

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE110012-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.  
S. Notz

## Urteil vom 22. März 2012

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. September 2011 (EE110060)**

**Erwägungen:**

1. Mit Verfügung vom 16. September 2011 wies die Erstinstanz das Gesuch der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege ab (Urk. 30 S. 2). Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) erhob am 14. Oktober 2011 Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (Urk. 29 S. 2):
  1. Es sei Ziff. 2 der Verfügung des Einzelrichters des Bezirks Dietikon vom 16. September 2011 aufzuheben und der Beschwerdeführerin/Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Prozessführung sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichneten zu bewilligen.
  2. Es sei der Beschwerdegegner/Gesuchsteller für das vorliegende Verfahren zu einem Prozesskostenvorschuss von CHF 4'000.– zu verpflichten.
  3. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin/Gesuchsgegnerin für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen sowie ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichneten zu bestellen.
  4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.
  
2. Am 16. Januar 2012 wurde dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 34). Am 23. Januar 2012 teilte Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_ mit, dass er den Gesuchsteller nicht mehr vertrete. Er habe ihn seit dem unentschuldigtem Ausbleiben an der Hauptverhandlung nicht mehr erreichen können und Nachforschungen bei der Einwohnerkontrolle seien erfolglos geblieben. Auch eine Nachfrage seitens des Gerichts blieb ergebnislos, weshalb die Einladung zur Beschwerdeantwort im Amtsblatt zu publizieren war (Urk. 36-38). Innert Frist ist keine Beschwerdeantwort eingegangen.
  
3. Die Erstinstanz erwog, dass das Eheschutzgericht bei gleichzeitiger Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die zukünftigen Unterhaltsbeiträge als Einkommen regelmässig anrechne, da es auf die Erfüllung der festgelegten Unterhaltsverpflichtungen vertrauen dürfe. Die Gesuchsgegnerin verfüge über einen Überschuss von ca. Fr. 900.–, weshalb sie nicht mittellos sei. Zudem habe die Gesuchsgegnerin trotz ausgewiesener Leistungsfähigkeit des Gesuch-

stellers weder ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses noch ein solches um Kostenübernahme durch den Gesuchsteller beantragt. Für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bleibe daher kein Raum. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei daher abzuweisen (Urk. 30 S.17 ff.).

4. Die Gesuchsgegnerin macht in der Beschwerdeschrift geltend, die gleichzeitige Einrechnung der zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge entspreche nicht der gerichtlichen Praxis. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich habe am 16. Februar 2009 entschieden, dass nach der Praxis weder bereits verfallene Unterhaltsbeiträge, die schuldig geblieben seien noch strittige, erst mit Rechtskraft des Urteils im angehobenen Prozess fällig werdende Ansprüche als realisierbares Einkommen berücksichtigt werden. Entsprechend dieser Praxis dürften die zugesprochenen Unterhaltsbeiträge nicht als realisierbares Einkommen berücksichtigt werden. Der Gesuchsteller habe zudem auch in C.\_\_\_\_\_ familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen, denen er offenbar nie nachgekommen sei (Urk. 29 S. 3f.)

Zum Vorhalt des nicht beantragten Prozesskostenvorschusses führt die Gesuchsgegnerin aus, die Vorinstanz habe dem Gesuchsteller einen Überschuss von ca. Fr. 650.– angerechnet. Dies treffe nicht zu. Gemäss Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung seien beim zivilprozessualen Bedarf die laufenden Steuern zu berücksichtigen. Wenn dieser Umstand in Betracht komme, so resultiere ein Überschuss von gerade einmal Fr. 270.–, weshalb auch der Gesuchsteller als mittellos zu gelten habe. Aus den genannten Gründen hätten beide Parteien als mittellos zu gelten (Urk. 29 S. 4 ff.).

5. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZGB).

6. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

7. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181; 124 I 1 E. 2a S. 2, je mit Hinweisen)

8. Die Vorinstanz errechnete für die Gesuchsgegnerin einen (engen) Notbedarf von Fr. 4'482.– und einen um die Steuern und die Krankenkasse VVG erweiterten Bedarf von Fr. 4'903.–. Auf der Einkommenseite ging die Erstinstanz von monatlich netto Fr. 2'880.– aus. Unter Einberechnung der Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 2'500.– verfügt die Gesuchsgegnerin auf der Einnahmenseite über Fr. 5'380.–, was nach Abzug des engen Notbedarfs zum erwähnten Freibetrag von Fr. 900.– führt. Zwar entscheidet sich die Frage der Bedürftigkeit praxisgemäss nach dem Kreisschreiben über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums. Allerdings sind aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie der Praxis der beschliessenden Kammer für die Frage der prozessualen Bedürftigkeit die Steuern in der Bedarfsrechnung zu berücksichtigen. Es sind jedoch nur regelmässig bezahlte Steuern aufzunehmen (BGer 5P.455/2004 vom 10. Januar 2005). Diesen Zahlungsnachweis hat die Gesuchsgegnerin weder im erstinstanzlichen Verfahren noch im Beschwerdeverfahren erbracht, so dass die Steuern grundsätzlich ausser Acht zu bleiben haben. Indes ist im konkreten Fall zu bedenken, dass der Gesuchsteller als Unterhaltsverpflichteter bereits an der Hauptverhandlung unentschuldigt nicht erschienen und derzeit unbekanntes Aufenthaltsort hat. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die zugesprochenen Unterhaltsleistungen zumindest in nächster Zeit nicht erhältlich sind. Entsprechend dem Effektivitätsgrundsatz dürfen rückständige und laufende Unterhaltsbeiträge, deren Einbringlichkeit zweifelhaft ist, nicht als realisierbarer Vermögenswert bzw. als Einkommen berücksichtigt werden (Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Rechtspflege, Bern 2001, S. 137f.). Somit ist bei dieser Betrachtungsweise nur das eigene Einkommen von Fr. 2'880.– einzuberechnen, weshalb die Gesuchsgegnerin als mittellos zu gelten hat.

9. Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 1 ff.; ZR 83 Nr. 21 und ZR 90 Nr. 82). In diesem Sinne kommt die Gewährung des prozessualen Armenrechts nur in Frage, wenn der ansprechenden Partei kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen oder die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden kann. Die Erstinstanz vertritt die Auffassung, die Gesuchsgegnerin hätte einen Prozesskostenvorschuss beantragen können.

10. Gemäss Entscheid der Vorinstanz verfügt der Gesuchsteller ohne Berücksichtigung der Steuern über einen monatlichen Freibetrag von Fr. 650.–. Den Nachweis, dass die Steuern regelmässig bezahlt werden, hat der Gesuchsteller ebenfalls nicht erbracht, weshalb sie unberücksichtigt bleiben. Gemäss der Rechtsprechung sind die wirtschaftlichen Verhältnisse mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. So sollte die ein Gesuch stellende Partei in der Lage sein, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit zu leisten (BGE 109 Ia 5 E. 3a S. 8/9; BGE 118 Ia 369 E. 4a S. 370 f.; BGer. 5P.219/2003 vom 9. Juli 2003). Bei weniger aufwändigen Prozessen sollte der Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten innert einem Jahr zu tilgen (BGer. 5P.455/2004 vom 10. Januar 2005). Im zu beurteilenden Fall hat der Gesuchsteller vorab die Prozesskosten, also die Gerichtskosten und die Parteientschädigung zu bezahlen, welche sich auf Fr. 5'700.– belaufen (Urk. 30 S. 20). Dazu kommen die Bemühungen des eigenen Anwalts, welche angesichts der umstrittenen Obhutsfrage wohl nicht unbescheiden sind. Vor dem Hintergrund der erwähnten Rechtsprechung ist zu schliessen, dass der Gesuchsteller in Bezug auf seine Person nicht mittellos ist, dass er jedoch für die Frage, ob er zusätzlich in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, nicht als leistungsfähig zu beurteilen ist.

11. Nach dem Gesagten ist die Gesuchsgegnerin als bedürftig zu bezeichnen. Ihre Anträge im Eheschutzverfahren sind nicht aussichtslos. Zudem ist sie angesichts des konkreten Sachverhalts auch auf anwaltlichen Beistand angewiesen.

12. Die Beschwerde ist mit Bezug auf Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung gutzuheissen und es ist der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen.

13. Die Gesuchsgegnerin beantragt für das vorliegende Verfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.–. Unter Verweis auf die Erwägungen Ziffer 10 ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller nicht als leistungsfähig zu bezeichnen ist. Entsprechend ist Antrag Ziffer 2 der Beschwerde abzuweisen.

14. Eventualiter beantragt die Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Rechtspflege auch für das Beschwerdeverfahren. Unter Verweis auf die vorstehenden Erwägungen ist die Bedürftigkeit zu bejahen. Ebenso ist das Beschwerdeverfahren nicht aussichtslos, weshalb Antrag Ziffer 3 gutzuheissen ist.

15. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren kostenlos. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist diese Bestimmung indes nicht anwendbar für das Beschwerdeverfahren (BGer. 5A\_405/2011 vom 27. September 2011). Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Gesuchsgegnerin mit Ausnahme von Antrag Ziffer 2 betreffend Prozesskostenvorschuss. Der Gesuchsteller hat keine Beschwerdeantwort eingereicht und sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert. Folglich sind die Kosten zu 1/5 der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen und im Übrigen sind sie auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Der Anteil der Gesuchsgegnerin ist sodann zufolge der gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Entschädigungspflicht des Staates zugunsten der "obsiegenden Partei" besteht nicht (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

16. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'000.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchsgegnerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 16. September 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
  
"2. Der Gesuchsgegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."  
  
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 1/5 der Gesuchsgegnerin auferlegt und im Übrigen auf die Staatskasse genommen.  
Der Anteil der Gesuchsgegnerin wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZGB bleibt vorbehalten.
5. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
6. Der unentgeltliche Rechtsbeistand, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_, wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'000.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller durch Publikation im Amtsblatt, sowie an das Einzelgericht am Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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.

Es handelt 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, 22. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
se