

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC160018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 3. Juni 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (unentgeltliche Rechtspflege / Kostenvorschuss)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. März 2016; Proz. FP150003

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 25. November 2011 schied die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon die Ehe der Parteien. Die beiden gemeinsamen Kinder wurden unter die elterliche Sorge der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) gestellt. Im Übrigen wurde die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen genehmigt. In dieser verpflichtete sich der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger), an den Unterhalt der beiden Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.– und Fr. 775.– bzw. ab 1. Dezember 2012 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 625.– und Fr. 900.– zu bezahlen (vgl. act. 8/3/48).

1.2. Am 23. Januar 2015 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Dietikon eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein mit dem Begehren um Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge (act. 8/1). Mit Eingabe vom 23. März 2015 liess er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands in der Person seines Rechtsvertreters stellen (act. 8/13). Am 29. April 2015 präzisierte der Kläger sodann sein Rechtsbegehren in der Sache und stellte weitere prozessuale Anträge (act. 8/24). Mit Verfügung vom 12. Mai 2015 sistierte die Vorinstanz das Verfahren auf Antrag beider Parteien bis zum 30. September 2015, worauf sie dieses am 22. Januar 2016 wieder aufnahm (act. 8/35; act. 8/44). Am 4. März 2016 fand die Einigungsverhandlung statt, an welcher der Kläger unter anderem sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ergänzend begründete (Prot. Vi S. 10 ff.).

1.3. Mit Verfügung vom 4. März 2016 gewährte die Vorinstanz dem Kläger bis zum 4. März 2016 die unentgeltliche Rechtspflege (inkl. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters). Für die Zeit ab dem 5. März 2016 wies sie das Gesuch ab und setzte dem Kläger Frist an, um für die Gerichtskosten einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 8/61 = act. 4 = act. 7 Dispositiv-Ziffern 1 und 3). Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 22. April 2016 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 62/1):

- " 1. In Abänderung von Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 4. März 2016 sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Prozessverbeiständung in der Person von Rechtsanwalt X_____ auch ab 5. März 2016 für das weitere Verfahren zu gewähren;
2. In Abänderung von Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 4. März 2016 sei die dem Kläger/Beschwerdeführer auferlegte Pflicht zur Zahlung eines Kostenvorschusses aufzuheben;
3. Unter Entschädigungsfolgen (zzgl. Mwst)."

In prozessualer Hinsicht ersuchte der Kläger um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 3 und S. 10).

1.4. Mit Verfügung vom 27. April 2016 wurde der Beschwerde, soweit sie sich gegen die Auferlegung eines Kostenvorschusses richtete, einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 5). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-65). Gestützt auf Art. 119 Abs. 3 ZPO, wonach die Gegenpartei (nur) anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Befreiung von der Pflicht zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll, was vorliegend nicht der Fall ist, wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Abweisung des Gesuchs des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (inkl. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) für die Zeit ab dem 5. März 2016. Die Vorinstanz wies das Gesuch wegen Aussichtslosigkeit der Abänderungsklage ab. Im Einzelnen hielt sie fest, in der Hauptsache beantrage der Klä-

ger die Anpassung (eventualiter die Aufhebung) des im Scheidungsurteil vereinbarten Kinderunterhalts zufolge veränderter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Gemäss den eingereichten Krankentaggeldabrechnungen sei dem Kläger seit 1. Oktober 2012 bis 30. September 2014 eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% attestiert worden. Seit Oktober resp. November 2014 beziehe der Kläger Sozialhilfe. Aufgrund der ärztlichen Atteste habe von einer zumindest herabgesetzten Leistungsfähigkeit des Klägers ausgegangen werden können, weshalb die Prozessaussichten bis zum 4. März 2016 als intakt hätten eingeschätzt werden dürfen. Mit der Einreichung weiterer Unterlagen im Vorfeld der Einigungsverhandlung vom 4. März 2016 habe der Erkenntnisstand zur Frage der Arbeitsunfähigkeit wesentliche Neuerungen erfahren. So liege mittlerweile der negative IV-Rentenbescheid vom 15. Januar 2016 vor, mit welchem der Antrag des Klägers auf Leistungen der IV mangels jeglicher Einschränkungen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit abgewiesen worden sei. Zudem sei das polydisziplinäre Gutachten der C. _____ vom 21. September 2015 zu den Akten gereicht worden. Darin werde der Kläger entsprechend den Ergebnissen der einzelnen fachärztlichen Gutachten als 100% arbeitsfähig beurteilt. Die Vorinstanz kam weiter zum Schluss, die neu eingereichte Stellungnahme der behandelnden Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. D. _____ sei nicht geeignet, das polydisziplinäre Gutachten der C. _____ zu entkräften. Dem C. _____-Gutachten folgend sei somit einstweilen von einer vollen Arbeitsfähigkeit des Klägers auszugehen. Vor diesem Hintergrund schätzte die Vorinstanz die Prozesschancen der beantragten Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge als sehr gering ein. Sie erachtete die fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren des Klägers damit als nicht glaubhaft gemacht, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen sei (act. 7 E. 3.1.1. ff.).

2.3. Der Kläger kritisiert, anstelle einer einstweiligen Prüfung sämtlicher sich mit dem vorliegenden Abänderungsprozess stellenden Fragen habe sich die Vorinstanz sehr detailliert und einseitig mit dem C. _____-Gutachten vom 21. September 2015 auseinandergesetzt. Die Stellungnahme der Fachärztin Dr. med. D. _____ habe sie zu Unrecht als unglaubhaft taxiert. Die Vorinstanz berücksichtige sodann nicht, dass der Kläger den negativen IV Entscheid angefochten habe

und dieser somit nicht rechtskräftig sei. Die verminderte Leistungsfähigkeit sei zwar im Rahmen des IV-Verfahrens noch umstritten, im Zusammenhang mit der Beurteilung der Prozesschancen habe der Kläger jedoch den Beweis erbracht, dass sich seine Leistungsfähigkeit im Vergleich zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils wesentlich und dauernd verändert habe. Die Akten seien noch unvollständig und die rechtliche Ausgangslage stelle sich nicht als einfach dar und bedürfe vertiefter Abklärung. Die schwierigen und teilweise heiklen Fragen, welche sich im Zusammenhang mit dem gesundheitlichen Zustand und der Arbeitsfähigkeit des Klägers stellten, seien von vornherein nicht geeignet, im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten beurteilt zu werden. Überdies könnten die Prozesschancen, auch wenn man von der vollen Arbeitsfähigkeit ausginge, nicht als aussichtslos betrachtet werden. Dies zumal man sich im Rahmen des Abänderungsverfahrens vor der Auferlegung eines hypothetischen Einkommens mit der Frage nach der vom Kläger zumutbaren Tätigkeit, deren zu erwartenden Einkommenshöhe sowie dem Zeitpunkt der zumutbaren Aufnahme nach einer angemessenen Übergangsfrist auseinandersetzen müsste (vgl. act. 2).

2.4. Hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ff. ZPO kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 7 E. 2.2.). Lediglich wiederholend ist darauf hinzuweisen, dass die Prozesschancen in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage zu beurteilen und abzuschätzen sind. Je schwieriger und je umstrittener die sich stellenden Fragen sind, umso eher ist von genügenden Gewinnaussichten auszugehen. Sind umfangreiche Abklärungen nötig oder heikle Rechtsfragen zu beurteilen, so spricht dies gegen die Aussichtslosigkeit der Begehren. Der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege muss zwar mit einer gewissen Genauigkeit erfolgen, darf aber nicht dazu führen, dass der Hauptprozess vorverlagert wird (vgl. BGE 138 III 217 E. 2 und E. 5.3. m.w.H.).

2.5. Die Abänderung eines Scheidungsurteils setzt im Falle des Kinderunterhalts eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 134 Abs. 2 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB). Die im Scheidungsurteil vom 25. November 2011 geneh-

migte Unterhaltsvereinbarung beruhte auf einem Einkommen des Klägers von Fr. 5'885.20 inkl. Kinderzulagen (vgl. act. 8/3/48). Sein Abänderungsbegehren begründete der Kläger damit, er sei seit 1. Oktober 2012 infolge Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Seine Arbeitgeberin, bei welcher er als Hauswart angestellt war (vgl. act. 8/25/4), habe das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2012 gekündigt. Danach habe er bis 30. September 2014 Leistungen der Taggeldversicherung erhalten. Seit November 2014 werde er vom Sozialamt unterstützt. Am 28. März 2013 habe er den Antrag auf Invalidenrente gestellt. Bei einer Abweisung dieses Gesuchs werde er dauerhaft nicht mehr in der Lage sein, der Beklagten Unterhaltszahlungen für die beiden gemeinsamen Kinder zu bezahlen (vgl. act. 8/1; act. 8/24). Die Ausführungen des Klägers sind durch entsprechende Belege belegt (act. 8/25/2-5; act. 8/25/9).

2.6. Die tatsächliche finanzielle Lage des Klägers hat sich damit deutlich verändert. Das dem Scheidungsurteil zugrunde liegende Einkommen des Klägers stimmt nicht mehr mit den aktuellen Verhältnissen überein. Reicht das tatsächlich erzielte Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht aus, um seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, gilt es in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob dem Verpflichteten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (BGE 137 III 118 E. 2.3.; BGE 128 III 4 E. 4a). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat dabei keinen pönalen Charakter, sondern es wird dem Unterhaltspflichtigen auferlegt, zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten dasjenige Einkommen zu erzielen, welches bei gutem Willen bzw. bei ihm zumutbarer Anstrengung möglich ist. Zu den Beurteilungskriterien gehören dabei insbesondere die berufliche Qualifikation, das Alter und die Gesundheitssituation des Unterhaltspflichtigen sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt (BGer 5A_685/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2.3 m.w.H.). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist jedoch nur dann zulässig, wenn eine Einkommenssteigerung tatsächlich möglich und die Erzielung einer solchen dem Unterhaltspflichtigen zumutbar ist, wobei diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen (BGE 137 III 118 E. 2.3 m.w.H.).

Die Vorinstanz kam gestützt auf das C._____-Gutachten wie erwähnt zum Schluss, der Kläger sei voll arbeitsfähig. Aufgrund dessen ging sie ohne nähere Begründung von der unveränderten finanziellen Leistungsfähigkeit des Klägers aus. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin des Klägers per 31. Dezember 2012 ist belegt (act. 8/25/4). Aus den eingereichten Schreiben der E.____ von 26. März 2013 sowie der F.____ vom 19. Juli 2013 ergibt sich, dass dem Kläger nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Versicherungsleistungen aufgrund Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt wurden (act. 8/25/2-3). Seither war der Kläger nicht mehr arbeitstätig. Auf die Erwägungen der Vorinstanz zur Arbeitsfähigkeit des Klägers ist vorliegend nicht im Einzelnen einzugehen. Auch wenn der Kläger mit Einschränkungen hinsichtlich der Schwere der Tätigkeiten (vgl. auch act. 8/58/2 S. 9) als 100% arbeitsfähig zu betrachten wäre, wäre die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nach den dargelegten Grundsätzen zu prüfen. Die sich unter den gegebenen Umständen in diesem Zusammenhang stellenden Tat- und Rechtsfragen erfordern eine eingehendere Erörterung und können deshalb nicht im Rahmen einer vorläufigen Prüfung der Prozessaussichten eindeutig beantwortet werden. Wie der Kläger zu Recht geltend macht, sind solch schwierige und heikle Fragen von vornherein nicht geeignet, im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten beurteilt zu werden (vgl. BGE 138 III 217 E. 5.3.). Aufgrund der vom Kläger geltend gemachten Änderung seiner finanziellen Verhältnisse kann die Abänderungsklage jedenfalls nicht von Beginn weg als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden.

2.7. Damit bleibt die weitere Voraussetzung der Mittellosigkeit zu prüfen. Die Vorinstanz hat sich dazu noch nicht geäußert. Durch die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen ist belegt, dass der Kläger Sozialhilfe erhält (act. 8/25/9). Damit ist er offensichtlich nicht in der Lage, neben der Bestreitung seines Lebensunterhaltes für die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens aufzukommen. Demnach sind die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO erfüllt. Die sich im Zusammenhang mit der Arbeitsfähigkeit sowie der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens stellenden Tatsachen- und Rechtsfragen rechtfertigen den Beizug eines Rechtsvertreters. Überdies ist auch die Beklagte im vorinstanzlichen Ver-

fahren anwaltlich vertreten. Unter diesen Umständen ist dem Kläger zur Wahrung seiner Rechte ebenfalls ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist folglich aufzuheben und es ist dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Der Kläger wird auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hingewiesen, wonach er zur Nachzahlung seiner Prozesskosten verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist.

2.8. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die Befreiung von Vorschussleistungen (Art. 118 lit. a ZPO), weshalb auch Dispositivziffer 3, des angefochtenen Entscheids aufzuheben ist.

3.

3.1. Ficht eine Partei vor der kantonalen Beschwerdeinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen damit ausser Ansatz und dem Beschwerdeführer ist aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.3.). Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 10 Abs. 1 lit. b AnwGebV auf Fr. 1'000.– festzusetzen zuzüglich 8 % Mehrwertsteuerersatz.

3.2. Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositivziffern 1 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. März 2016 aufgehoben. Dispositivziffer 1 wird durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 123 ZPO."
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz.
3. Dem Rechtsvertreter des Klägers wird aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.– (8% Mehrwertsteuerersatz darin inbegriffen) zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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. 92 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt
Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: