

# ZH\_OBERGERICHT LQ110005 vom 30. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LQ110005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ110005)

FR: ZH\_OBERGERICHT LQ110005 du 30 septembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LQ110005 del 30 settembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Zivilkammer, vom 25. April 1983 wurden die Parteien geschieden (Urk. 7/3). Am 23. April 2010 erhob der Rekurrent bei der Vorinstanz Klage auf Abänderung dieses Scheidungsurteils (Urk. 7/1). Gleichzeitig ersuchte er um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin. Dieses Gesuch liess er an der Hauptverhandlung vom 14. Juli 2010 begründen (Prot. I S. 2 in Verbindung mit Urk. 7/9 S. 1 und 14 f.). Am 16. August 2010 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt (Prot. I S. 7). Zusammen mit dem abweisenden Endentscheid vom 8. Dezember 2010 in der Hauptsache (den Parteien zugestellt am 16. Dezember 2010 [Urk. 7/18]) wies die Vorderrichterin das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 3 = Urk. 7/17, S. 13).

### E. 2

Gegen die Abweisung seines Gesuchs erhob der Kläger mit Eingabe vom 14. Januar 2011 rechtzeitig Rekurs; er stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 2): "Es sei Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und das Gesuch des Rekurrenten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gutzuheissen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin bzw. der Staatskasse." Auch für das Rekursverfahren stellte der Rekurrent ein Armenrechtsgesuch (Urk. 2 S. 2). Überdies erhob der Kläger Berufung gegen den erstinstanzlichen Sachentscheid (Urk. 2 S. 3, Ziff. I 3); das Berufungsverfahren ist bei der Kammer hängig unter der Geschäfts-Nr. LC110008.

#### E. 2.1

Bedürftig ist ein Gesuchsteller, wenn er die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, indem er die Mittel angreift, deren er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie bedarf (BGE 120 Ia 181 mit Hinweisen). Der Begriff der Mittellosigkeit im Sinne des prozessualen Armenrechts setzt voraus, dass der Gesuchsteller sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat, wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft und seinen Kredit, den er aufgrund seiner Vermögenslage erwarten darf (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung,

#### E. 2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der leistungsfähige Ehegatte "als Ausfluss der eherechtlichen Pflichten" seinen bedürftigen Partner im Rahmen des Möglichen unterstützen. Bezüglich der in Praxis und Lehre kontrovers diskutierten Frage, ob sich diese eherechtliche Unterstützungspflicht aus der in Art. 159 Abs. 3 ZGB statuierten allgemeinen Beistandspflicht oder aber aus der in Art. 163 ZGB geregelten

Unterhaltspflicht ergibt, hat sich das Bundesgericht bisher nicht festgelegt (Bger 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3, Bger 5P.346/2005 vom 15. November 2005, E. 4.3; BGE 85 I 1, 4 ff., E. 3; BGE 119 Ia 11, 12, E. 3 a = Pra 84 Nr. 21; auf Art. 163 ZGB stützen sich BK-BÜHLER/SPÜHLER, Ergänzungsband, N 260 zu Art. 145 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 38 und 38a zu Art. 159 ZGB und N 15 zu Art. 163 ZGB und auch das Kassationsgericht des Kantons Zürich in ZR 90 [1991] Nr. 82; anderer Meinung und damit auf Art. 159 Abs. 3 ZGB abstützend dagegen ZK-BRÄM, N 130 ff., insb. N 146, zu Art. 159 ZGB; SYLVIA FREI, Prozesskostenvorschuss: eheliche Beistands- oder Unterhaltspflicht? in: Festschrift für Guido von Castelberg, Zürich - 6 - 1997, S. 51 ff.; sowie HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, S. 540 f.). Nach der konstanten Praxis der beschliessenden Kammer gründet die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (ZR 85 [1986] Nr. 32 und zahlreiche unveröffentlichte Entscheide, z. B. LQ100059 vom 2. März 2011).

### **E. 2.3**

So oder anders geht der betreffende Anspruch auf Unterstützung demjenigen gegenüber dem Staat auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Bger 5A\_170/2011, E. 4.3). Der Vorrang der eherechtlichen Pflicht, Prozesskosten des andern Ehegatten mitzufinanzieren, bedeutet, dass der prozessuale Zwangsbedarf eines Gesuchstellers, der mit seinem Ehegatten in einer Haushaltsgemeinschaft lebt, anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln ist. D. h. es sind die Nettoeinkommen beider Ehegatten zusammenzuzählen, und diesen ist der nach den allgemeinen Regeln berechnete gemeinsame Bedarf gegenüberzustellen (BÜHLER, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 144).

### **E. 2.4**

Unbestritten und auch durch die eingereichten Unterlagen glaubhaft gemacht ist vorliegend, dass sich der prozessuale Zwangsbedarf des Rekurrenten und seiner Ehefrau allein durch deren gemeinsamen regelmässigen Einkünfte nicht decken lässt (Urk. 3 S. 8 ff., E. 4.3; Urk. 2 S. 4 ff., Ziff. II 2.1-2.6). Ob sich das Manko gegenwärtig auf Fr. 1'394.- (gemäss Vorinstanz) oder auf Fr. 1'615.- (gemäss Rekurrent) pro Monat beläuft, ist für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege nicht entscheidend (so auch der Rekurrent: Urk. 2 S. 5, Ziff. II 2.2). Es steht jedenfalls fest, dass die Prozesskosten nicht aus dem Gesamteinkommen des Rekurrenten und seiner Ehefrau bestritten werden können. Nicht relevant für den vorliegenden Entscheid ist, dass der Rekurrent durch den Ausgang des Abänderungsprozesses in günstigere wirtschaftliche Verhältnisse kommen könnte. Geschähe dies, wäre (wenn unentgeltliche Rechtspflege

- 7 - gewährt wird) nach dem Hauptsachenprozess eine Nachzahlung der erlassenen Gerichtskosten und der Auslagen für die Vertretung zu prüfen (§ 92 ZPO/ZH).

### **E. 2.5**

Mit der Prüfung der Mittellosigkeit fortgehend ist weiter zu prüfen, ob die um das Armenrecht nachsuchende Partei über (eigenes) Vermögen verfügt: Bei der Begründung seines Gesuchs vor Vorinstanz führte der Rekurrent aus, er habe per Ende Juni 2010 (resp. Ende 2009) über Kontoguthaben von Fr. 6'770.- verfügt (Urk. 7/9 S. 14, Ziff. 4.1). Laut Rekurschrift verfügt der Rekurrent nunmehr nur noch über geringfügige

Vermögenswerte unter Fr. 1'000.– (Urk. 2 S. 11, Ziff. II 3.2). Auf der Passivseite bestehen zwei ältere, auf den Rekurrenten lautende Konkursverlustscheine über insgesamt Fr. 71'652.20. Auf diese (durch Urk. 5/8- 11 ausgewiesenen) Schulden beruft sich der Rekurrent im Rekursverfahren neu, indes nicht verspätet. Denn hinsichtlich des Armenrechts gilt die Offizialmaxime, womit im Rechtsmittelverfahren Noven uneingeschränkt zulässig sind (§ 278 i.V.m. § 267, § 138 und § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH; ferner auch im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH sofort bewiesen durch neu eingereichte Urkunden). Allerdings werden für diese Schulden zurzeit keine Abzahlungen entrichtet – seitens der Gläubigerschaft (Stadt E. \_\_\_\_\_, Sozialamt, Alimentenhilfe) wird dies nicht verlangt (Urk. 2 S. 13, Urk. 5/11). Dem Gesuchsteller stehen seine Mittel folglich ungeschmälert zur Verfügung, womit das Vorhandensein dieser Schulden in Bezug auf die Gewährung des Armenrechts ohne Belang ist (ZR 42 [1943] Nr. 44 lit. f; ZR 61 [1962] Nr. 81; zitiert bei FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 20, und MAIER, AJP 5/2008, S. 575). Entscheidend ist vielmehr, dass dem Rekurrenten in der Mankosituation, in der er und seine Ehefrau sich befinden, geringe Ersparnisse von wenigen tausend Franken als Vermögensfreibetrag (sog. 'Notgroschen') zu belassen sind (Bger 4A\_87/ 2007 vom 11. September 2007 E. 2.1; vgl. dazu auch die Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 3 S. 10). Das geringe eigene Vermögen des Rekurrenten ist demnach ausser Acht zu lassen.

- 8 -

## **E. 2.6**

Damit bleibt zu prüfen, ob der Gesuchsteller auf Unterstützungspflichten zurückgreifen kann. Vorliegend kommt dafür einzig seine heutige Ehefrau in Frage. Es fragt sich, ob bzw. inwieweit sie aufgrund der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (siehe vorn S. 6, E. IV 2.2 a. E.) zur Unterstützung bei der Tragung der fraglichen Prozesskosten verpflichtet werden kann. Wie der Rekurrent richtig ausführt (Urk. 2 S. 8, Ziff. II 3.1.1), gilt die eheliche Beistandspflicht nicht unbeschränkt. Sie geht nur so weit, wie die Unterstützung dem pflichtigen Ehegatten möglich und zumutbar ist (vgl. statt vieler ZK-BRÄM, N 146 zu Art. 159 ZGB, m. w. H.); auf jeden Fall ist dessen Leistungsfähigkeit zu beachten (Bger 5P.346/2005, E. 4.5; Bger 5A\_572/2008 vom 6. Februar 2009, E. 4.3; BK-HAUSHEER/ REUSSER/GEISER, N 27 zu Art. 159 ZGB). Die beiden Vermögen der Eheleute C. \_\_\_\_\_ ungeachtet ihrer Herkunft und der konkreten Umstände als ein einziges Ganzes zu betrachten, wie es die Vorinstanz (abstellend auf MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 83) tut, erscheint in der vorliegenden Mankosituation tatsächlich zu streng. Die Prüfung der Zumutbarkeit wird auf diese Weise ausgelassen, was nicht angeht. Durch die vorgelegten Akten ist glaubhaft gemacht, dass die Ehefrau des Rekurrenten mindestens den weit überwiegenden Teil des monatlichen Fehlbetrags ihres gemeinsamen Haushalts deckt, indem sie dafür fortwährend ihr Vermögen anzehrt (Urk. 2 S. 14, Ziff. 3.4). Aus welchen Gründen sich das Vermögen von D. \_\_\_\_\_ im Verlaufe des Jahres 2010 – über Erwarten – um rund Fr. 37'000.– reduziert hat, erschliesst sich aus den Vorbringen und Unterlagen des Rekurrenten zwar nicht (Urk. 7/10/4: Fr. 108'687.33; Urk. 2 S. 12 i.V.m. Urk. 5/4-6: Fr. 71'861.98; ohne Berücksichtigung der gemeinsamen Werte). Doch selbst wenn man noch die rund Fr. 109'000.– sowie einen monatlichen Fehlbetrag von Fr. 1'394.– zugrunde legt, lässt sich abschätzen, dass dieses Kapital ca. Mitte 2016 aufgebraucht sein wird, ungefähr zeitgleich mit der Vollendung des 75. Altersjahres von D. \_\_\_\_\_ (gerechnet ab anfangs 2010; Fr. 109'000.– geteilt durch Fr. 1'394.– geteilt durch 12 Monate = 6 ½ Jahre). Daraus

erhellt, dass sie mit ihren Geldbeiträgen schon sehr viel zum Wohl der

- 9 - Gemeinschaft beiträgt. Sie vor diesem Hintergrund zu verpflichten, aus ihrem geerbten Vermögen auch noch einen Abänderungsprozess ihres Ehemannes gegen dessen frühere Ehefrau zu finanzieren, scheint nicht zumutbar. Die eheliche Bei- standspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB würde damit überdehnt.

### **E. 2.7**

Als Zwischenfazit kann somit festgestellt werden, dass der Gesuch- steller als mittellos im Sinne des prozessualen Armenrechts zu gelten hat.

### **E. 3**

A., Zürich 1997, § 84 N 11). Für die Bestimmung der Bedürftigkeit sind nicht nur die Mittel des Gesuch- stellers selbst, sondern – in zweiter Linie – auch die Mittel der ihm gegenüber unterstützungspflichtigen Personen zu berücksichtigen, namentlich jene des Ehe- partners.

#### **E. 3.1**

Als aussichtslos zu betrachten sind Begehren dann, wenn bei einer summarischen Vorabbeurteilung die Gewinnaussichten erheblich geringer sind als die Verlustgefahren und sie deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet wer- den können (BGE 133 III 614 E. 5 = Pra 5/2008 Nr. 50 S. 339 ff.; Bger 5A\_206/ 2009 vom 23. April 2009 E. 3.1.; MEICHSSNER, a.a.O., S. 106). Entscheidend da- bei ist, ob sich eine Partei mit ausreichenden Mitteln bei vernünftiger Überlegung zum Prozess entschliessen würde. Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Erfolgchancen ist grundsätzlich jener der Einreichung bzw. Begründung des Begehrens (ZR 98 [1999] Nr. 12; ZR 96 [1997] Nr. 50, E. II/2 m. w. H.) resp. der Stellung des Armenrechtsgesuchs (ZR 106 [2007] Nr. 21, E. 5/c/bb; RB 1997 Nr. 76; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 21b; MEICHSSNER, a.a.O., S. 108 f. und 112). Ein entsprechender Entscheid darf somit nicht erst aufgrund einer ex post-Betrachtung im Rahmen des Endentscheids bzw. nach Massgabe des Prozessausgangs erfolgen (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 2 und § 87 N 4; ZR 106 [2007] Nr. 21, E. 5/c/bb).

#### **E. 3.2**

In Bezug auf eine Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kan- tons Luzern vom 25. April 1983 über die Scheidung der Ehe der Parteien ist von grundlegender Bedeutung, was die Parteien voraussahen und berücksichtigten, als sie am 23. Februar 1983 die fragliche Unterhaltsvereinbarung schlossen (vgl. Urk. 7/3 S. 4). Ergibt die Feststellung des Sachverhalts, dass die Parteien damals bewusst auf eine Abstufung des Unterhaltsbeitrags für die Zeit nach Ein- tritt in die AHV-Berechtigung verzichteten, dürfte der Klage kein Erfolg beschieden sein. Wenn aber (entgegen der dahingehenden Vermutung) nicht von diesem Bewusstsein ausgegangen werden kann, sind die veränderten Lebenssituationen der Parteien im Detail zu prüfen und ist die Rente allenfalls veränderten Verhält-

- 10 - nissen anzupassen. Auch wenn die Klage (ohne Durchführung eines Beweisver- fahrens) erstinstanzlich abgewiesen wurde, kann nicht die Rede davon sein, der Standpunkt des Klägers sei schon zu Beginn aussichtslos gewesen.

### **E. 4**

Eine anwaltliche Vertretung des Klägers scheint vorliegend sachlich notwendig, da er als juristischer Laie ohne anwaltliche Hilfe im Abänderungs- prozess überfordert wäre. Auch

die Gegenpartei ist anwaltlich vertreten.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten sind alle Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege erfüllt. Damit ist in Gutheissung des Rekurses dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. V. 1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens zu regeln (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH): Der Gesuchsteller obsiegt im Rekursverfahren, weshalb ihm dafür keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Andererseits hat sich die Rekursgegnerin am Rekursverfahren weder inhaltlich beteiligt noch materielle Anträge gestellt (Urk. 9), weshalb nicht von einem Unterliegen der Rekursgegnerin gesprochen werden kann. In dieser Situation sind die Kosten des Rekursverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO/ZH, FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 66 N 5 mit Hinweisen). 2. Aus demselben Grund ist die Rekursgegnerin nicht zur Leistung einer Prozessentschädigung zu verpflichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Auch der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung (ZR 71 [1972] Nr. 76; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 68 N 14a m.w.H.). 3. Der Rekursgegnerin wurde bereits von der Vorinstanz unentgeltliche Rechtspflege gewährt; betreffend den Rekurrenten wird dies mit dem heutigen Entscheid nachgeholt. Wird für das erstinstanzliche Verfahren unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, gilt sie nach der zürcherischen Prozessordnung grund-

- 11 - sätzlich auch für das Rekursverfahren; die Rechtsmittelinstanz kann jedoch einen selbstständigen Entscheid darüber treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 90 N 3; neu anders geregelt in Art. 119 Abs. 5 ZPO). Hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtsvertretung kann vorliegend von einem selbstständigen (abweichenden) Entscheid abgesehen werden, womit beiden Parteien auch für das Rekursverfahren unentgeltliche Rechtsvertreterinnen bestellt sind. Demgegenüber sind die Anträge auf Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das Rekursverfahren mangels Kostenaufgabe gegenstandslos geworden und somit abzuschreiben. Es wird beschlossen:

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