

# GR\_GERICHTE ZK1 2012 46 vom 8. Oktober 2012

GR Gerichte, 2012-10-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK1\\_2012\\_46](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2012_46)

FR: GR\_GERICHTE ZK1 2012 46 du 8 octobre 2012

IT: GR\_GERICHTE ZK1 2012 46 del 8 ottobre 2012

## Regeste

unentgeltliche Rechtspflege | Beschwerde Prozessrecht (ZPO 319, ohne die Endentscheide)

## Erwägungen

### E. 2

Es sei dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer die Bewilligung der un- entgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Ehe- schutzverfahren zu erteilen.

Seite 4 — 14

### E. 3

Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neu beurteilung zurückzuweisen.

### E. 4

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“ Zur Begründung führte er aus, er habe sich zu dem vom Bezirksgericht Surselva angenommenen Sachverhalt, wonach er auch zukünftig zusätzliche Einnahmen zu seinen regulären monatlichen Einkünften generieren könne, nie äussern können, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Zudem sei es unzutref- fend, dass er die \_-GmbH beherrsche, vielmehr sei er bloss Geschäftsführer der Gesellschaft und beziehe von dieser einen monatlichen Fixlohn ohne Gewinnbe- teiligung. Des Weiteren legte X. dar, dass das Betreibungsamt Surselva eine Lohnpfändung vorgenommen habe. Dagegen sei Beschwerde beim Kantonsge- richt erhoben worden, welche sich nicht gegen das vom Betreibungsamt richtiger- weise mit CHF 6'300.- eingesetzte Einkommen (ohne zusätzliche Einkünfte), son- dern gegen die Berechnung des Existenzminimums richte. Abschliessend hielt X. erneut fest, dass unabhängig vom Entscheid über die Obhutszuteilung und den sich daraus ergebenden Unterhaltslasten er nicht in der Lage sein werde, für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen. G. Zur Stellungnahme gemäss Art. 324 ZPO aufgefordert, erklärte das Be- zirksgericht Surselva mit Eingabe vom 23. August 2012 den Verzicht auf die Ein- reichung einer Vernehmlassung. Es merkte jedoch an, von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs könne vorliegend nicht die Rede sein, da sich der Einzelrichter bei seinem Entscheid auf die Steuererklärungen des Gesuchstellers aus den Jah- ren 2005-2009 abgestützt habe. Gegen die von der Steuerverwaltung in der Ver- anlagung aufgerechneten versteckten Gewinnausschüttungen von jährlich rund CHF 80'000.- habe der Gesuchsteller erfolglos Einsprache erhoben. Der ganze Sachverhalt und die entsprechenden Dokumente seien dem Gesuchsteller somit hinlänglich bekannt gewesen. H. Ein weiterer Schriftenwechsel erfolgte nicht. Nebst den vom Bezirksgericht mit der Eingabe vom 23. August 2012 eingereichten Akten des Verfahrens betref- fend unentgeltliche Rechtspflege (Proz. Nr. 135-2012-319 [nachfolgend: URP]) wurden auch die Akten des Eheschutzverfahrens (Proz.

Nr. 135-2012-302 [nach- folgend: EV]) beigezogen. I. Auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift, im vorinstanzlichen Entscheid und in den vorinstanzlichen Verfahrensakten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Seite 5 — 14 II. Erwägungen 1.a) Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch den Einzelrichter des Bezirksgerichts im summarischen Verfahren (Art. 4 Abs. 1 lit. a des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100] in Verbindung mit Art. 119 Abs. 3 ZPO [SR 272]) kann gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 121 ZPO und Art. 7 Abs. 1 EGzZPO Beschwerde an das Kantonsgericht von Graubünden erhoben werden. Die Beschwerdefrist beträgt gemäss Art. 321 ZPO zehn Tage (Abs. 2) und die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen, wobei der angefochtene Entscheid beizulegen ist (Abs. 1 und 3). Die Beschwerde vom 20. August 2012 gegen den Entscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Surselva vom 9. August 2012, mitgeteilt am selben Tag, wurde frist- und formgerecht eingereicht. Da auch die übrigen Sachverhaltsvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. b) Nach Art. 320 ZPO kann mit der Beschwerde eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) geltend gemacht werden. Die Rechtsmittelinstanz verfügt demnach über eine freie Kognition zur Beurteilung von Rechtsfragen, jedoch über eine eingeschränkte Kognition bezüglich des festgestellten Sachverhalts, ist sie diesen doch nur unter dem Gesichtspunkt einer offensichtlich unrichtigen, also willkürlichen, Feststellung zu prüfen befugt (Spühler, in: Spühler / Tenchio / Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 [im Folgenden: BSK-ZPO], Art. 321, N 2). Insofern, als eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung allerdings auf einer falschen Rechtsanwendung, wie beispielsweise einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, beruht, ist wiederum der Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung nach Art. 320 lit. a ZPO gegeben, welcher von der Rechtsmittelinstanz mit freier Kognition überprüft werden kann (Spühler, a.a.O., Art. 320, N 3). Im Beschwerdeverfahren gilt die Rügepflicht; der Beschwerdeführer hat daher in der Beschwerdeschrift im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet und auf welche Beschwerdegründe er sich beruft (Freiburghaus / Afheldt, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 321, N 15). c) Damit zusammenhängend verbietet es Art. 326 Abs. 1 ZPO dem mit der Beschwerde angerufenen Gericht, neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel in seinem Entscheid zu berücksichtigen; es gilt mithin im Beschwerdeverfahren unter dem Vorbehalt besonderer gesetzlicher Bestimmung-

Seite 6 — 14 gen (Art. 326 Abs. 2 ZPO) ein umfassendes Novenverbot. Die Beschwerde dient grundsätzlich einer Rechtskontrolle des angefochtenen Entscheids und nicht einer Weiterführung des vorinstanzlichen Verfahrens, weshalb der angefochtene Entscheid nur im Blickwinkel der Tatsachen und Beweismittel überprüft werden soll, die diesem auch im Zeitpunkt seiner Ausfällung zugrundeliegen (Freiburghaus / Afheldt, a.a.O., Art. 326, N 3 f.). Dies gilt auch in den Fällen, in welchen die Untersuchungsmaxime zum Tragen kommt (Freiburghaus / Afheldt, a.a.O., Art. 326 N 4). Für den vorliegenden Fall bedeutet die Anwendung des Novenverbots, dass sämtliche vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen und Behauptungen, welche dieser nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren

eingereicht beziehungs- weise getätigt hat, zur Beurteilung der Beschwerde keine Berücksichtigung finden können. d) Aus diesen Überlegungen folgt ebenfalls, dass die Natur des Beschwerde- entscheidts grundsätzlich eine kassatorische zu sein hat (Spühler, a.a.O., Art. 327, N 4). Wenn und soweit die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie nach Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück. Falls die Sache spruchreif ist, kann die Beschwerdeinstanz jedoch auch einen reformatorischen Entscheid fällen, was bedeutet, dass sie den vorinstanzlichen Entscheid aufhebt und selbst in der Sache neu entscheidet (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). 2. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet ein Entscheid über den Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 117 ZPO. Ein solcher Anspruch besteht, falls die gesuchstellende Person nicht über die zur Prozessführung erforderlichen Mittel verfügt (Art. 117 lit. a ZPO) und kumulativ dazu ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO). Im vorliegend angefochtenen Entscheid wurde einzig die Frage der Mittellosigkeit im Sinne des ersten Erfordernisses behandelt, weshalb auch das Beschwerde- verfahren grundsätzlich auf diese Frage beschränkt bleiben muss. Ein reformatorischer Entscheid der Beschwerdeinstanz, wie mit Ziff. 2 der Rechtsbegehren der Beschwerde beantragt, kommt daher nur in Frage, soweit hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Spruchreife offensichtlich gegeben ist, ansonsten hat eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung zu erfolgen. 3.a) Der Beschwerdeführer rügt mit seiner Beschwerde in erster Linie, es sei im vorinstanzlichen Verfahren sein Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden. Gerügt wird damit ein Verfahrensfehler und somit eine unrichtige

Seite 7 — 14 Rechtsanwendung, was nach Art. 320 lit. a ZPO einen zulässigen Beschwerde- grund darstellt. Mit der Feststellung der Tatsache, es sei dem Beschwerdeführer ein zusätzliches Einkommen anrechenbar, hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 9. August 2012 effektiv auf ein Sachverhaltselement abgestellt, zu welchem sich der Beschwerdeführer bis zur Entscheidfällung nicht geäußert hat. Ob die Anrechnung weiterer Einkünfte aufgrund der ablehnenden Vernehmlassung der Steuerverwaltung des Kantons Graubünden oder der Angaben der Ehefrau in deren Eheschutzgesuch erfolgte, kann vorliegend dahingestellt bleiben, da sich die Vorinstanz in beiden Fällen mit dem Vorwurf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers konfrontiert zu sehen hat. b) Was die Vernehmlassung der Steuerverwaltung des Kantons Graubünden angeht, so geht aus den Akten hervor, dass das Bezirksgericht Surselva seinen Entscheid bereits am Tage nach deren Eingang fällte, ohne dass die Vernehmlassung dem Beschwerdeführer vorgängig zur Kenntnis gebracht worden wäre. Mit dieser Unterlassung hat die Vorinstanz klarerweise gegen die sich aus Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebenden Verfahrensgarantien verstossen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör auch das Recht der Parteien, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 5A\_42/2011 vom 21. März 2011, E. 2.2; zuletzt Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 2C\_943/2011 vom 12. April 2012, E. 2.3). Es besteht daher in sämtlichen Gerichtsverfahren ein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Zustellung von Vernehmlassungen – selbst wenn das massgebliche Prozessrecht an sich bloss einen einfachen Schriftenwechsel vorsehen würde. Dieser Anspruch besteht dabei unabhängig davon, ob die besagten Eingaben neue und rechtserhebliche Gesichtspunkte

enthalten. Die Pflicht zur Zustellung von Eingaben bezweckt nämlich, dass sich die Verfahrensbeteiligten überhaupt darüber schlüssig werden können, inwiefern sie sich allenfalls zu diesen zu äussern die Absicht haben, und existiert somit unabhängig davon, ob eine solche Absicht im konkreten Fall erzeugt wird oder auch bloss als wahrscheinlich erscheint. Das Bezirksgericht Surselva hätte daher, um im vorliegenden Fall den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör zu erfüllen, diesem vor seiner Entscheidung über das Gesuch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Vernehmlassung der Steuerverwaltung zustellen und eine minimale Frist für allfällige Gegenäusserungen des Beschwerdeführers abwarten müssen.

Seite 8 — 14 c) Soweit die Vorinstanz dem gegen sie erhobenen Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Verhörs entgegenhalten will, dass ihre Entscheidung auf dem Beschwerdeführer hinlänglich bekannten Dokumenten – nämlich den Steuerklärungen (recte: Steuerveranlagungen) der Jahre 2005 bis 2009 – basiere, und sie damit implizit geltend macht, dass sich der Beschwerdeführer dazu bereits im Rahmen der Einreichung seines Gesuchs um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hätte äussern können, so ist dazu Folgendes festzuhalten: Zwar statuiert Art. 119 Abs. 2 ZPO eine dahingehend umfassende Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers – womit die im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geltende Untersuchungsmaxime erheblich abgeschwächt wird (Rüegg, in: BSK-ZPO, Art. 119, N 3) – als dass aus dessen Vorbringen und den eingereichten Belegen das aktuelle Einkommen und Vermögen sowie die anrechenbaren Bedarfspositionen wie auch sämtliche finanziellen Verpflichtungen und deren allfällig erfolgte Tilgung hervorzugehen hat. Je komplexer dabei die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers sich gestalten, desto höhere Anforderungen sind zu stellen sowohl an deren Sachdarstellung als auch an die Benennung und Beibringung der geeigneten Beweismittel. Die in Art. 119 Abs. 2 ZPO dargelegte Mitwirkungspflicht geht jedoch nicht so weit, dass ein ungenügend substantiiertes oder belegtes Gesuch ohne Weiteres abgewiesen werden dürfte. Vielmehr ist der Gesuchsteller vorerst mittels der Ansetzung einer Nachfrist zur ihm obliegenden Mitwirkung anzuhalten. Erst im Verweigerungsfall darf schliesslich eine Abweisung des Gesuchs erfolgen (vgl. zum Ganzen: Rüegg, BSK-ZPO, Art. 119, N 1 und N 3; Bühler, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 188 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PC110039-O/U vom 8. November 2011, E. 5 S. 7 f.). Soweit die Vorinstanz daher aufgrund der Akten des Hauptverfahrens Zweifel an der Richtigkeit beziehungsweise der Vollständigkeit der Einkommensangaben des Gesuchstellers hegte und sie in Anlehnung an die im Hauptverfahren produzierten Steuerveranlagungen der Jahre 2005 bis 2009 (EV act. II./10-20) eine Aufrechnung weiterer Einkünfte ins Auge fasste, hätte sie folglich den Beschwerdeführer vorerst zu einer Stellungnahme auffordern müssen. d) Aufgrund dieser Überlegungen ist vorliegend eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu bejahen. Eine Heilung dieser Verletzung kann zufolge der beschränkten Kognition der Rechtsmittelinstanz und dem Novenverbot im Beschwerdeverfahren nicht erfolgen. Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre daher an sich ungeachtet der materiellen Begründetheit der Beschwerde die Aufhebung des angefochtenen Entscheids vorzu-

Seite 9 — 14 nehmen. Das Bezirksgericht Surselva hat jedoch die Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auch für den Fall erwogen, dass diesem keine zusätzlichen Einkünfte anzurechnen seien, da X. selbst in

diesem Fall noch über einen zur Prozessführung ausreichenden Einkommensüberschuss verfüge. Eine Rückweisung an die Vorinstanz kann daher nur erfolgen, wenn auch diese zweite, vom Vorwurf der Gehörsverletzung nicht betroffene Begründung einer Überprüfung nicht standhielte, was im Folgenden zu erörtern ist. 4.a) In diesem Zusammenhang beanstandet der Beschwerdeführer zum einen, die Vorinstanz habe seine Unterhaltspflichten gegenüber seiner Tochter A. und gegebenenfalls auch gegenüber seiner Ehefrau unberücksichtigt gelassen. Zudem weist der Beschwerdeführer mehrfach auf eine bestehende Lohnpfändung hin, womit er sinngemäss auch die Nichtberücksichtigung des im Gesuch geltend gemachten monatlichen Beitrages an das Konkursamt in der Höhe von CHF 500.- beanstandet. b) Die Beanstandungen betreffen die Frage der Anrechenbarkeit gewisser Bedarfsposten zu den monatlichen Aufwendungen des Beschwerdeführers und somit ebenfalls eine Frage der Rechtsanwendung, welche im Beschwerdeverfahren nach Art. 320 lit. a ZPO einer Überprüfung mit freier Kognition zugänglich ist. c) Was die Streichung des monatlichen Beitrages an das Konkursamt in der Höhe von CHF 500.- betrifft, so ist vorweg festzuhalten, dass die erstmals mit der Beschwerde vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bezüglich einer zwischenzeitlich auf einen monatlichen Betrag von CHF 1'800.- erhöhten Lohnpfändung zufolge des im Beschwerdeverfahren nach Art. 326 Abs. 1 ZPO geltenden Novenverbots unbeachtlich bleiben müssen (vgl. dazu bereits oben E. 1c). Ob der Umstand, dass den Mitgliedern der vorliegend urteilenden Kammer des Kantonsgerichts die fragliche Lohnpfändung aufgrund der dagegen erhobenen Beschwerde (KSK 12 59) bereits bekannt ist (sog. Gerichtsnotorietät), daran etwas zu ändern vermöchte, kann an dieser Stelle offengelassen werden, da das Vorgehen der Vorinstanz auch ohne Berücksichtigung dieser Noven nicht geschützt werden kann. Indem diese eine Anrechnung des geltend gemachten Beitrages an das Konkursamt allein mit der Begründung, es könnten nur solche Schulden, die zur Anschaffung von betriebsrechtlichen Kompetenzstücken eingegangen worden seien, zur Berechnung der monatlichen Auslagen des Beschwerdeführers hinzugezogen werden, abgelehnt hat, hat sie nämlich verkannt, dass Lohnpfändungen bei der Beurteilung der prozessualen Mittellosigkeit unab-

Seite 10 — 14 hängig davon, für welche Art von Schulden der Lohn gepfändet wurde, zu berücksichtigen sind (vgl. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 5P.250/2002 vom 20. September 2002, E. 4.3; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 5P.448/2004 vom 11. Januar 2005, E. 2.3; i.d.S. auch Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 2009 23 vom 23. Juni 2009, E. 3). Dass im Gesuch des Beschwerdeführers nicht ausdrücklich von einer Lohnpfändung gesprochen wurde, vermag die Vorinstanz diesbezüglich nicht zu entlasten, war doch aus den Akten ohne Weiteres erkennbar, dass mit der Geltendmachung des Beitrages an das Konkursamt auf eine laufende Lohnpfändung Bezug genommen wurde. So sind mit dem Gesuch vier Verlustscheine, datierend vom 12. Juli 2012, eingelegt worden, aus welchen hervorgeht, dass die Ausstellung zufolge Ablaufs der einjährigen Zeitspanne, welche eine Lohnpfändung pro Betreibung maximal andauern kann (Art. 93 Abs. 2 SchKG), erfolgte und die zu vollstreckenden Forderungen (Kantons- und Bundessteuern der Jahre 2005 und 2006) weitgehend ungedeckt blieben (URP act. II./4). Zudem finden sich bei den Akten des Hauptverfahrens, auf welche die Vorinstanz zur Feststellung des massgeblichen Einkommens des Beschwerdeführers ebenfalls abgestellt hat, nebst einem weiteren Verlustschein für Gemeindesteuern des Jahres 2006 (EV act. II./8) auch eine am 12. Juli 2011 ausgestellte Pfändungsurkunde (EV act. II./7), aus welcher eine Lohnpfändung im Umfang von monatlich CHF 500.- für den Zeitraum vom 8.

Juli 2011 bis zum 10. September 2012 für Steuerforderungen samt Zinsen und Betreuungskosten von gesamthaft CHF 27'123.80 bei vorgehender Lohnpfändung für Forderungen von CHF 7'312.05 und CHF 9'051.- ersichtlich ist. Die Nichtberücksichtigung des monatlichen Beitrages an das Konkursamt trotz der aus den Akten ersichtlichen Lohnpfändung und ohne den Beschwerdeführer vorgängig aufgefordert zu haben, seine diesbezüglichen Ausführungen zu substantiieren und mit geeigneten Beweismitteln – auch zur voraussichtlichen Dauer der Lohnpfändung – zu belegen, erweist sich daher als bundesrechtswidrig. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den auf dem Betreibungswege geltend gemachten Forderungen um Steuerschulden handelt, welche gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter der Voraussetzung, dass sie tatsächlich bezahlt werden, auch ohne Durchführung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens zu berücksichtigen sind (BGE 135 I 221 = Pra. 99 (2010) Nr. 25 E. 5.2.1 S. 172 ff.). Auch unter diesem Aspekt wäre die Vorinstanz aufgrund der im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geltenden Untersuchungsmaxime gehalten gewesen, den Beschwerdeführer vorgängig zu näheren und vor allem urkundlich untermauerten Angaben zum Grund des geltend gemachten Beitrages an das Konkursamt aufzufordern.

Seite 11 — 14 d) Zu Recht vom Beschwerdeführer beanstandet wird schliesslich auch die vollständige Ausblendung der gegenüber Ehefrau und Tochter bestehenden Unterhaltspflichten, hat dieser doch bereits in seinem Gesuch um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sinngemäss dargelegt, dass nebst dem auf CHF 4'887.- bezifferten Grundbedarf unabhängig vom Ausgang des hängigen Eheschutzverfahrens auch diesen familiären Lasten Rechnung zu tragen sei. Unterhaltsbeiträge an Kinder, die nicht im gleichen Haushalt leben, sind ebenso wie Unterhaltsbeiträge an den getrennt lebenden Ehegatten im Verfahren um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege praxismässig zu berücksichtigen, soweit sie in der Vergangenheit bezahlt wurden und auch in Zukunft mit einer Bezahlung zu rechnen ist (Bühler, a.a.O., S. 165 f.; Norbert Brunner: Die unentgeltliche Rechtspflege nach bündnerischer Zivilprozessordnung – unter besonderer Berücksichtigung der neueren Praxis des Kantonsgerichtsausschusses von Graubünden, ZGRG 2003 S. 170). Gemäss Rüegg sind sodann auch die in einem Eheschutzbeziehungsweise Massnahmeverfahren festzusetzenden zukünftigen Alimente bei den monatlichen Auslagen zu berücksichtigen, soweit auf eine Erfüllung der festgelegten Alimentenverpflichtung vertraut werden kann (Rüegg, a.a.O., Art. 117, N 9). Ein gegenteiliges Vorgehen widerspräche der Pflicht zur Würdigung der finanziellen Gesamtsituation des Gesuchstellers. Diese hat zwar grundsätzlich auf den Verhältnissen, wie sie sich zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung beziehungsweise der Entscheidung darstellen, zu basieren (vgl. zum diesbezüglichen Meinungsstreit Bühler, a.a.O., S. 190 f.). Voraussehbare künftige Belastungen sind aber – soweit ihr Eintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist – in die Würdigung einzubeziehen. Liesse man die im hängigen Hauptverfahren zu bestimmenden Unterhaltspflichten ausser Betracht, würde von einer Prozesspartei verlangt, Mittel zur Tilgung von Prozesskosten aufzuwenden, welche zur Erfüllung der voraussichtlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge notwendig sind. Im vorliegenden Fall wurde über die Höhe der Unterhaltszahlungen zwar noch nicht rechtskräftig entschieden. Dass zumindest der Tochter A. gegenüber eine Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers besteht, liegt indessen auf der Hand, wobei vorerst, solange A. unter der (faktischen) Obhut ihrer Mutter steht, nur Unterhaltsleistungen in der Form von Geldzahlungen in Frage kommen. Vorliegend sind Zahlungen für die Tochter A. in der Höhe von zuletzt CHF 800.- durch jeweilige Belastungen auf dem von X.

eingereichten Kontoauszug ausgewiesen (URP act. II./3). Mit Rücksicht darauf, dass der Beschwerdeführer seinen Unterhaltspflichten aus erster Ehe stets nachgekommen ist und er bereits vor einer gerichtlichen Verpflichtung Zahlungen an den Unterhalt der Tochter A. geleistet hat, darf sodann davon ausgegangen werden, dass er seinen Unterhaltspflichten auch

Seite 12 — 14 in Zukunft nachkommen wird. Zumindest im Umfang der bisher erbrachten Zahlungen ist der Unterhalt für die Tochter A. daher in die Berechnung des monatlichen prozessualen Grundbedarfs aufzunehmen. 5.a) Nach dem Gesagten kann im Falle, dass der Beschwerdeführer nebst seinem Lohn bei der \_-GmbH keine zusätzlichen Einkünfte bezieht, nicht von einem für die Führung des Eheschutzverfahrens ausreichenden Einkommensüberschuss ausgegangen werden. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Verfahrensergänzung und neuen Entscheidung zurückzuweisen, wobei diese dem Beschwerdeführer die Gelegenheit wird geben müssen, sich zur Frage eines zusätzlichen Einkommens aus der \_-GmbH zu äussern und Unterlagen über die finanzielle Situation besagter GmbH, welche einer Aufrechnung allenfalls entgegenstünde, einzureichen. Bei ihrer neuen Entscheidung wird die Vorinstanz sodann zu berücksichtigen haben, dass im Rahmen der Beurteilung der prozessualen Mittellosigkeit jede Aufrechnung eines hypothetisch zu erzielenden Einkommens oder Vermögens ausgeschlossen ist (vgl. zum sog. Effektivitätsgrundsatz Bühler, a.a.O., S. 137 f.; Meichssner: Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Basel 2008, S. 79 f.; Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums von Graubünden ZB 2008 22 vom 28. Juli 2008, E. 5.a). Was das Einkommen des Beschwerdeführers betrifft, so geht aus den Akten des Hauptverfahrens (EV act. II./43) im Übrigen hervor, dass X. in der Vergangenheit Leistungen aus verschiedenen Vorsorgepolicen bezogen hat. Der Beschwerdeführer wird daher auch um Auskunft zur Frage, ob die von der AXA Leben AG vorgenommene Verrechnung ihrer Rückerstattungsforderung für zuviel bezogene Rentenleistungen aus den Policen 3.004.741 und 3.500.216 (EV act. II./2) auch die Leistungen aus der beruflichen Vorsorge (Police 12773) umfasst, aufzufordern sein. Unter der Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer den Umfang und die voraussichtliche Dauer einer Lohnpfändung auf entsprechende Aufforderung hin belegen kann, wird sodann einer solchen ebenso Rechnung zu tragen sein, wie den sich aus dem laufenden Eheschutzverfahren ergebenden Unterhaltspflichten, letzteren zumindest im Umfang der in der Vergangenheit nachweislich erbrachten Leistungen an die Tochter beziehungsweise die Ehefrau. b) Zu prüfen sein wird schliesslich auch die Frage einer allfälligen Prozesskostenvorschusspflicht der Ehefrau des Beschwerdeführers, zumal in der Steuerveranlagung des Jahres 2009 (URP act. I./2) ein beträchtliches Wertschriften- und Liegenschaftsvermögen ausgewiesen wird (Reinvermögen CHF 236'958.-), welches offenbar im Eigentum von Y. steht. Die Unterhalts- und Beistandspflicht der Ehegatten nach Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB geht nämlich dem Anspruch auf

Seite 13 — 14 unentgeltliche Rechtspflege praxisgemäss vor (Meichssner, a.a.O., S. 83 f.; Brunner, a.a.O., S. 171; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZB 2004 9 vom 16. März 2004, E. 4). Die Vorinstanz wird den Beschwerdeführer daher auch in diesem Punkt zur Stellungnahme aufzufordern und gegebenenfalls Unterlagen zur aktuellen Vermögenssituation einzuverlangen haben. Zeichnet sich ab, dass ein Prozesskostenvorschuss der Ehefrau nicht ohne diesbezügliche gerichtliche Verpflichtung derselben erhältlich sein sollte, so wäre allenfalls, soweit die Voraussetzungen hierfür im

Übrigen als erfüllt anzusehen sind, eine einstweilige Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege unter der Auflage einer gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs im Eheschutzverfahren und mit dem Vorbehalt eines rückwirkenden Entzugs der unentgeltlichen Rechtspflege im Falle eines Obsiegens in Betracht zu ziehen (Meichssner, a.a.O., S. 83 f.; Bühler, a.a.O., S. 144 f.).

#### **E. 6**

Die in Art. 119 Abs. 6 ZPO statuierte Kostenlosigkeit des Verfahrens gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur für das Gesuchsverfahren selber, nicht aber für ein nachfolgendes Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6 S. 471 ff.). Für das vorliegende Verfahren sind daher Kosten zu erheben, welche gestützt auf Art. 10 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilsachen (VGZ; BR 320.210) auf CHF 1'500.- festgesetzt werden. Dem mit der Rückweisung an die Vorinstanz obsiegenden Beschwerdeführer können keine Kosten auferlegt werden. Diese sind gestützt auf Art. 108 ZPO vielmehr der Vorinstanz zu überbinden, welche das Beschwerdeverfahren mit teilweise gravierenden Verfahrensfehlern veranlasst hat. Entsprechend hat das Bezirksgericht Surselva dem Beschwerdeführer auch eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen, welche mangels Einreichung einer Honorarnote ermessenshalber auf CHF 750.- festgesetzt wird.

Seite 14 — 14 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.