

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE180004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss und Urteil vom 4. April 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Bülach

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 (EE170109-C)

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 7. August 2017 machte die Klägerin des Hauptsacheverfahrens (B._____) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (im Folgenden Beklagter) ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Für das damit eingeleitete Verfahren ersuchten beide Parteien um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. -vorschusses zu Lasten der Gegenpartei, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Urk. 1 S. 2; Urk. 9; Prot. I S. 3 i.V.m. Urk. 12 S. 2 und Urk. 14 S. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung (vgl. Prot. I S. 2 ff.) erging am 23. Oktober 2017 das zunächst ohne Begründung eröffnete (Urk. 16) und dem Beklagten auf entsprechendes Begehren (Urk. 19) am 19. Februar 2018 in begründeter Fassung zugestellte vorinstanzliche Urteil (Urk. 20 = Urk. 24; Urk. 21). Damit wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt, die eheliche Wohnung in C.____ der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen, der Beklagte zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin verpflichtet und deren Antrag um Anordnung eines Kontakt- und Rayonverbots abgewiesen (Urk. 24 S. 26 ff. Disp.-Ziff. 1-5). Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 3'300.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt (Urk. 24 S. 29 Disp.-Ziff. 6 und 8). Zudem wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 24 S. 29 Disp.-Ziff. 7). Mit gleichentags ergangener Verfügung entschied die Vorinstanz über die prozessualen Gesuche wie folgt (Urk. 24 S. 25):

- "1. Der von der Klägerin gestellte Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 4'000.– durch den Beklagten wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Der vom Beklagten gestellte Antrag auf Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
4. Das Gesuch der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird abgewiesen.

5. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
6. ... [Mitteilung]
7. ... [Rechtsmittelbelehrung]".

1.2. Gegen die vorinstanzliche Verfügung erhob der Beklagte mit Eingabe vom 1. März 2018 Beschwerde (Urk. 23). Damit beantragt er, Dispositiv-Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und ihm für das Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Überdies ersucht er auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung seiner Rechtsvertreterin zur unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Urk. 23 S. 2).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-22). Weitere prozessuale Anordnungen sind nicht ergangen.

1.3. Die Klägerin ihrerseits reichte gegen Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung sowie gegen Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils ebenfalls Beschwerde ein. Diese Beschwerdeverfahren werden hierorts unter den Geschäfts-Nrn. RE180002-O und RE180003-O geführt. In der Sache selbst und auch hinsichtlich der Kostenfolgen blieb der Eheschutzentscheid unangefochten.

2. Prozessuales

2.1. Gegenstand der Beschwerde bildet der vorinstanzliche Entscheid, dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (Disp.-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung). Der Klägerin des Hauptsacheverfahrens kommt in diesem Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2 S. 343; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2), weshalb ihr keine Frist zur Beantwortung der Beschwerde anzusetzen ist (vgl. Art. 322 ZPO). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (vgl. Art. 324 ZPO).

2.2. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Beschwerde im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO). Sie wurde vom Beklagten, der

durch die angefochtene Verfügung beschwert und deshalb zur Beschwerdeerhebung legitimiert ist, form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 119 Abs. 3 Satz 1 und Art. 142 f. ZPO; Urk. 21). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehende E. 2.3) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. zu ihrem Nachteil an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). 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.

2.4. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) 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_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

3. Materielle Beurteilung

3.1. Die Vorinstanz unterschied für die Unterhaltsberechnung drei Phasen: vom 1. November 2017 bis 30. November 2017 (I), vom 1. Dezember 2017 bis

28. Februar 2018 (II) und ab 1. März 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens (III). Dabei kam sie zum Schluss, dass im vorliegenden Fall nach Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums der Parteien erst in der dritten Phase ab 1. März 2018 ein Einkommensüberschuss von Fr. 975.– resultiere, den sie vollumfänglich dem Beklagten belies; in den Phasen I und II reicht das Einkommen der Parteien nach der vorinstanzlichen Berechnung genau zur Deckung der beiden Bedarfe (Urk. 24 S. 5-20 E. V). Zur Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit des Beklagten stellte die Vorinstanz dem errechneten, ab 1. März 2018 resultierenden monatlichen Einkommensüberschuss in der Höhe von Fr. 975.– die Summe der vom Beklagten zu bezahlenden Gerichtskosten von Fr. 3'300.–, seiner mutmasslichen Anwaltskosten von maximal Fr. 3'000.–, der Krankenkassenschulden von Fr. 730.– sowie der an die Klägerin zu leistenden Parteientschädigung von Fr. 1'620.–, mithin einen Totalbetrag von Fr. 8'650.– gegenüber. Sie erwog, dass es dem Beklagten möglich sein sollte, diesen Betrag mit seinem monatlichen Überschuss von Fr. 975.– innert absehbarer Zeit, nämlich innert neun Monaten, abzuführen. Die Mittellosigkeit des Beklagten sei deshalb zu verneinen. Dementsprechend seien seine Gesuche um Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch die Klägerin und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen (Urk. 24 S. 24 f. E. VIII.1.4 und VIII.2.3).

3.2. Der Beklagte macht geltend, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sei er als mittellos zu betrachten. Entsprechend habe er im Verfahren vor Erstinstanz Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Mit ihrem gegenteiligen Entscheid habe die Vorinstanz Art. 29 BV verletzt und insoweit das Recht unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO; Urk. 23 S. 6 Ziff. 10).

3.2.1. Im Einzelnen bringt der Beklagte zunächst vor, er lebe seit dem 11. Januar 2018 nicht mehr in der Schweiz. Zusage des endgültig verfügten, in Rechtskraft erwachsenen Widerrufs seiner Aufenthaltsbewilligung habe er in seine Heimat Serbien zurückkehren müssen. Dort betrage ein Bruttodurchschnittslohn lediglich 500 Euro. Seit dem 11. Januar 2018 erziele er kein Einkommen mehr in der Schweiz, und in Serbien könne er höchstens einen Lohn in der genannten Höhe erzielen, wenn er eine Stelle hätte. Mit seiner definitiven Rückkehr

nach Serbien sei die Möglichkeit weggefallen, die Gerichts- und Anwaltskosten abzuzahlen, deren Höhe er, ebenso wie den ab 1. März 2018 berechneten Überschuss von Fr. 975.–, zudem als sehr hoch bestreite (Urk. 23 S. 4 Ziff. 4-6 [und S. 5 Ziff. 9]). Zum Nachweis dieser Sachdarstellung reicht er die Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 23. Oktober 2017 und dessen Schreiben vom 20. Februar 2018 ein (Urk. 26/3 und Urk. 26/2).

Diese tatsächlichen Vorbringen und Belege zur Rückkehr des Beklagten in die Heimat und zu seinen finanziellen Möglichkeiten in Serbien werden erstmals mit der Beschwerde vorgetragen. Es handelt sich um neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel, die im Beschwerdeverfahren unzulässig sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4). Soweit der Beklagte die Beschwerde mit seiner Rückkehr nach Serbien, den damit verbundenen Auswirkungen auf seine finanzielle Situation und der daraus abgeleiteten Unzumutbarkeit der Abzahlung der Verfahrenskosten begründet, ist er deshalb nicht zu hören. Insoweit sind seine Vorbringen und Belege zum Nachweis eines Beschwerdegundes (Art. 320 ZPO) von vornherein unbehelflich.

Nicht ersichtlich und in der Beschwerde auch nicht näher dargetan ist sodann, was der Beklagte aus der pauschalen Bestreitung der Höhe der Verfahrenskosten von Fr. 8'650.– konkret zu seinen Gunsten ableiten will. Er begründet auch nicht rechtsgenügend, inwiefern der für die Zeit ab 1. März 2018 errechnete Überschuss von Fr. 975.– "als sehr hoch" zu bemängeln sein sollte (Urk. 23 S. 4 Ziff. 5; vgl. immerhin nachstehend, E. 3.2.2). Mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz (insbes. Urk. 24 S. 19 E. 6.2) setzt er sich nicht auseinander. Auch darauf ist nicht weiter einzugehen (vgl. vorne, E. 2.3).

3.2.2. Weiter bestreitet der Beklagte die von der Vorinstanz in seinem Bedarf angerechneten Wohnkosten von Fr. 600.– (vgl. Urk. 24 S. 13 f. E. V.5.2.3) als sehr tief. Richtigerweise seien ihm Wohnkosten von Fr. 1'200.– anzurechnen. Indem er (nach der Trennung) in einer Wohngemeinschaft gelebt habe, sei er trotz der effektiven Kosten von Fr. 600.– entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen gegenüber dem Standard, den er in der ehelichen Wohnung genossen habe, erheblich in seinem Wohnkomfort eingeschränkt gewesen. Deshalb sei bei seinen

Wohnkosten gemäss der obergerichtlichen Praxis von einem Betrag von Fr. 1'200.– auszugehen. Stelle man dem so berechneten Bedarf von total Fr. 3'185.– das Nettoeinkommen von Fr. 3'665.– gegenüber, sei ihm bis am 11. Januar 2018 ein Überschuss von nur Fr. 460.– verblieben (Urk. 23 S. 5 Ziff. 7-9). Seit dem 11. Januar 2018 verfüge er über gar kein nennenswertes Einkommen mehr (Urk. 23 S. 5 Ziff. 9; dazu bereits vorstehend, E. 3.2.1).

Die Rüge ist unbegründet. Es trifft zwar zu, dass nach der Rechtsprechung einem Ehegatten unter Umständen höhere (hypothetische) Wohnkosten zugebilligt werden können als die effektiv anfallenden Kosten, wenn er seinen Wohnkomfort und die Wohnkosten freiwillig einschränkt, ohne dass dies objektiv geboten wäre (Six, Eheschutz, 2. Aufl., 2014, Rz 2.103 m.w.Hinw.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., 2010, Rz 2.34; Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1232; ZR 87 [1988] Nr. 114). Diese Praxis steht aber im Zusammenhang mit der Bestimmung des *familienrechtlichen* Existenzminimums und betrifft nur die Anrechnung von Wohnkosten bei der Berechnung von Unterhaltsbeiträgen. Die im vorinstanzlichen Urteil vom 23. Oktober 2017 festgesetzten Unterhaltsbeiträge und ihre Berechnungsgrundlagen (Urk. 24 S. 26 ff. Disp.-Ziff. 3 und 4) wurden vom Beklagten aber nicht angefochten und sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren somit nicht zu überprüfen (Dispositionsmaxime). Demgegenüber gilt im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. bei der Prüfung der prozessualen Bedürftigkeit (Mittellosigkeit) im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 lit. a ZPO der sog. Effektivitätsgrundsatz. Danach ist anhand einer Gegenüberstellung der tatsächlich vorhandenen Mittel (Einkommen und Vermögen) und der tatsächlich anfallenden Lebenshaltungskosten zu prüfen, ob der Gesuchsteller finanziell in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie die Prozesskosten zu bestreiten. Auf der Bedarfsseite bedeutet der Effektivitätsgrundsatz, dass bei der Ermittlung und Feststellung der Prozessarmut die für Lohnpfändungen nach Art. 93 SchKG entwickelte Regel analog anwendbar ist, wonach nur Kosten des Lebensunterhalts und Schuldverpflichtungen berücksichtigt werden dürfen, für die eine Zahlungspflicht tatsächlich besteht und für welche bisher effektiv Zahlungen geleistet worden sind (BGE 122 I 20 E. 3.a S. 22; BGE 112 III 19 E. 4 S. 23).

Beim notwendigen Bedarf dürfen daher nur effektiv zu zahlende und bisher tatsächlich bezahlte Kosten und Schuldverpflichtungen, nicht aber bloss hypothetische (auch Wohn-)Kosten berücksichtigt werden (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 11 f. m.w.Hinw.; ZR 104 [2005] Nr. 54; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 46).

Der Beklagte machte vor Vorinstanz zunächst geschätzte Wohnkosten von Fr. 1'200.– geltend (Urk. 9 S. 2). Anlässlich der Hauptverhandlung erklärte er auf gerichtliche Nachfrage hin, dass sein Mietzins Fr. 600.– betrage (Prot. I S. 9). Bei dieser Sachlage hat die Vorinstanz dem Beklagten im Rahmen der armenrechtlichen Bedarfsrechnung zu Recht (nur) den von ihm selbst genannten, effektiv zu bezahlenden (und im Übrigen auch nicht in Abrede gestellten) Betrag von Fr. 600.– als monatliche Wohnkosten angerechnet.

3.2.3. Keine prozessuale Bedürftigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 lit. a ZPO liegt vor, wenn der Gesuchsteller in der Lage ist, neben seinem Lebensunterhalt auch die mutmasslichen Prozesskosten aus seinem Vermögen oder seinem Einkommen zu bestreiten. Fehlt es – wie vorliegend – an liquidem Vermögen, ist zu prüfen, ob die Bezahlung der zu erwartenden Prozesskosten innert nützlicher Frist aus der positiven Differenz zwischen Einkommen und prozessuaalem Notbedarf möglich ist. Dabei ist ein bloss geringfügiger ("kleiner") Einkommensüberschuss zu vernachlässigen und die unentgeltliche Rechtspflege diesfalls zu bewilligen (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 222; ZR 110 [2011] Nr. 97, E. 2.4; ZR 110 [2011] Nr. 99, E. 3.2; ZR 110 [2011] Nr. 101, E. 3.3). Die prozessuale Bedürftigkeit ist nach der Praxis aber zu verneinen, wenn der Einkommensüberschuss so gross ist, dass er dem Gesuchsteller ermöglicht, die gesamten mutmasslichen Prozesskosten für ein relativ einfaches Verfahren innert einem Jahr, für ein kostspieliges Verfahren innert zwei Jahren ratenweise zu bezahlen (vgl. statt vieler BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 224; BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 222 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 12; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 32; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 17; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 117 N 7). Diese Tilgungsfrist gilt auch für familienrechtliche und insbesondere auch für Eheschutzverfahren (vgl. z.B. BGer 5A_814/2009 vom 31. März 2010, E. 3.4.1.4;

BGer 5P.180/2004 vom 4. Juni 2004, E. 2.2 und E. 2.3). Dabei sind voraussehbare Veränderungen der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie des prozessualen Notbedarfs während der Ratenzahlungsfrist zu berücksichtigen (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 222).

Der Beklagte weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Vorinstanz bekannt gewesen sei, dass ihm die Ausweisung aus der Schweiz drohe, habe er doch bereits im August 2017 Gelegenheit erhalten, gegenüber dem Migrationsamt zur Frage des Widerrufs seiner Aufenthaltsbewilligung Stellung zu nehmen (Urk. 23 S. 4 Ziff. 4 m.Hinw. auf Urk. 15/1). Das trifft zu: Die Vorinstanz hielt dem Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2017 das von ihm beigebrachte Schreiben des Migrationsamts vom 21. August 2017 vor und fragte ihn, ob er bereits eine (Wegweisungs-)Verfügung erhalten habe, was er verneinte (Prot. I S. 8; s.a. Urk. 14 S. 2 f.). In diesem Schreiben war dem Beklagten mitgeteilt worden, dass das Migrationsamt beabsichtige, seine Aufenthaltsbewilligung zu widerrufen und ihm eine Frist zum Verlassen der Schweiz anzusetzen. Im Zeitpunkt der Beurteilung des Armenrechtsgesuchs war mithin absehbar und der Vorinstanz bekannt, dass der Beklagte mit grosser Wahrscheinlichkeit in näherer Zukunft aus der Schweiz ausgewiesen würde. Es liegt auf der Hand, dass eine definitive Ausreise aus der Schweiz erhebliche – vermutungsweise negative – Auswirkungen auf seine Einkommenssituation zeitigen, er also zumindest in den ersten Monaten nach der Ausreise ein tieferes oder gar kein Einkommen mehr erzielen würde. Ebenso stand zu diesem Zeitpunkt fest, dass der Beklagte in Anbetracht der ihm im Urteil auferlegten Unterhaltspflicht bis Ende Februar 2018 auch in der Schweiz keinen Einkommensüberschuss erzielen wird, welcher ihm die Abzahlung von Prozesskosten ermöglichen würde (vgl. Urk. 24 S. 19 E. V.6.2 und S. 24 E. VIII.1.4). Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz die zu erwartende Veränderung der Verhältnisse nicht einfach unberücksichtigt lassen und unbesehen der absehbaren Wegweisung annehmen, der Beklagte sei in der Lage, die mutmasslichen Prozesskosten mit dem ab 1. März 2018 in Aussicht stehenden Einkommensüberschuss aus seiner bisherigen Arbeitstätigkeit in der Schweiz innert neunmonatiger Frist abzuführen. Diese Annahme erscheint rein spekulativ und trägt der (damaligen) Realität in keiner Weise

Rechnung. Vielmehr musste unter den gegebenen Umständen davon ausgegangen werden, dass der Beklagte nicht in der Lage sein werde, die mutmasslichen Prozesskosten im Sinne der Rechtsprechung innert nützlicher Frist (seit Beendigung des Verfahrens) aus seinem – keineswegs feststehenden – künftigen Einkommensüberschuss abzuführen. Mangels finanzieller Leistungsfähigkeit der Klägerin fällt auch die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags ausser Betracht (vgl. Urk. 14 S. 1); die Klägerin vermag mit ihrem Einkommen nicht einmal ihren eigenen Bedarf zu decken (vgl. Urk. 24 S. 8 ff.) und hat offensichtlich auch kein Vermögen (vgl. Urk. 3/5; Urk. 3/8; Urk.13/6). Schliesslich erscheint glaubhaft, dass auch der Beklagte über kein Vermögen verfügt (vgl. Urk. 3/5; Urk. 10/2; Urk.15/5). Er ist folglich als mittellos im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV bzw. Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten.

3.3. Indem die Vorinstanz die prozessuale Bedürftigkeit des Beklagten verneinte, hat sie das Recht unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO). Die Beschwerde ist begründet.

4. Neuer Sachentscheid

4.1. Die Sache ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Sachentscheid zu fällen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

4.2. Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 117 ZPO). Überdies hat sie Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

4.3. Wie eben dargelegt, ist die Mittellosigkeit des Beklagten zu bejahen. Seine Rechtsbegehren waren zudem nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV (dazu BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4 S. 218). Fer-

ner war der rechtsunkundige und mit dem Eheschutzverfahren nicht vertraute Beklagte, der serbisch spricht und für die Hauptverhandlung einen Dolmetscher benötigt (vgl. Urk. 9 S. 3 und Prot. I S. 2), zur wirksamen Wahrung seiner Rechte auf eine anwaltliche Verbeiständung angewiesen, zumal auch die Klägerin anwaltlich vertreten war (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung ist dem Beklagten deshalb für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Art. 118 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Entsprechend sind die dem Beklagten (unangefochten) auferlegten Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Dispositiv-Ziffer 8 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 24 S. 29) ist – von Amtes wegen – dahingehend zu ergänzen (vgl. BK ZPO II-Sterchi, Art. 327 N 23; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 24; Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 327 N 7).

5. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

Der Beklagte ersucht auch für das Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Urk. 23 S. 2 und S. 6; s.a. Art. 119 Abs. 5 ZPO). Nachdem ihm keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. nachstehend, E. 6.1), ist sein Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Soweit er die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin beantragt (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist das Gesuch gutzuheissen. Der von ihm gestellte Rechtsmittelantrag war keineswegs aussichtslos, und der mittellose und rechtsunkundige Beklagte war für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte (auch) im Beschwerdeverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung erfüllt, und dem Beklagten ist für das Beschwerdeverfahren in der Person seiner Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin X._____, eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. 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 137 III 470 E. 6 S. 471 ff.; BGE 140 III 501 E. 4.3.2 S. 510 f.). Gegenpartei in diesem Verfahren ist allerdings nicht die Gegenpartei des Hauptsacheverfahrens, sondern der Staat, d.h. der Kanton Zürich (BGE 139 III 334 E. 4.2 S. 343; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2; vgl. auch vorne, E. 2.1). Folglich hätte, nachdem der Beklagte 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.

6.2. 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, § 200 N 4). Eine solche ist beantragt (Urk. 23 S. 2; vgl. BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344; BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447) und der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des obsiegenden Beklagten aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. auch BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 5 m.Hinw. auf BK ZPO I-Bühler, Art. 122 N 59). Sie ist unter Berücksichtigung der eingereichten Kostennote (Urk. 26/4; vgl. Art. 105 Abs. 2 ZPO) in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 13 Abs. 1 und 2 sowie § 22 AnwGebV auf Fr. 1'000.– (inkl. Auslagen) festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag auf die Parteientschädigung entfällt zufolge des ausländischen Wohnsitzes des Beklagten.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Im

Übrigen wird das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abgeschrieben.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. a) In Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"5. Dem Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."

b) Weiter wird die Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 wie folgt ergänzt:

"8. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

3. Der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von Urk. 23, Urk. 25 und Urk. 26/2-4, an das Migrationsamt des Kantons Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen in das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RE180002-O.

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) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 ZPO.

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, 4. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
cm