

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC190032-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Beschluss und Urteil vom 22. Oktober 2019

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 17. September 2019; Proz. FE190116**

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Am 15. Mai 2019 reichten die Gesuchsteller beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Uster (nachfolgend Vorinstanz) ein gemeinsames Scheidungsbegehren vom 22. März resp. 1. April 2019 (act. 1 und 3) samt Beilagen (act. 4-5) ein. Gleichzeitig stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 1 S. 2).

Mit Verfügung vom 28. Mai 2019 setzte die Vorinstanz in der Folge dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 6'000.– sowie bei den Gesuchstellern Frist zur Einreichung weiter Unterlagen an (act. 8). Diese Verfügung konnte dem Gesuchsteller nicht zugestellt werden, sondern wurde zunächst mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" und nach Zustellung an eine weitere Adresse mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 9). Die Gesuchstellerin reichte am 12. Juli 2019 weitere Unterlagen ein (act. 12-13/13-18).

Am 18. Juli 2019 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um den Familienausweis im Original einzureichen, wobei sie für den Säumnisfall das Nichteintreten auf das Begehren der Gesuchsteller androhte. Gleichzeitig setzte sie dem Gesuchsteller eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses an (act. 15). Die Sendung konnte dem Gesuchsteller wiederum nicht zugestellt werden, sondern wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 16). Am 15. Juli 2019 reichte die Gesuchstellerin den Familienausweis im Original ein (act. 18).

2. Mit Verfügung vom 17. September 2019 (act. 27 [= act. 21 = act. 26/1]) hielt die Vorinstanz fest, dass der Gesuchsteller den von ihm verlangten Kostenvorschuss auch innert Nachfrist nicht geleistet habe. Weiter führte sie aus, es sei davon abzusehen, der Gesuchstellerin eine Frist zur Leistung des gesamten Kos-

tenvorschusses in der Höhe von Fr. 6'000.– anzusetzen, da sie um unentgeltliche Rechtspflege ersucht habe. Gestützt auf diese Erwägungen trat die Vorinstanz mangels Leistung des Kostenvorschusses auf das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien vom 22. März resp. 1. März 2019 nicht ein (act. 27 E. 2.1-4). Zum Gesuch der Gesuchstellerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege führte die Vorinstanz sodann weiter aus, nachdem auf das gemeinsame Scheidungsbegehren nicht eingetreten worden sei, sei das Begehren als offensichtlich aussichtslos zu qualifizieren und deshalb abzuweisen (act. 27 E. 3.3); im Übrigen sei auch die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin nicht ausgewiesen (act. 27 E. 3.4).

3. Dagegen erhob die Gesuchstellerin (nachfolgend als Beschwerdeführerin bezeichnet) mit Eingabe vom 29. September 2019 rechtzeitig (vgl. act. 22) Beschwerde bei der Kammer und stellte die folgenden Rechtsbegehren (act. 24 S. 2:)

- " 1. Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Uster vom 17. September 2019 (betreffend unentgeltliche Rechtspflege) sei aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und ihr sei in der Person des Schreibenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
3. Schreibender ist für seine Bemühungen im Verfahren vor Bezirksgericht Uster gemäss beiliegender Honorarnote zu entschädigen."

Ausserdem beantragte die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse (act. 24).

4. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-22). Eine Stellungnahme des vorinstanzlichen Gesuchstellers ist nicht einzuholen, weil er vom Entscheid der Frage, ob der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, in seinen Interessen nicht berührt wird (BGE 139 III 334, E. 4.2 m.w.H.). Lediglich zur Kenntnisnahme ist ihm

noch ein Doppel von act. 2 zuzustellen. Das Verfahren ist dementsprechend spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann dementsprechend die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass sich die Beschwerde führende Partei mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und genau aufzuzeigen hat, welchen Teil der Begründung sie für falsch hält und auf welche Dokumente sie sich dabei stützt. Was nicht beanstandet wird, hat Bestand. Soweit jedoch eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, ZR 110 Nr. 80)

2. Die Beschwerdeführerin beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren und rügt eine Verletzung von Art. 117 ZPO durch die Vorinstanz. Nach dieser Bestimmung hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

2.1 a) Als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO sind Begehren anzusehen, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und sie deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Pro-

zess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 138 III 217 E.2.2.4, BGE 133 III 614 E. 5). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217 E.2.2.4, BGE 133 III 614 E. 5), wobei hierfür auf die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, wie sie im Zeitpunkt des Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen (BGE 142 III 138 E. 5.1).

b) Die Vorinstanz erwog, nachdem auf das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien nicht eingetreten werde, sei das Begehren offensichtlich aussichtslos (act. 27 E. 3.3). Die Beschwerdeführerin hält diesen Ausführungen der Vorinstanz zu Recht entgegen, dass für die Beurteilung ihres Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht der Verfahrensausgang entscheidend sein kann. Vielmehr ist – wie vorstehend bereits ausgeführt – für die Beurteilung eines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse abzustellen, wie sie im Zeitpunkt des Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen. Die Parteien haben am 15. Mai 2019 ein gemeinsames Scheidungsbegehren eingereicht, wobei die Beschwerdeführerin damit auch ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat. Massgebend für die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege waren demnach einzig die Verhältnisse zu diesem Zeitpunkt. Entgegen der Vorinstanz kann zunächst ein von beiden Parteien unterzeichnetes gemeinsames Scheidungsbegehren materiell nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Ausserdem war zum Zeitpunkt der (gemeinsamen) Gesuchseinreichung der Parteien der Wohnsitz des vorinstanzlichen Gesuchstellers bekannt; dass dieser nach Gesuchseinreichung offenbar – wie die Beschwerdeführerin geltend macht (act. 24 S. 4, Rz. 2.1) – "untergetaucht" ist, weshalb ihm durch die Vorinstanz keine Verfügungen mehr zugestellt werden konnten, ändert daran nichts und führt insbesondere nicht dazu, dass das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien ex ante betrachtet als aussichtslos zu qualifizieren ist. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin erweist sich insoweit als begründet.

Es bleibt somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO gelten kann:

2.2 a) Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit im Sinne der genannten Bestimmung ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Mittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und es ist danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BÜHLER, Die Prozessarmut, in: SCHÖBI (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.).

b) Die Vorinstanz führte zur Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin aus, diese habe diverse Unterlagen zu ihrem Einkommen, ihrem Bedarf und ihrem Vermögen eingereicht. Zusammengefasst berücksichtigte die Vorinstanz aufgrund dieser Unterlagen monatliche Ausgaben der Beschwerdeführerin von Fr. 1'753.60, bestehend aus dem monatlichen Mietzins der Beschwerdeführerin von Fr. 1'290.– sowie den monatlichen Krankenkassenprämien der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes C. \_\_\_\_\_ von Fr. 349.30 bzw. Fr. 114.30. Weiter erwog die Vorinstanz, diesem ausgewiesenen Bedarf stehe ein monatliches Einkommen der Beschwerdeführerin von Fr. 3'483.50 gegenüber, womit ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 1'700.– resultiere. Da die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen worden sei, dass ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Einreichung der notwendigen Unterlagen zu begründen sei, ansonsten aufgrund der Akten entschieden werde, und die Beschwerdeführe-

rin dennoch nicht genügend geeignete Unterlagen eingereicht habe, um ihren aktuellen Bedarf sowie ihre Vermögensverhältnisse zu belegen, schloss die Vorinstanz, dass die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin damit nicht ausgewiesen sei.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemängelt (act. 24 S. 4 f., Rz. 2.2), hat die Vorinstanz bei diesen Ausführungen jedoch nicht einmal die Grundbeträge der Beschwerdeführerin sowie ihres fünfjährigen Sohnes berücksichtigt; diese ergeben sich aus den Richtlinien der Verwaltungskommission des Obergerichts für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 und sind von Amtes wegen zu berücksichtigen. Im konkreten Fall beträgt der für die Beschwerdeführerin zu berücksichtigende Grundbetrag monatlich Fr. 1'350.– und derjenige ihres Sohnes monatlich Fr. 400.–, was inklusive der bereits durch die Vorinstanz berücksichtigten Kosten monatliche Ausgaben von Fr. 3'503.60 ergibt. Da das Einkommen der Beschwerdeführerin von Fr. 3'483.50 pro Monat somit nicht ausreicht, um ihre monatlichen Ausgaben zu decken, ist die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin entgegen der Vorinstanz ausgewiesen.

2.3 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Unrecht verneint, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 17. September 2019 betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege aufzuheben ist. Gestützt auf Art. 327 Abs. 2 lit. b ZPO ist der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Beschwerdeführerin ist sodann auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach sie zur Nachzahlung ihrer Prozesskosten verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

Da der Vertreter der Beschwerdeführerin mit seiner Beschwerde auch eine Aufstellung seiner erstinstanzlichen Aufwendungen eingereicht hat, ist sodann auch die ihm auszurichtende Anwaltsentschädigung sogleich festzulegen:

3. Unentgeltliche Rechtsbeistände sind vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Im Kanton Zürich richtet sich die Gebühr nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) (vgl. § 23 Abs. 1 AnwGebV).

3.1 Die Vergütung des Anwalts setzt sich aus der Gebühr (Grundgebühr sowie allfällige Zuschläge/Abzüge) und den notwendigen Auslagen zusammen (vgl. § 1 Abs. 2 AnwGebV). In Scheidungsverfahren nach Art. 274-294 ZPO wird die Grundgebühr nach § 5 AnwGebV festgesetzt (§ 6 Abs. 1 AnwGebV). Danach richtet sich die Grundgebühr bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach der Verantwortung und der Schwierigkeit des Falles sowie nach dem notwendigen Zeitaufwand (vgl. § 5 Abs. 1 AnwGebV); letzterer bildet damit nur eines von mehreren Kriterien. Entsprechend kommt auch die Bestimmung von § 3 AnwGebV, wonach die unentgeltliche Rechtsvertretung mit Fr. 220.– pro Stunde zu entschädigen ist, wenn sich die Gebühr nur nach dem Zeitaufwand richtet, nicht zur Anwendung (vgl. demgegenüber beispielhaft § 16 Abs. 1 AnwGebV), sondern die Gebühr beträgt in der Regel zwischen Fr. 1'400.– und Fr. 16'000.– (vgl. § 5 AnwGebV), wobei die Gebühr auch bereits den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abdeckt.

3.2 Vorliegend beantragt der Vertreter der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von Fr. 1'346.80, entsprechend einem Aufwand von 6.01 Stunden à Fr. 220.–. Wie gesehen ist die Entschädigung zwar grundsätzlich nicht nach dem Zeitaufwand festzusetzen, indes erscheint die beantragte Entschädigung auch angesichts der konkreten Verhältnisse als angemessen. So lag in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kein schwieriger Fall vor, wobei sich der zeitliche Aufwand aufgrund dessen, dass die Vorinstanz bereits vor Durchführung der Anhörung nicht auf das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien eingetreten ist, nicht besonders gross war. Die Entschädigung ist deshalb, wie beantragt, auf Fr. 1'346.80 festzusetzen.

3.3 Hinzuzurechnen sind sodann notwendige Auslagen wie etwa Reisespesen, Porti, Kosten für Telekommunikation und Fotokopien (§ 22 Abs. 1 AnwGebV). Die von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ geltend gemachten Auslagen von Fr. 109.– er-

scheinen plausibel und sind entsprechend zu erstatten. Ferner ist ihm auch der verlangte Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7 % zu gewähren. Dementsprechend erscheint insgesamt folgende Entschädigung als angemessen:

Honorar:	Fr.	1'346.80
Barauslagen:	Fr.	109.—
Zwischentotal:	Fr.	1'455.80
Mehrwertsteuer (7,7 %):	Fr.	112.10
Entschädigung total inkl. MWST:	<b>Fr.</b>	<b>1'567.90</b>

### III.

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 der Beschwerdeführerin ist aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.3; BGer 4D\_24/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.2.). Die der Beschwerdeführerin zu entrichtende Entschädigung ist dabei unter Berücksichtigung von § 13 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV auf Fr. 700.— zzgl. MwSt. festzusetzen. Die Entschädigung ist der Beschwerdeführerin aus der Kasse der Vorinstanz auszurichten.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren wird damit gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege betreffende Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 17. September 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt.  
" 1. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.  
2. Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsanwalt der Gesuchstellerin mit Fr. 1'455.80 zuzüglich Fr. 112.10 (7.7 % Mehrwertsteuer auf Fr. 1'455.80), also total Fr. 1'567.90, aus der Gerichtskasse entschädigt.  
Die Nachzahlungspflicht der Gesuchstellerin gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten."  
2. Ziffer 3 der weiteren Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 17. September 2019 wird wie folgt ergänzt:  
"Der auf die Gesuchstellerin entfallende Anteil wird auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht der Gesuchstellerin bleibt vorbehalten."  
3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz.

4. Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 753.90 (inkl. 7.7 % MwSt.) zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den vorinstanzlichen Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von act. 24, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
6. 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 liegt unter Fr. 30'000.-.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: