

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ110004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. G. Ramer Jenny.

Urteil vom 17. September 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 24. Juni 2011 (FP110007)**

Erwägungen:

1. Mit Einreichung von Weisung und Klageschrift machte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) am 10. Februar 2011 eine Unterhaltsklage gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, 2). Gleichzeitig ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 2 S. 2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. April 2011 schlossen die Parteien einen Vergleich betreffend die Unterhaltsansprüche (Urk. 11, Prot. Vi S. 15). Nach Einreichung verschiedener Unterlagen zur finanziellen Situation der Parteien (Urk. 16, Urk. 23-26, 27/2-5, 27/8-12, 27/14-48, Urk. 28-31) hiess die Vorinstanz mit unbegründeter Verfügung vom 24. Juni 2011 das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut, während sie das klägerische Gesuch abwies (Urk. 34). Die vom Kläger verlangte begründete Verfügung (Urk. 38, 42) wurde ihm am 26. Juli 2011 zugestellt (Urk. 39/1).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingaben vom 22. August 2011 (Urk. 41) und 24. August 2011 (Urk. 44) rechtzeitig Beschwerde mit folgendem Antrag (Urk. 41 S. 2):

"Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Juni 2011 (FP110007-M/U_begr) aufzuheben und das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWSt. zu Lasten des Staats."

Überdies stellte der Kläger folgendes prozessuales Gesuch (Urk. 41 S. 2):

"Dem Kläger sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen."

Der Beklagte verzichtete auf die Erstattung einer Beschwerdeantwort (Urk. 46).

Am 3. Juli 2012 erfolgte ein Referentenwechsel.

II.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 15 zu Art. 321 ZPO). Ferner herrscht ein umfassendes Novenverbot (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGE 5A_405/2011, Erw. 4.5.3).

Für die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 42 S. 2 f.).

III.

1. Die Vorinstanz hielt den Kläger für mittel- und das Verfahren für nicht aussichtslos, verweigerte ihm indes die unentgeltliche Rechtspflege unter Hinweis auf die familienrechtliche Unterstützungspflicht. Sie erwog, der Mutter des Klägers, welche über Vermögen in Form einer 5 ½ Zimmer-Wohnung verfüge, sei es mittels Erhöhung der bestehenden Hypothekarschulden möglich und zumutbar, die dem Kläger entstehenden Verfahrenskosten zu tragen (Urk. 42 S. 3 ff).

2.a) Der Kläger rügt mit seiner Beschwerde, primär seien bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung die finanziellen Verhältnisse des Klägers massgebend. An die lediglich subsidiär heranzuziehende Leistungsfähigkeit der Mutter sei ein weniger strenger Massstab anzulegen, mithin müsse bei ihr keine vollumfängliche Mittellosigkeit vorliegen, um das klägerische Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gutzuheissen (Urk. 41 S. 4). Überdies sei es der Mutter des Klägers weder möglich noch zumutbar, die auf der Liegenschaft lastende maximale Hypothek von rund 74 Prozent weiter zu erhöhen oder die Wohnung zu veräussern (Urk. 41 S. 5).

b) Mit der Vorinstanz ist gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung festzuhalten, dass elterliche Unterhaltspflicht grundsätzlich auch die Übernahme von Prozesskosten des Kindes umfasst, da die familienrechtliche Unterstützungspflicht der staatlichen Pflicht zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (BGE 127 I S. 205, 207 mit weiteren Hinweisen). Dies ist trotz deren Ausnahmecharakters und teilweise umstrittener Lehre (vgl. BK- Hegnauer, Art. 276-295 ZGB, N 99 zu Art. 277 ZGB, BGE 127 I 207 mit weiteren Hinweisen) auch für den Mündigenunterhalt zu bejahen, sind damit doch grundsätzlich die gleichen Auslagen zu decken wie vor der Mündigkeit (vgl. überzeugend BGE 127 I 209). Voraussetzung ist diesfalls, dass neben dem - vorliegend unbestrittenen - ausstehenden Ausbildungsabschluss des Kindes die Unterhaltsleistungen angesichts der gesamten Umstände den Eltern zumutbar sind (Art. 277 Abs. 2 ZGB, BK- Hegnauer, a.a.O., N 89 f zu Art. 277 ZGB). Wirtschaftliche Zumutbarkeit wird gemeinhin bejaht, wenn dem leistungspflichtigen Elternteil über den eigenen Unterhalt hinaus noch Mittel verbleiben. Gegenüber der Unterhaltspflicht vor der Mündigkeit des Kindes wird hier insofern differenziert, als dem Leistungspflichtigen nicht die Teilung sämtlicher Mittel zugemutet wird, wie dies beim unmündigen Kind der Fall wäre (vgl. BK-Hegnauer, a.a.O., N 102 zu Art. 277 ZGB mit weiteren Hinweisen).

c)aa) Nach unangefochten gebliebener Sachdarstellung der Vorinstanz lassen sich die Anwalts- und Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens nicht aus den laufenden Einkünften der Mutter des Klägers decken (Urk. 42 S. 4). Zu Recht hält die Vorinstanz daher fest, dass sich diesbezüglich keine Leistungsfähigkeit der Mutter ergibt.

bb) Bei der Prüfung der Vermögensverhältnisse der Mutter verweist die Vorinstanz auf die in ihrem Alleineigentum befindliche Eigentumswohnung an der ...strasse ... in C._____ (Urk. 42 S. 5, 8/98 S. 6). Gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien im Scheidungsverfahren war die Liegenschaft mit im Jahre 2004 geschätztem Verkehrswert von Fr. 652'000.- (Urk. 8/38 S. 11) zum damaligen Zeitpunkt mit einer Hypothek von insgesamt Fr. 480'000.- belastet (Urk. 8/7 S. 8, 8/9 S. 10, Urk. 42 S. 5). Die hierzu teilweise abweichenden Ausführungen

des Klägers im Beschwerdeverfahren sind mit Hinweis auf das umfassende Novenverbot nicht zu hören, zumal sie sich nicht wie behauptet aus den Vorakten ergeben (Urk. 44 S. 2, Urk. 1-40). Indes resultiert bereits bei Zugrundelegung der tieferen, von der Vorinstanz angenommenen Gesamtbelastung der Eigentumswohnung in Höhe von Fr. 480'000.– eine Belehnung von rund 74% des Verkehrswertes. Dass eine teilweise Amortisation der Hypothek stattgefunden habe (Urk. 42 S. 5/6), findet in den Akten keine Stütze und erscheint überdies angesichts der finanziellen Verhältnisse der Mutter - ihr Einkommen vermag wie erwähnt gerade ihren monatlichen Bedarf zu decken (Urk. 42 S. 4) - nicht glaubhaft. Unter diesen Umständen ist die Möglichkeit einer Erhöhung der fraglichen Hypothek unwahrscheinlich, belehnen doch durchschnittliche Kreditgeber Grundeigentum in der Regel bis zu 65% des Verkehrswerts im Rahmen der 1. Hypothek, darüber hinaus bis zu 80% im Rahmen der 2. Hypothek, wobei Letztere vom Kreditnehmer zu amortisieren ist. Für die Amortisation einer Fr. 480'000.– übersteigenden Hypothek bleibt indes angesichts der knappen Einkommensverhältnisse der Mutter kein Raum. Mangels deren ausreichenden Kreditfähigkeit ist daher nicht anzunehmen, dass ein durchschnittliches Kreditunternehmen eine Erhöhung der auf der Liegenschaft lastenden Hypothek vornehmen wird. Hieraus lassen sich somit keine weiteren Mittel zur Tragung der klägerischen Prozesskosten generieren.

cc) Die fragliche Eigentumswohnung wird sodann von Mutter und Kläger als Familienwohnung genutzt. Deren Veräusserung, welche die Vorinstanz für möglich hält (Urk. 42 S. 6), würde die Miete einer Ersatzwohnung nach sich ziehen, wobei davon auszugehen ist, dass der entsprechende Mietzins den Hypothekarzins von Fr. 2'400.– (Urk. 42 S. 4) übersteigt. Selbst unter Berücksichtigung der durch den Verkauf gelösten Mittel erscheint die erhöhte Belastung des monatlichen Bedarfs sowie der Verlust des Eigenheims zur Tragung der vorliegenden Prozesskosten der Mutter nicht zumutbar, weshalb sich auch diesbezüglich keine Leistungsfähigkeit der Mutter ergibt.

d) Zusammenfassend ist es der Mutter des Klägers angesichts der gesamten Umstände nicht zuzumuten, die dem Kläger entstehenden Verfahrenskosten mit-

tels Verwertung ihres Grundeigentums, sei dies durch höhere Belehnung oder Verkauf, im Rahmen ihrer elterlichen Unterstützungspflicht zu tragen. Die Rüge des Klägers erweist sich somit als begründet, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

3. Die Sache ist spruchreif (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Neben der 5 ½-Zimmer-Wohnung in C._____ sind keine weiteren nennenswerten Vermögenswerte der Mutter aus den Akten ersichtlich. Hinsichtlich des Fahrzeugs Marke Toyota (Urk. 27/16-19, 42 S. 6) ist festzuhalten, dass dessen Verkehrswert nicht aktenkundig ist. Selbst wenn jedoch dessen Kompetenzcharakter verneint würde, dürfte der Erlös aus dem Verkauf kaum den der Mutter zu belassenden Notgroschen übersteigen (vgl. Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, Basel 2008, S. 86 f.), weshalb eine Veräusserung im Rahmen der elterlichen Unterstützungspflicht aufgrund fehlender wirtschaftlicher Zumutbarkeit ausser Betracht fällt.

Nachdem vorliegend eine Unterhaltspflicht der Mutter des Klägers gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB zur Tragung der Prozesskosten entfällt, greift subsidiär der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Dem erstelltermassen mittellosen Kläger (Urk. 42 S. 3) ist angesichts der fehlenden Aussichtslosigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es ist ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Dies gilt antragsgemäss (Urk. 41 S. 2) auch für das vorliegende, nicht aussichtslose Beschwerdeverfahren.

4. Vor Beschwerdeinstanz hat sich der Beklagte mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, weshalb die entsprechenden Kosten mit Hinweis auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Aus demselben Grund wird er gegenüber dem Kläger nicht entschädigungspflichtig. Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 26 zu Art. 107 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der Erstverfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Juni 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihm wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."

...

2. Dispositiv-Ziffer 3 der Zweitverfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Juni 2011 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Die Gerichtskosten werden den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen."

3. Dem Kläger wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihm wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 41 und 44, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 17. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
ss