

**ZSU.2022.220**  
(SF.2022.70)  
Art. 49

**Entscheid vom 27. März 2023**

Besetzung      Oberrichter Richli, Präsident  
                     Oberrichter Egloff  
                     Oberrichterin Massari  
                     Gerichtsschreiber Huber

Gesuchsteller    **A. \_\_\_\_\_**,  
                         [...]   
                         vertreten durch Rechtsanwalt Ilkan Agyer,  
                         Splügenstrasse 8, 8002 Zürich

Gegenstand      Unentgeltliche Rechtspflege

---

## **Das Obergericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

B. (geb. am tt.mm. 2017) reichte am 1. April 2022 beim Präsidium des Bezirksgerichts Lenzburg gegen A. eine Unterhaltsklage ein (Verfahren VF.2022.10).

### **2.**

#### **2.1.**

A. stellte mit Eingabe vom 8. Juli 2022 ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren VF.2022.10.

#### **2.2.**

Die Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg wies das Gesuch mit Verfügung vom 16. September 2022 ab.

### **3.**

Gegen diese ihm am 19. September 2022 zugestellte Verfügung erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 29. September 2022 beim Obergericht des Kantons Aargau Beschwerde mit folgenden Anträgen:

#### **" 1.**

Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Lenzburg vom 16. September 2022 aufzuheben. Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege sei gutzuheissen und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen und die Gerichtskosten einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

#### **2.**

Eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und zwecks Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **3.**

Dem Gesuchsteller sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

#### **4.**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST von 7.7% zulasten der Staatskasse."

---

## **Das Obergericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO).

Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Offensichtlich unrichtig bedeutet willkürlich (Urteil des Bundesgerichts 4A\_149/2017 vom 28. September 2017 E. 2.2). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven und auch in Verfahren, welche wie das Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der (beschränkten) Untersuchungsmaxime unterstehen, da die Beschwerde nicht der Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern grundsätzlich nur der Rechtskontrolle des erstinstanzlichen Entscheids dient (Urteil des Bundesgerichts 5A\_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3; DIETER FREIBURGHaus/SUSANNE AFHELDT, in: THOMAS SUTTER-SOMM/Franz Hasenböhler/CHRISTOPH LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 3 f. zu Art. 326 ZPO).

## **2.**

### **2.1.**

Die Vorinstanz begründete die Ablehnung der vom Gesuchsteller beantragten unentgeltlichen Rechtspflege im Wesentlichen wie folgt: Das prozessrechtliche Existenzminimum des Gesuchstellers betrage Fr. 3'545.45. Diesem stünden die Einkünfte des Gesuchstellers von netto Fr. 4'425.00 (inkl. 13. Monatslohn, abzüglich Quellensteuer) gegenüber. Dem Gesuchsteller verbleibe somit ein Freibetrag von monatlich Fr. 879.55, bzw. jährlich Fr. 10'554.60, aus welchem er seine Prozesskosten (sowie auch den im Verfahren SF.2022.25 verfüigten Prozesskostenvorschuss an die Klägerin von Fr. 5'000.00) bestreiten könne. Der Gesuchsteller sei zwar mit Entscheid vom 2. Juni 2022 im Verfahren SF.2022.25 zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen im Umfang von Fr. 1'647.00 ab April 2022 verpflichtet worden, womit eine rechtlich geschuldete Unterhaltspflicht bestehe. Er habe es jedoch unterlassen, die in der Eingabe vom 8. Juli 2022 erwähnte Unterhaltspflicht in die Bedarfsberechnung einfließen zulassen. Selbst wenn die Verbindlichkeit aus der Bedarfsberechnung hervorgegangen wäre, wäre die entsprechende Position zufolge fehlenden Nachweises der tatsächlichen Leistung nicht zu berücksichtigen. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sei deshalb abzuweisen. Selbst wenn der Gesuchsteller als bedürftig i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten gewesen wäre, hätte sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge fehlenden Antrags auf einen Prozesskostenvorschuss seitens seiner Ehefrau abgewiesen werden müssen.

### **2.2.**

Der Gesuchsteller bringt dagegen in seiner Beschwerde im Wesentlichen vor, im Gesuch vom 8. Juli 2022 sei argumentiert worden, dass ihm zwar ein Fr. 800.00 übersteigender rechnerischer Überschuss verbleibe, dieser

aber mit seiner baldigen gerichtlichen Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhalt in dieser Höhe im Verfahren VF.2022.10 eben kein "Überschuss" mehr sein werde und er darum, in die Zukunft gesehen, nicht mehr innert vernünftiger Frist (d.h. eines Jahres) die Prozesskosten werde tragen können. Es sei sodann auch das Rechtsbegehren gestellt worden, der Gesuchsteller möge ("in Korrektur" des fehlerhaften Entscheids vom 2. Juli [recte: Juni] 2022) zu einem monatlichen Unterhalt von Fr. 884.00 (also dem Betrag des "Überschusses") verurteilt werden. Im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung lasse die Vorinstanz die zukünftige finanzielle Verpflichtung des Gesuchstellers im Verfahren, in welchem um unentgeltliche Rechtspflege ersucht werde, ausser Acht und komme auf einen jährlichen Überschuss, den er nie haben werde, weil er daraus den Kinderunterhalt werde bezahlen müssen. Weiter hätte die Vorinstanz die ihm im Verfahren SF.2022.25 auferlegte Unterhaltsverpflichtung in der Höhe von Fr. 1'647.00 wegen der Untersuchungsmaxime von Amtes wegen berücksichtigen müssen. In Rz. 21 der Eingabe vom 8. Juli 2022 sei klar erwähnt worden, dass in der Zukunft der Überschuss von Fr. 884.00 als Unterhalt bezahlt werden müsse und deshalb die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden sollte. In Rz. 18 der Eingabe vom 8. Juli 2022 sei schliesslich klar ausgeführt worden, dass das lediglich formale Verlangen eines Prozesskostenvorschusses nicht hilfreich sein werde, weil die Klägerin und ihr gesetzlicher Vertreter (recte: ihre gesetzliche Vertreterin) ohnehin mittellos seien.

### **3.**

#### **3.1.**

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, die Befreiung von den Gerichtskosten und die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Sie befreit hingegen nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

Eine Person, welche nicht über genügend Mittel verfügt, um die Kosten für einen Prozess zu übernehmen, deren Ehegatte aber in der Lage wäre, für diese Kosten aufzukommen, kann indessen vom Staat nicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangen. Nach konstanter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des Staates, einer mittellosen Partei in einer nicht von vornherein aussichtslosen Angelegenheit die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, subsidiär zur Pflicht des Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, die sich aus der familienrechtlichen Unterstützungspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 bzw. Art. 163 ZGB ergibt

(BGE 138 III 672 E. 4.2.1; Urteile des Bundesgerichts 5A\_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5 und 5A\_590/2019 vom 13. Februar 2020 E. 3.3). Die Bevorschussungspflicht gilt nicht nur für Verfahren zwischen den Ehegatten, sondern auch für Verfahren zwischen einem Ehegatten und einem Dritten, und zwar auch für die Kosten vermögensrechtlicher Prozesse (BGE 85 I 1; zum Ganzen DANIEL WUFFLI/DAVID FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, Rz. 168). Die Anspruchsberechtigung beginnt mit der Eheschliessung und endet mit der Auflösung der Ehe. Wird die Ehe durch Scheidung aufgelöst, entfällt sie grundsätzlich mit der rechtskräftigen Scheidung (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 174; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_97/2017 vom 23. August 2017 E. 12.1 m.w.H.).

Die gesuchstellende Partei hat daher entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann. Das Gericht soll in die Lage versetzt werden, vorfrageweise die Leistungsfähigkeit des Ehegatten zu prüfen, ohne dass dies der (antizipierten) Beurteilung der Partei überlassen wird. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (Urteil des Bundesgerichts 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1).

### **3.2.**

Der Gesuchsteller reichte am 22. Dezember 2021 beim Bezirksgericht Lenzburg eine Scheidungsklage gegen seine Ehefrau C. ein (vgl. Entscheid ZSU.2022.84 des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 15. November 2022, S. 2). Die Ehe ist bis heute nicht rechtskräftig geschieden, weshalb die Ehefrau trotz Getrenntlebens bei gegebenen Voraussetzungen nach wie vor verpflichtet werden kann, dem Gesuchsteller einen Prozesskostenvorschuss für das Verfahren VF.2022.70 zu leisten. Wie erwähnt, entfällt die Anspruchsberechtigung grundsätzlich erst mit der Auflösung der Ehe, d.h. mit der rechtskräftigen Scheidung. Der Gesuchsteller äusserte sich im vorinstanzlichen Verfahren SF.2022.70 jedoch nicht zur Frage, ob seine Ehefrau zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann (vgl. Akten SF.2022.70, act. 5 ff.). Weder stellte er einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gegen seine Ehefrau noch legte er dar, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichte. Die Ausführungen in Rz. 18 seines Gesuchs vom 8. Juli 2022 (Akten SF.2022.70, act. 11) und in Rz. 26 der Beschwerde beziehen sich nicht auf die Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses durch seine Ehefrau, sondern eines solchen durch seine fünfjährige Tochter (die Unterhaltsklägerin) bzw. deren Mutter und gehen deshalb an der Sache vorbei.

Es braucht an dieser Stelle nicht allgemein entschieden zu werden, unter welchen Voraussetzungen eine bedürftige Person allenfalls darauf verzichten kann, einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss zu stellen und stattdessen direkt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen darf. Dabei wäre jedenfalls die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zu beachten, die durch ein solches Vorgehen nicht unterlaufen werden darf. Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss zu sprechen ist, darf mit anderen Worten nicht faktisch einer antizipierenden Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlassen werden. Falls ausnahmsweise dennoch aus prozessökonomischen Gründen auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so darf von einer anwaltlich vertretenen Partei jedenfalls verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb darauf nach ihrer Ansicht zu verzichten ist, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (Urteile des Bundesgerichts 5A\_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2 und 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1). Es liegt sodann bei Fehlen entsprechender Ausführungen nicht am ersuchten Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss nicht besteht. Es liegt kein überspitzter Formalismus vor, wenn eine ausdrückliche Äusserung zu diesem Thema verlangt wird. Ausserdem hat die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nicht verletzt. Der Gesuchsteller war vor der Vorinstanz anwaltlich vertreten und die Fragepflicht dient nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 5A\_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2 und 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1). Es war daher Sache des Gesuchstellers, nicht nur nachzuweisen, dass er über keine eigenen Mittel verfügte, sondern auch, dass seine Ehefrau ihrer Unterstützungspflicht nicht nachkommen kann, indem sie ihm die für seine Teilnahme am Verfahren VF.2022.10 erforderlichen Mittel verschafft. Wie in E. 2.1 hievor ausgeführt, ändert daran nichts, dass er von seiner Ehefrau getrennt lebt. Der Gesuchsteller machte indessen vor Vorinstanz keine Ausführungen zur finanziellen Leistungsfähigkeit seiner Ehefrau im Hinblick auf einen Prozesskostenvorschuss und reichte weder Beweismittel dazu ein noch stellte er entsprechende Beweisanträge. Damit ist die Voraussetzung, dass die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Art. 117 lit. a ZPO), nicht erfüllt. Dies genügt, um das Gesuch des Gesuchstellers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abzulehnen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5). Da die unentgeltliche Rechtspflege weder instanzübergreifende Wirkungen zeitigt (vgl. Art. 119 Abs. 5 ZPO) noch Wirkungen in konnexen Verfahren entfalten kann, hat jede Instanz insbesondere eine vollständige Prüfung der Bedürftigkeit nach

den Verhältnissen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bzw. der Einlegung des Rechtsmittels vorzunehmen (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 764, 792).

### **3.3.**

Aufgrund der obigen Ausführungen hat es bei der vorinstanzlichen Verfügung sein Bewenden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

## **4.**

### **4.1.**

Der Gesuchsteller ersucht auch für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

### **4.2.**

#### **4.2.1.**

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).

Als aussichtslos i.S.v. Art. 117 lit. b ZPO sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die 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 entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie - zumindest vorläufig - nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (statt vieler BGE 142 III 138 E. 5.1 m.w.H.).

#### **4.2.2.**

Aus den Ausführungen in E. 3 hievor ergibt sich, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Gewinnaussichten von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren, weshalb sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden konnten. Daher war die Beschwerde gegen die Verfügung der Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg vom 16. September 2022 von vornherein aussichtslos. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist deshalb abzuweisen.

**5.**

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens hat der Gesuchsteller die obergerichtliche Entscheidgebühr zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; BGE 137 III 470), welche auf Fr. 500.00 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 11 Abs. 2 VKD), und seine Parteikosten selber zu tragen.

---

**Das Obergericht beschliesst:**

Das Gesuch des Gesuchstellers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.

---

**Das Obergericht erkennt:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird dem Gesuchsteller auferlegt.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

---

Zustellung an:

[...]

Mitteilung im Dispositiv an:

[...]

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 93, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).



Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt mehr als **Fr. 30'000.00**.

---

Aarau, 27. März 2023

**Obergericht des Kantons Aargau**

Zivilgericht, 4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Richli

Huber