

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 7. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Bezirksgericht Uster,

Beschwerdegegnerin

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 24. Oktober 2013 (FE130094-I)**

Erwägungen:

1. a) Der Beschwerdeführer befindet sich vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren. Nach der Einigungsverhandlung erliess diese am 24. Oktober 2013 eine prozessleitende Verfügung. Unter anderem wies sie darin das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ab (Vi Urk. 31 = Urk. 2, Dispositivziffer 3).

b) Hiergegen richtet sich die mit Eingabe vom 21. November 2013 erhobene Beschwerde. Der Beschwerdeführer beantragt darin, es sei ihm für das erstinstanzliche Verfahren ab 20. August 2013 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Zudem stellt er ein Armenrechtsgesuch für das Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 2). Der Gegenpartei im Hauptverfahren kommt im Beschwerdeverfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (vgl. BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013 E. 3.2 mit Hinweisen). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. a) Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Nach der Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV, welche auch unter der ZPO ihre Gültigkeit behält (BGer 4A_459/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 1.2 mit Hinweis), gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 135 I 223 E. 5.1 mit Hinweisen). Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen

werden. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Zwangsbedarf der gesuchstellenden Person ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen (BGE 118 Ia 370 f. E. 4a); dabei sollte es der monatliche Überschuss ihr ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Entscheidend ist, ob die gesuchstellende Person mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (BGE 109 Ia 9 E. 3a mit Hinweisen; 118 Ia 370 E. 4a).

b) Eine Person, die ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Es obliegt mithin grundsätzlich der gesuchstellenden Person, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen. Verweigert eine gesuchstellende Person die zur Beurteilung ihrer aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so kann die Bedürftigkeit verneint werden. Um unnütze Ausgaben zu vermeiden, hat das Gericht im öffentlichen Interesse den Sachverhalt zwar von Amtes wegen abzuklären. Es hat den Sachverhalt dort (weiter) abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuches benötigt. Der Untersuchungsgrundsatz entbindet die gesuchstellende Person aber nicht von ihrer Mitwirkungsobliegenheit. Verweigert sie die zur Beurteilung ihrer aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so kann das Gericht die Bedürftigkeit verneinen. Es ist nicht verpflichtet, den Sachverhalt von sich aus nach jeder Richtung hin weiter abzuklären (BGer 4A_319/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.2 mit Hinweisen).

3. Die Vorinstanz hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen, da der Beschwerdeführer seine Einkommensverhältnisse nicht hinreichend belegt habe. Sie wirft ihm vor, er habe nur drei Lohnabrechnungen aus dem Jahre 2013 eingereicht (Urk. 2 S. 3 f.). Der Beschwerdeführer hält diesen Vorwurf für verfehlt. Im fraglichen Moment habe er weitere Unterlagen zu seinem neuen Ar-

beitspensum von 70 % gar nicht einreichen können. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, welche Unterlagen aus Sicht der Vorinstanz zusätzlich nötig gewesen wären, um seine finanziellen Verhältnisse zu beurteilen (Urk. 1 S. 8).

4. a) Der Beschwerdeführer arbeitet in einem Beratungsunternehmen für öffentliche Verwaltungen, Schulen und Non-Profit-Organisationen. Als "freier Springer" übernimmt er temporär Führungsfunktionen in Gemeindeverwaltungen. So war er bspw. vom 1. Februar 2007 bis zum 25. Januar 2013 als Leiter Vormundtschaftswesen der Stadt ... tätig (vgl. Vi Urk. 19/5). Der Beschwerdeführer wird im Stundenlohn entschädigt. Garantiert ist von der Personalverleiherin lediglich ein Mindestpensum von 110 Arbeitstagen pro Kalenderjahr (vgl. Vi Urk. 19/2). Sein Einkommen unterliegt daher gewissen Schwankungen.

b) Im Jahre 2011 erzielte der Beschwerdeführer einen durchschnittliche Nettomonatslohn von Fr. 8'984.- (exkl. Dienstatersgeschenk; Vi Urk. 19/8), im Jahre 2012 einen solchen von Fr. 9'265.- (Vi Urk. 19/7). Gemäss seinen Ausführungen vor Vorinstanz war er vom 1. März 2013 an vorübergehend ohne Arbeit. Seit dem 15. April 2013 versee er ein 70 %-Pensum als Sozialarbeiter in Er gehe davon aus, dass dieser Einsatz bis zum 15. Dezember 2013 dauern werde. Vom 1. Juni 2013 bis zum 31. August 2013 sei ein 20 %-Pensum als Sozialsekretär in ... hinzugekommen (Urk. 27 S. 1 f.). Ein Schreiben seiner Arbeitgeberin bestätigt diesen Sachverhalt (vgl. Vi Urk. 28/1). Am Freitagnachmittag, so der Beschwerdeführer weiter, passe er jeweils auf die Tochter B._____ auf (Prot. I S. 7). Bei den vorinstanzlichen Akten befinden sich die Lohnblätter der Monate April, Juni und September 2013 (Vi Urk. 19/3-4 und 28/2). Im Nachgang zur Verhandlung reichte der Beschwerdeführer eine weitere Bestätigung seiner Arbeitgeberin ein, wonach ein höheres Arbeitspensum nicht in Aussicht stehe. Es wird zudem erklärt, dass mit der neuen Behördenorganisation im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz ein wesentlicher Einsatzbereich für den Beschwerdeführer weggefallen sei. Im Jahre 2012 habe dieser einen überdurchschnittlichen Stundenaufwand leisten können (Vi Urk. 30).

c) Es kann somit nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer habe seine Einkommensverhältnisse nicht hinreichend belegt. Es erscheint vielmehr glaub-

haft, dass er eine Einkommensreduktion hinnehmen musste. Auf die konkreten Verhältnisse ist nachfolgend näher einzugehen.

5. a) Der Beschwerdeführer erhielt spätestens am 15. Mai 2013 Kenntnis vom vorinstanzlichen Scheidungsverfahren (vgl. Vi Urk. 11 und 12). Sein Armenrechtsgesuch datiert vom 20. August 2013 (Vi Urk. 18). Als massgeblich können somit die Verhältnisse ab Juni 2013 bezeichnet werden.

b) Gemäss Juni-Lohnblatt arbeitete der Beschwerdeführer 142.5 Stunden und wurde dafür mit einem Bruttolohn (exkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung, exkl. Spesen) von Fr. 8'919.80 entschädigt (Vi Urk. 19/3). Grundsätzlich stellen auch die Ferien- und Feiertagsentschädigungen, welche dem Beschwerdeführer als Stundenlöhner laufend ausgerichtet werden, Einkommen dar. Da in den Monaten Juni und September aber weder Ferien noch Feiertage anfielen, sind die Zuschläge bei der Einkommensberechnung auszuklammern; es sind damit allfällige einsatzfreie Perioden zu überbrücken. Die Sozialabzüge betragen 7.855 % oder Fr. 700.65. Hinzu kommt der BVG-Fixabzug von Fr. 784.30. Es resultiert somit ein Nettolohn von Fr. 7'434.85 bei einem 90 % Pensum. Der Beschwerdeführer konnte glaubhaft darlegen, dass sich sein Einkommen in den Monaten Juli und August 2013 im selben Rahmen bewegte.

b) Gemäss September-Lohnblatt arbeitete der Beschwerdeführer 119 Stunden und wurde dafür mit einem Bruttolohn (exkl. Ferien- und Feiertagsentschädigung, exkl. Spesen) von Fr. 7'448.80 entschädigt (Vi Urk. 28/2). Die Sozialabzüge betragen 7.855 % oder Fr. 585.10. Hinzu kommt der BVG-Fixabzug von Fr. 784.30. Es resultiert somit ein Nettolohn von Fr. 6'079.40 bei einem 70 % Pensum.

c) Diesem Einkommen steht folgender Bedarf des Beschwerdeführers gegenüber:

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
Miete (Vi Urk. 19/9)	Fr.	1'750.–
Krankenkasse (Vi Urk. 19/10)	Fr.	273.–
Telefon/Radio/TV	Fr.	150.–
Hausratversicherung	Fr.	15.–

Unterhaltsbeiträge (Vi Urk. 28/3)	Fr.	2'550.–
Steuern (geschätzt)	Fr.	250.–
Total	Fr.	6'188.–

d) Für die Monate Juni bis August 2013 resultiert demnach ein monatlicher Überschuss von Fr. 1'246.85. Aktuell ist der Beschwerdeführer hingegen nicht in der Lage, seinen Bedarf zu decken. Eine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation ist nicht absehbar. Der Beschwerdeführer verfügt auch über kein nennenswertes Barvermögen. Im Gegenteil macht er geltend, er habe Schulden. Er ist sodann Miteigentümer einer Liegenschaft, welche von seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter bewohnt wird. Die Liegenschaft wurde im Jahre 2008 auf Fr. 480'000.– geschätzt (Vi Urk. 4/16). Die hypothekarische Belastung beläuft sich auf Fr. 416'000.– (Vi Urk. 19/15). Eine weitere Belehnung erscheint unter diesen Umständen kaum möglich. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist somit zu bejahen.

e) Ferner kann nicht gesagt werden, dass der Standpunkt des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren aussichtslos wäre, zumal er noch gar keine Anträge zu den Nebenfolgen stellen konnte. Schliesslich erscheint die beantragte Verbeiständung notwendig zur Wahrung der Rechte des Beschwerdeführers. Damit ist ihm für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ab 20. August 2013 ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Der Beschwerdeführer ist gehalten, die Vorinstanz darüber zu informieren, falls er im Verlaufe des Prozesses wieder in gute wirtschaftliche Verhältnisse kommt.

6. Für das Beschwerdeverfahren sind unter Hinweis auf Art. 107 Abs. 2 ZPO keine Kosten zu erheben. Nach der Praxis des Zürcher Obergerichts besteht hingegen mangels gesetzlicher Grundlage keine Entschädigungspflicht des Staates (vgl. statt vieler: OGer ZH LB110040 vom 20. Oktober 2011 E. 4, publ. in SJZ 108/2012 S. 246; so auch die h.L.: ZK-Jenny, Art. 107 ZPO N 26; BK-Sterchi, Art. 107 ZPO N 25, BSK-Rüegg, Art. 107 ZPO N 11; Urwyler, DIKE-Komm., Art. 107 ZPO N 12). Das Bundesgericht hat in BGE 138 III 471 (E. 7) anders entschieden, ohne sich jedoch mit der kantonalen Praxis oder der herrschenden Leh-

re auseinanderzusetzen. Der Entscheid wurde in der Literatur als "saloppes Hinweggehen über den klaren Wortlaut des Art. 107 Abs. 2 ZPO" kritisiert (vgl. BSK-Rüegg, Art. 107 ZPO N 11). Im Urteil 5A_278/2013 vom 5. Juli 2013 hat das Bundesgericht die Frage erneut aufgenommen. Dabei pflichtete es dem Aargauer Obergericht zwar bei, dass Art. 95 Abs. 1 ZPO begrifflich "Prozesskosten", umfassend "Gerichtskosten" und "Parteientschädigung" unterscheide und dass im Zweifel auch "Gerichtskosten" gemeint seien, wo das Gesetz wie in Art. 107 Abs. 2 ZPO den Begriff "Gerichtskosten" verwende. Letztlich liess das Bundesgericht aber offen, ob die kantonale Instanz "mit einem blossen Hinweis auf den Gesetzeswortlaut" willkürfrei von einem gegenteiligen Urteil des Bundesgerichts abzuweichen vermöge (E. 3.1). Die Diskussion scheint somit noch nicht abgeschlossen zu sein. Dem erwähnten Leitentscheid des Bundesgerichts ist unter diesen Umständen einstweilen nicht zu folgen.

7. Der Beschwerdeführer ersucht schliesslich um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren. Dass er als mittellos zu gelten hat, wurde bereits festgehalten. Sein Antrag im Beschwerdeverfahren war sodann keineswegs aussichtslos. Zudem war er auf rechtlichen Beistand angewiesen. Dem Beschwerdeführer ist folglich ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren zu bestellen. Hinsichtlich der Befreiung von den Gerichtskosten ist das Armenrechtsgesuch als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositivziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 24. Oktober 2013 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Dem Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ab 20. August 2013 ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

3. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an
 - den Beschwerdeführer,
 - die Vorinstanz,
 - die Gegenpartei im Hauptverfahren, C. _____, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Y. _____,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.

In der Hauptsache handelt es 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, 7. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsscheiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:

dz