

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE200009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss und Urteil vom 24. September 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Pfäffikon

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 20. Mai 2020 (EE200002-H)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) machte unter dem 13. Januar 2020 bei der Vorinstanz ein Eheschutzverfahren gegen ihren Ehemann, B._____ (nachfolgend: Gesuchsgegner), anhängig und ersuchte zugleich um unentgeltliche Rechtspflege, sollte der Gesuchsgegner nicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden (Urk. 6/1). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 20. Mai 2020 abgewiesen (Urk. 2 S. 66), woraufhin die Gesuchstellerin fristgerecht (vgl. Urk. 6/39/2) mit Eingabe vom 25. Juni 2020 Beschwerde erhob und nachfolgende Anträge stellte (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 2. der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. Mai 2020 aufzuheben und der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu ernennen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

Zudem ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 2).

1.2 Da dem Gesuchsgegner des Hauptprozesses im vorliegenden Rechtsmittelverfahren keine Parteistellung zukommt (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.2), ist ihm auch keine Frist zur Beantwortung der Beschwerde anzusetzen (vgl. Art. 322 ZPO). Ebenso ist auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz zu verzichten (vgl. Art. 324 ZPO). Nachdem die Beschwerdeschrift innert der mit Verfügung vom 18. August 2020 angesetzten Nachfrist (Urk. 7) rechtsgültig unterzeichnet eingereicht worden ist (vgl. Urk. 1 S. 11 und Urk. 8), erweist sich das Verfahren nunmehr als spruchreif.

2. Prozessuales

2.1 Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei konkret mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau auf-

zuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d. h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3, mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge.

2.2 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3, mit weiteren Hinweisen). In diesem Sinne kann bereits vorab festgehalten werden, dass die von der Gesuchstellerin erstmals im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptungen zur Höhe eines allfälligen Mietzinses (Urk. 1 S. 8 f.) und die von ihr neu aufgelegten Urkunden (Urk. 4/1a-c sowie Urk. 4/2-3) unbeachtlich zu bleiben haben und sich hierzu deshalb weitere Erwägungen erübrigen.

3. Standpunkt der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin moniert, die Vorinstanz habe trotz entsprechender Vorbringen die aufgrund der angeordneten Kurzarbeit eingetretene Reduktion ihres Einkommens unberücksichtigt gelassen. Zudem habe sie der Bedarfsberechnung unzulässigerweise die Situation des Zusammenlebens zugrunde gelegt. Mit der Aufnahme des Getrenntlebens würden ihre Kosten massiv höher ausfallen, was zu berücksichtigen gewesen wäre. Im Übrigen reiche auch der vorinstanzlich ermittelte Überschuss von monatlich Fr. 95.– nicht zur Deckung der Prozesskosten aus. Auch ihrer Mitwirkungspflicht sei sie nachgekommen, zumal der Verkehrswert der Liegenschaft in Portugal durch den vorgelegten Kaufvertrag und die Finanzierung mittels entsprechender (Hypothekar-) Darlehensverträgen ausgewiesen seien. Darüber hinaus eine zusätzliche Schätzung des Verkehrswerts zu verlangen, erweise sich als überspitzter Formalismus, ebenso der Einwand der Vorinstanz, wonach die Parteien gehalten gewesen wären darzulegen, dass auch eine Vermietung der Liegenschaft nicht möglich sei (Urk. 1 S. 4 ff.).

4. Materielle Beurteilung

4.1 Es ist der Gesuchstellerin zuzustimmen, dass der Verkehrswert der Liegenschaft in Portugal von EURO 245'000.– durch Vorlage des Kaufvertrags vom 2. Juli 2019 glaubhaft gemacht worden ist (Urk. 6/10/3). Weitere Unterlagen hierzu sind unter diesen Umständen entbehrlich. Sodann ergibt sich aus dem Kaufvertrag und den entsprechenden Abrechnungen (Urk. 6/10/3-4 und Urk. 6/10/8) ein Hypothekendarlehen von EURO 220'000.–, für welches monatliche Amortisationen und Zinsen von insgesamt EURO 540.56 geschuldet sind. Ebenso sind der Konsumkredit bei der Cembra MoneyBank über Fr. 50'000.– und die geschuldeten monatlichen Raten von Fr. 1'053.95 durch entsprechenden Vertrag ausgewiesen (Urk. 6/10/7). Zudem erscheinen die Ausführungen glaubhaft, wonach der Konsumkredit zur Aufnahme der Hypothek in Portugal aufgenommen wurde (Prot. VI S. 25 und S. 39 sowie Urk. 1 S. 6 f.). Entsprechendes legt auch die zusammenfassende Abrechnung der Millennium bcp (Urk. 6/10/4) sowie das Datum des Vertragsabschlusses (Urk. 6/10/7) nahe. Demnach übersteigen die zur Finanzierung der Liegenschaft aufgenommenen Schuldverpflichtungen deren Verkehrswert. Eine zusätzliche Belastung kommt unter diesen Umständen offensichtlich nicht in Frage.

4.2 Mit der Vorinstanz ist einig zu gehen, dass in vorliegendem Kontext der Gesuchstellerin die Vermietung der Liegenschaft in Portugal zuzumuten wäre (vgl. Urk. 2 S. 64). Fraglich ist indes, ob die daraus allenfalls resultierenden Mittel effektiv verfügbar gemacht werden können (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, S. 75 N 212 ff., mit weiteren Hinweisen). Die bislang erfolglos gebliebenen Bemühungen zur Vermietung der Liegenschaft wurden vor Vorinstanz dargelegt (Prot. VI S. 43 f. und Urk. 6/35 S. 3). Die Darlegungen erscheinen vor dem Hintergrund, dass an die Mitwirkung im Zusammenhang mit der Beschaffung flüssiger Mittel aus Liegenschaften im Ausland keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind, als ausreichend (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 40 m.H.; Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 150; BGer 5A_726/2014 vom 2. Februar 2015, E. 4.2; ZR 95 [1996] Nr. 92), zumal no-

torisch erscheint, dass während der ersten Welle der COVID-19-Pandemie nicht an eine Vermietung zu denken war und auch das Treffen entsprechender Vorkehrungen dadurch verunmöglicht wurde. Die der Gesuchstellerin zur Vermietung notwendigerweise zu gewährende angemessene Frist (vgl. BGer 4A_294/2010 vom 2. Juli 2010, E. 1.3 und E. 3.4; OGer ZH PC190021 vom 8. August 2019, E. 4.2.5) hätte demnach frühestens im Juni 2020 zu laufen begonnen und wäre in Anbetracht der bisherigen Entwicklungen grosszügig zu bemessen gewesen. Unter Mitberücksichtigung der saisonalen Gegebenheiten wäre realistischerweise erst im Jahr 2021 mit Mietzinseinnahmen zu rechnen. Die prozessuale Bedürftigkeit ist demzufolge einzig anhand der Erwerbseinkommen und der Kinderzulagen zu ermitteln, andernfalls ein wirksamer Zugang zum Gericht nicht mehr gewährleistet wäre. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet.

4.3 Ob die Gesuchstellerin die Prozesskosten mit dem von der Vorinstanz errechneten monatlichen Überschuss von Fr. 95.– in absehbarer Zeit decken könnte, kann vorliegend offen gelassen werden. Korrekterweise berücksichtigte die Vorinstanz die Haushaltsgemeinschaft bis zum angeordneten Auszug der Gesuchstellerin bedarfsreduzierend (Urk. 2 S. 54 ff.), für die Zeit danach hätten die auszugsbedingten Mehrkosten jedoch berücksichtigt werden müssen. Als unmittelbar durch das vorinstanzliche Urteil verursachter Umstand gilt es die Pflicht der Gesuchstellerin, bis zum 31. August 2020 auszuziehen (Urk. 2 S. 68), bei der Ermittlung der Mittellosigkeit zwingend zu beachten (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 20; BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 49 ff.; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., S. 57 N 157). Daraus folgt, dass der bis zum 31. August 2020 von der Vorinstanz errechnete Überschuss durch das in der Folge zu beachtende Manko von Fr. 1'513.– (Fr. 2'203.– [effektives Einkommen Gesuchstellerin; Urk. 2 S. 36 und S. 54] - Fr. 3'582.– [Bedarf Gesuchstellerin ab 1. November 2020; Urk. 2 S. 37 ff.] - Fr. 134.– [Kinderunterhaltsbeiträge; Urk. 2 S. 47 und S. 68]) bereits innert kürzester Zeit wieder aufgebraucht wird.

4.4 Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist nach dem Gesagten als glaubhaft gemacht zu erachten. Da das Verfahren zudem nicht aussichtslos war und die Gesuchstellerin zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung eines

Rechtsvertreters angewiesen war, ist die Beschwerde gutzuheissen und der Gesuchstellerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die der Gesuchstellerin auferlegten Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Dispositiv-Ziffer 13 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 2 S. 69) ist – von Amtes wegen – dahingehend zu ergänzen (vgl. BK ZPO-Sterchi, Art. 327 N 23; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 24; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 327 N 7).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur für das erstinstanzliche (Gesuchs-) Verfahren. Demgegenüber dürfen im Rechtsmittelverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich Gerichtskosten erhoben werden (BGE 140 III 501 E. 4.3.2; BGE 137 III 470 E. 6). Gegenpartei in diesem Verfahren ist allerdings nicht die Gegenpartei des Hauptprozesses, sondern der Staat, d.h. der Kanton Zürich. Folglich hätte, nachdem die Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren obsiegt, der Beschwerdegegner die Gerichtskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 200 lit. a GOG (i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO) werden dem Kanton in Zivilverfahren jedoch keine Gerichtskosten auferlegt. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine Kosten zu erheben.

5.2 Die Kostenfreiheit gemäss § 200 lit. a GOG gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur für die Gerichtskosten, nicht auch für die Parteientschädigung (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 200 N 4). Eine solche ist beantragt (Urk. 1 S. 2) und dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der obsiegenden Gesuchstellerin aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5). Die (volle) Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 3 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 Anw-

GebV auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Mangels Antrag ist die Mehrwertsteuer nicht zusätzlich zu berücksichtigen (vgl. ZR 104 Nr. 76).

5.3 Da die Gesuchstellerin entsprechend den vorstehenden Erwägungen keine Gerichtskosten zu tragen hat und überdies vom Kanton für ihre Aufwendungen zu entschädigen ist, ist ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 20. Mai 2020, soweit sie die unentgeltliche Rechtspflege der Gesuchstellerin betrifft, aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2.1 Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."

2. Die Dispositiv-Ziffer 13 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 20. Mai 2020 wird wie folgt ergänzt:

"13. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Der Anteil der Gesuchstellerin wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen."

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Obergerichtskasse, 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 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, Datum

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:

rl