

# **BGer 5A 546/2016 vom 25. Oktober 2016**

Bundesgericht, 2016-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_546\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_546_2016)

FR: TF 5A 546/2016 du 25 octobre 2016

IT: TF 5A 546/2016 del 25 ottobre 2016

## **Regeste**

unentgeltliche Rechtspflege (provisorische Rechtsöffnung) | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 BGG ), mit dem die unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren (und das entsprechende Beschwerdeverfahren) verweigert worden ist. Das ist ein Zwischenentscheid, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ; BGE 129 I 129 E. 1.1 S. 131). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache ( BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Dort geht es um eine provisorische Rechtsöffnung und damit um eine der Beschwerde in Zivilsachen unterliegende Angelegenheit vermögensrechtlicher Natur ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ). Ihr Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde berechtigt ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Nach 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). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ( Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ). Mit Art. 117 ff. ZPO wird der als verfassungsrechtliche Minimalgarantie in Art. 29 Abs. 3 BV verankerte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung auf Gesetzesstufe geregelt. Die vom Bundesgericht zu Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist im Rahmen von Art. 117 ZPO sowohl für die Bedürftigkeit wie für die Aussichtslosigkeit massgebend (Urteil 4A\_563/2014 vom 25. Februar 2015 E. 2.1). Als bedürftig gilt eine Person, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs ( BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 ; 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232). Dazu gehören nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse ( BGE 124 I 97 E. 3b S. 98). Dabei ist nicht von hypothetischen, sondern von den tatsächlichen finanziellen Verhältnissen auszugehen. So ist Prozessarmut - ausser in Fällen von Rechtsmissbrauch - nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil es der gesuchstellenden Person möglich wäre, ein höheres Einkommen zu erzielen, als sie in Wirklichkeit erzielt. Dasselbe gilt sinngemäss für die Beurteilung der Vermögensverhältnisse. Die Berücksichtigung von allfälligem

Vermögen setzt voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs tatsächlich vorhanden und verfügbar ist (Urteile 5A\_590/2009 vom 6. Januar 2010 E. 3.1.1; 4A\_264/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 3.1; je mit Hinweisen).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin ist hälftige Miteigentümerin einer Ferienwohnung in U. \_\_\_\_\_ (Frankreich). Die andere Hälfte gehört ihrem Vater, B. \_\_\_\_\_. Die Beschwerdeführerin erwarb ihre Hälfte im Jahre 2006 vom Bruder ihres Vaters. Für den Erwerb will B. \_\_\_\_\_ ihr das im Rechtsöffnungsverfahren umstrittene zinslose Darlehen von EUR 150'000.-- gewährt haben, während sie - wie bereits gesagt - von einer Schenkung bzw. einem Erbvorbezug ausgeht. Vor den Vorinstanzen war umstritten, ob dieser Miteigentumsanteil im Vermögen der Beschwerdeführerin ihre Bedürftigkeit ausschliesst.

#### **E. 3.1**

Während das Bezirksgericht einen Verkauf als wohl nicht binnen nützlicher Frist durchführbar erachtete, hielt das Obergericht der Beschwerdeführerin vor, sie handle rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die fehlende Verkäuflichkeit binnen nützlicher Frist berufe, da sie Ende 2014 einen unterschriftsreifen Verkaufsvertrag abgelehnt habe. Der Beurteilung des Obergerichts kann nicht gefolgt werden: Massgebend ist nicht die Situation, wie sie Ende 2014 ausgesehen haben mag, sondern wie sie sich derzeit bzw. bei Gesuchseinreichung (19. Februar 2016) präsentiert. Dass die Beschwerdeführerin Ende 2014 einen Verkauf abgelehnt hätte, um später auf Staatskosten prozessieren zu können, ist zudem nicht ersichtlich. Die bezirksgerichtliche Beurteilung, dass der Miteigentumsanteil der Beschwerdeführerin wohl nicht binnen nützlicher Frist verkäuflich sein dürfte, wird vom Obergericht nicht in Frage gestellt. Sie ist denn auch zutreffend, da es erfahrungsgemäss schwierig sein dürfte, Interessenten zu finden, die einen blossen Miteigentumsanteil an einer Ferienwohnung erwerben möchten, sich also für die konkrete Nutzung der Wohnung mit dem anderen Miteigentümer auseinandersetzen müssten. Wie sich aus den vom Obergericht selber zitierten Urkunden ergibt, war Ende 2014 B. \_\_\_\_\_ zu einem Verkauf bereit (act. 4/9), so dass daraus für die derzeitige Verkäuflichkeit alleine des Miteigentumsanteils der Beschwerdeführerin nichts abgeleitet werden kann.

#### **E. 3.2**

Das Bezirksgericht hat die Beschwerdeführerin trotz anerkannter (kurzfristiger) Unverkäuflichkeit des Miteigentumsanteils nicht als bedürftig erachtet, da sie einen Kleinkredit aufnehmen oder die Wohnung vermieten könne. Die Beschwerdeführerin hat sich vor Obergericht gegen diese Beurteilung gewehrt, doch ist das Obergericht darauf nicht eingegangen, da es ihren Standpunkt als rechtsmissbräuchlich erachtet hat (vgl. soeben E. 3.1). Es erübrigt sich, die Angelegenheit zur Prüfung dieser Fragen bzw. des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege insgesamt an das Obergericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht kann die Angelegenheit vorliegend selber beurteilen ( Art. 105 Abs. 2, Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Vermietung der Wohnung würde die Zustimmung von B. \_\_\_\_\_ voraussetzen. Dass diese vorliegen würde, ist nicht festgestellt. Vielmehr macht und machte die Beschwerdeführerin geltend, er weigere sich, der Vermietung zuzustimmen. Nicht nur die Vermietung, sondern auch die Verteilung der Mietzinseinnahmen setzt das Zusammenwirken der Beschwerdeführerin und von B. \_\_\_\_\_ voraus. Ein solches Zusammenwirken kann angesichts des zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreits nicht erwartet werden. Damit ist nicht ersichtlich, wie innerhalb nützlicher Frist

Mietzinseinnahmen aus der Vermietung der Ferienwohnung erzielt werden könnten. Was die Möglichkeit zur Aufnahme eines Kleinkredits angeht, so ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin ausweislich der dem Bezirksgericht eingereichten Akten (act. 10/8) aufgrund einer Erkrankung zu 100 % arbeitsunfähig ist und von den Sozialhilfebehörden finanziell unterstützt wird. Unter diesen Umständen ist es nicht erfolgversprechend, von der Beschwerdeführerin die Aufnahme eines Kleinkredits zu erwarten. Unter Abstützung auf die genannten Sozialhilfeakten folgt, dass die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO als bedürftig erscheint, da weiteres Einkommen oder Vermögen nicht ersichtlich ist, welches ihr angerechnet werden könnte.

### **E. 3.3**

Das Obergericht hat in einer weiteren Erwägung schliesslich festgehalten, die Rechtsposition der Beschwerdeführerin im Rechtsöffnungsverfahren müsste als aussichtslos erachtet werden, sofern sie geltend machen wollte, sie sei mittellos, weil der Wert des Miteigentumsanteils durch die Darlehensschuld kompensiert werde. Das Obergericht stellt jedoch nicht fest, dass sie dies im vorliegenden Verfahren tatsächlich geltend gemacht hätte. Die Erwägung des Obergerichts bezieht sich damit auf eine hypothetische Behauptungslage und ist somit unbeachtlich. Vielmehr geht es einzig darum, ob ihre im vorliegenden Verfahren tatsächlich eingenommene Position aussichtslos erscheint. Dass dies der Fall wäre, kann angesichts der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen (vgl. act. 10/3) nicht gesagt werden. Dass sie in anderen Verfahren allenfalls einen abweichenden Standpunkt eingenommen hat, ist zur optimalen Wahrung ihrer Interessen grundsätzlich legitim und gereicht ihr im vorliegenden Verfahren nicht zum Nachteil. Somit ist auch die Voraussetzung von Art. 117 lit. b ZPO (Nichtaussichtslosigkeit) zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt.

### **E. 3.4**

Angesichts der Komplexität des Verfahrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und der Tatsache, dass auch B. \_\_\_\_\_ anwaltlich vertreten ist, liegen schliesslich die Voraussetzungen gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO vor, um der Beschwerdeführerin einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.

### **E. 3.5**

Die Beschwerde ist damit gutzuheissen. Beschluss und Urteil des Obergerichts vom 9. Juni 2016 sind aufzuheben und in reformatorischer Abänderung derselben ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege für das bezirksgerichtliche Rechtsöffnungsverfahren zu bewilligen, unter Beiordnung von Rechtsanwalt Hanspeter Kümin als unentgeltlichem Rechtsbeistand. Sie ist damit von den Kosten des bezirksgerichtlichen Verfahrens befreit ( Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO ), nicht aber von der Bezahlung einer Parteientschädigung an B. \_\_\_\_\_ ( Art. 118 Abs. 3 ZPO ). Mit der Bestimmung des Honorars von Rechtsanwalt Kümin wird das Obergericht betraut. Die Beschwerdeführerin ist zur Nachzahlung verpflichtet, wenn sie später dazu in der Lage ist ( Art. 123 ZPO ). Im obergerichtlichen Rechtsmittelverfahren hinsichtlich der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren (RT160094-O/U) ist demgemäss auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten und der Kanton Zürich hat der Beschwerdeführerin eine volle Parteientschädigung (und nicht bloss eine reduzierte gemäss dem Armenrechtstarif) zu entrichten ( BGE 140 III 501 E. 4 S. 507 ff.). Die Sache wird zur Bestimmung der Parteientschädigung an das Obergericht zurückgewiesen. Das

Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im obergerichtlichen Verfahren wird deshalb insoweit gegenstandslos, als es sich auf das Beschwerdeverfahren RT160094-O/U bezieht. Noch nicht entschieden und nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist hingegen die unentgeltliche Rechtspflege im abgetrennten Beschwerdeverfahren RT160088-O betreffend die provisorische Rechtsöffnung.

#### **E. 4**

Auf die Erhebung von Gerichtskosten ist zu verzichten ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Zürich hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren wird damit gegenstandslos.

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