der zu Art. 122 Abs. 2 ZPO ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung darf das Gericht ein Gesuch der obsiegenden (bzw. entschädigungsberechtigten) Partei um unentgeltliche Rechtsverteidigung nicht schon deshalb abweisen oder als gegenstandslos abschreiben, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen worden ist. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit die zugesprochene Parteientschädigung ohne weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat entschädigt wird (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2; BGer 4A\_585/2015 vom 11. April 2016, E. 6). Nach der obergerichtlichen Praxis ist diesfalls (spätestens) im Endentscheid über das Gesuch zu entscheiden (*OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II/C/2; OGer ZH LY160033 vom 15.11.2016, E. 4.3; OGer ZH LA170005 vom 03.05.2017, E. 9.3*).

3.5. Im vorliegenden Fall steht die Solvenz des Beklagten aufgrund des vor Vorinstanz bestehenden Aktenstands keineswegs fest und ist schon gar nicht ausser Zweifel. So reicht das Einkommen der Parteien gemäss der vorinstanzlichen Bedarfs- und Unterhaltsberechnung bis Ende Februar 2018 genau zur Deckung der beiden Bedarfe (Urk. 24 S. 5-20 E. V). Ein Überschuss zugunsten des Beklagten, aus dem er die Parteientschädigung an die Klägerin bezahlen könnte, resultiert bis zu diesem Zeitpunkt nicht. Ein solcher ergibt sich (aufgrund des der Klägerin angerechneten höheren hypothetischen Einkommens) erst für die Zeit ab 1. März 2018. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte, dass der Beklagte über realisierbares Vermögen verfügt (vgl. Urk. 3/5; Urk. 10/2; Urk. 15/5). Hinzu kommt, dass im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids ernsthaft mit dem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und der Ausweisung des Beklagten aus der Schweiz gerechnet werden musste, was der Vorinstanz bekannt war. So hielt sie dem Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2017 das von ihm eingereichte Schreiben des Migrationsamts vom 21. August 2017 vor und fragte ihn,



ob er bereits eine (Wegweisungs-)Verfügung erhalten habe, was er verneinte (Prot. I S. 8). In diesem Schreiben war dem Beklagten mitgeteilt worden, dass das Migrationsamt beabsichtige, seine Aufenthaltsbewilligung zu widerrufen und ihm eine Frist zum Verlassen der Schweiz anzusetzen. Im Zeitpunkt der Beurteilung des Armenrechtsgesuchs war mithin absehbar, dass der Beklagte mit grosser Wahrscheinlichkeit in näherer Zukunft aus der Schweiz ausgewiesen würde. Unter diesen Umständen durfte nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, seine Solvenz bzw. die Einbringlichkeit der ihm auferlegten Parteientschädigung stehe ausser Zweifel. Vielmehr hätte das klägerische Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin materiell beurteilt werden müssen. Wenn die Vorinstanz dasselbe dennoch unter Hinweis auf die ausser Zweifel stehende Einbringlichkeit der der Klägerin für die Kosten der anwaltlichen Vertretung zugesprochenen Parteientschädigung abgewiesen hat, liegt darin eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO i.V.m. Art. 122 Abs. 2 ZPO. Insofern hat die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO). Die Beschwerde ist begründet und Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben.

#### 4. Neuer Sachentscheid

4.1. 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).

4.2. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 f. ZPO hat eine Partei Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint und dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist.

4.3. Prozessuale Bedürftigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 lit. a ZPO liegt vor, wenn der Gesuchsteller finanziell nicht in der Lage ist, zusätzlich zu seinem Lebensunterhalt Prozesskosten aus seinem Vermögen oder sei-

nem Einkommen zu bestreiten. Es erscheint glaubhaft, dass die Klägerin über kein Vermögen verfügt, das sie zur Bestreitung von Prozesskosten einsetzen könnte (vgl. Urk. 3/5; Urk. 3/8; Urk.13/6). Auch aus ihrem Einkommen kann sie keine Prozesskosten bezahlen. Damit vermag sie nicht einmal ihren eigenen Bedarf zu decken (vgl. Urk. 24 S. 8 ff.), sondern ist auf Unterhaltsbeiträge vom Beklagten angewiesen, welche nach dem (unangefochten gebliebenen) vorinstanzlichen Urteil jedoch keinen Überschussanteil enthalten (vgl. Urk. 24 S. 19 E. V.6.2). Mangels finanzieller Leistungsfähigkeit fällt auch die Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrags durch den vermögenslosen Beklagten (vgl. Urk. 3/5; Urk. 10/2; Urk.15/5), bei dem erst ab März 2018 ein Einkommensüberschuss in Aussicht steht, ausser Betracht (vgl. Urk. 1 S. 2 und Urk. 12 S. 2). Die Klägerin ist somit als mittellos im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV bzw. Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten. Ihre Rechtsbegehren waren zudem keineswegs aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV (dazu BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4 S. 218). Ferner war die rechtsunkundige und mit dem Eheschutzverfahren nicht vertraute Klägerin zur wirksamen Wahrung ihrer Rechte auf eine anwaltliche Verbeiständung angewiesen, zumal auch der Beklagte anwaltlich vertreten war (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist folglich stattzugeben, und es ist ihr für das erstinstanzliche Verfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Zugleich ist die Klägerin auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

##### 5. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

Die Klägerin ersucht auch für das Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Urk. 23 S. 2 Antrag 3 und S. 8; s.a. Art. 119 Abs. 5 ZPO). Nachdem ihr keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. nachstehend, E. 6.1), ist ihr Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Soweit sie die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin beantragt (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist das Gesuch gutzuheissen. Der von ihr gestellte Rechtsmittelantrag war keineswegs aussichtslos, und die mittellose und

rechtsunkundige Klägerin (vgl. vorstehend, E. 4.3) war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte (auch) im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsverteidigung erfüllt, und der Klägerin ist für das Beschwerdeverfahren in der Person ihrer Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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.; BGE 140 III 501 E. 4.3.2 S. 510 f.). Gegenpartei in diesem Verfahren ist allerdings nicht die Gegenpartei des Hauptsacheverfahrens (Beklagter), 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 die Klägerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren obsiegt, der Beschwerdegegner 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.

6.2. 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 ist beantragt (Urk. 23 S. 2; vgl. BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344; BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447) und der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der obsiegenden Klägerin aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. auch BGer 5A\_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5 m.Hinw. auf BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 59). Sie ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 sowie § 13 Abs. 1 und 2 Anw-GebV auf Fr. 800.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
"4. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppel von Urk. 23 und Urk. 25 sowie Kopien von Urk. 27/3-8, an das Migrationsamt des Kantons Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.  
  
Die vorinstanzlichen Akten gehen in das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RE180002-O.
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 Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt unter Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
cm