

ZH_OBERGERICHT PC110039 vom 8. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC110039

FR: ZH_OBERGERICHT PC110039 du 8 novembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT PC110039 del 8 novembre 2011

Erwägungen

E. 1

Seit März 2005 stehen die Parteien beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster im Scheidungsverfahren. Die umfangreiche

- 2 - seitherige Prozessgeschichte ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid. Der Prozess befindet sich mittlerweile am Ende des Beweisstadiums. Ausstehend ist vornehmlich noch ein Verkehrswertgutachten bezüglich der Liegenschaft des Gesuchstellers an der ...strasse ... in C._____, nachdem das Verwertungsbegehren offenbar zurückgezogen wurde (Urk. 2 S. 2-11; Prot. I S. 182; Urk. 6/335; Urk. 6/339; Urk. 6/340). Mit Eingabe vom 28. September 2009 stellte die Gesuchstellerin erstmals erstinstanzlich ein Armenrechtsgesuch (Urk. 6/211). Dieses wurde mit Verfügung vom 23. November 2009 abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist anberaunt, um Barvorschüsse über Fr. 45'000.- (für Zeugen und Gutachten) zu bezahlen (Urk. 6/220), wogegen die Gesuchstellerin rekurrierte. Mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2010 wurde dieser Entscheid aufgehoben und die Gesuchstellerin von ihrer Pflicht zur Leistung von Barvorschüssen für das Beweisverfahren befreit. Betreffend die Pflicht zur Bezahlung der (erstinstanzlichen) Gerichtskosten wurden ihr Armenrechtsgesuch zur Zeit und bezüglich des Gesuchs um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gänzlich abgewiesen (Urk. 6/233 S. 18). Mit Verfügung vom 17. Mai 2010 wurde die Gesuchstellerin von der Vorinstanz aufgefordert, von ihrem eingeklagten Anspruch aus Güterrecht Fr. 45'000.- an den Kanton Zürich abzutreten (Urk. 6/235). Die diesbezügliche Erklärung der Gesuchstellerin datiert vom 31. Mai 2010 (Urk. 6/237). Der weitere Prozessverlauf ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid (Urk. 2 S. 9 ff.). Gemäss Eingabe vom 21. April 2011 stellte die Gesuchstellerin erneut ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung (Urk. 6/320). Der Gesuchsteller beantragte die Abweisung dieses Gesuchs (Urk. 6/330 S. 2). Mit Verfügung vom 16. August 2011 wies der Vorderrichter das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsvertretung ab (Urk. 2 S. 14).

E. 2

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Sodann gilt das Rügeprinzip (Art. 321 Abs. 1 ZPO), das heisst die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand.

E. 3

Der Erstrichter erwog, die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin habe bereits ein Armenrechtsverfahren durch zwei Instanzen geführt. Ihr sei also bekannt gewesen, dass das Gericht nur auf Antrag entscheide, wenn von der Partei die entsprechenden Angaben glaubhaft gemacht und dokumentiert werden. Vorliegend habe die Gesuchstellerin ihr Armenrechtsgesuch in keiner Weise substantiiert begründet. Aus den Akten, namentlich der persönlichen Befragung ergebe sich, dass die Gesuchstellerin sich zwar als "nicht arbeitsfähig" bezeichne, gleichzeitig aber angebe, sie arbeite für ein Entgelt für ihre betagte Mutter und verdiene mit acht bis zwölf Stunden Arbeit pro Woche Fr. 800.– im Monat. Belege lägen aber keine vor. Als Grund für ihre Arbeitsunfähigkeit habe sie zu Protokoll gegeben, sie leide unter "Schlafproblemen", befinde sich aber mindestens seit Sommer 2010 nicht mehr in ärztlicher Behandlung. Einen Antrag auf IV habe sie nicht gestellt und bewerbe sich auch nicht um Stellen. Aus dem Gutachten zur Arbeitsfähigkeit von Dr. D._____ vom 30. Oktober 2010 lasse sich entnehmen, dass der Gutachter sich ausser Stande gesehen habe, die Frage nach der Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin zu beantworten, da diese ausschliesslich psychische Gründe geltend gemacht habe. Körperliche Beschwerden lägen nicht vor. Zwischen 2006 und 2009 sei die Gesuchstellerin von verschiedenen Psychiatern wegen depressiven Anpassungsstörungen mehrfach krank geschrieben worden. Gemäss Gutachten habe die Gesuchstellerin seit Mitte 2009 keinen Psychiater oder Psychia-

- 5 - terin mehr aufgesucht. Zum Bedarf der Gesuchstellerin lägen weder aktuelle Angaben noch Belege vor. Sie habe lediglich angegeben, dass sie zur Zeit von ihrem Freund unterstützt werde. Zusammenfassend ergebe sich, dass die Gesuchstellerin ihre Einkommens- und Bedarfsituation nicht glaubhaft darlege und dokumentiere und damit ihre Mittellosigkeit nicht rechtsgenügend darzutun vermöge. Sie bezeichne sich zwar als arbeitsunfähig, arbeite aber gleichzeitig bis zu zwölf Stunden pro Woche, was immerhin einem 33 % Pensum entsprechen würde. Weder Steuererklärungen noch Lohnausweise seien eingereicht worden, so dass unklar bleibe, ob und in wieweit die Gesuchstellerin effektiv arbeitsfähig und arbeitstätig sei. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu ernennen, sei unter diesen Umständen abzuweisen (Urk. 2 S. 12 ff.).

E. 4

Die Gesuchstellerin lässt in ihrer Beschwerde ausführen, es sei ausserordentlich befremdlich, wenn die Vorinstanz trotz den umfangreichen Akten über die finanziellen Verhältnisse ihre bereits seit langem bestehende Mittellosigkeit, die vom Obergericht bereits vor über einem Jahr in seinem Beschluss vom 17. März 2010 festgehalten worden sei, als nicht glaubhaft dartue und von einer Verletzung der Mitwirkungspflicht ausgehe. Die 57-jährige Gesuchstellerin, die vor rund elf Jahren vom Gesuchsteller aus seiner Firma durch Kündigung hinausgeworfen worden sei und seither keine Arbeitsstelle mehr erlangt habe, sei unabhängig von der gesundheitlichen Situation gerichtsnotorisch auf dem Arbeitsmarkt nicht in der Lage, als ehemalige KV-Sekretärin - nach zehnjähriger Arbeitsunterbrechung - noch eine Stelle zu finden und einen Arbeitslohn zu erlangen. Ihre Einkünfte beschränkten sich auf ein Entgelt von rund Fr. 600.– seitens ihrer Mutter für die wöchentliche Betreuungsarbeit und einen Nettogewinn aus der Vermietung eines Hausteils in E._____ von etwas über Fr. 500.– pro Monat. Ohne die belegte Verschuldung bei ihrem Freund, einer Freundin und der Mutter - wozu noch beträchtliche offene Anwaltschulden hinzukämen - hätte sie schon längst um Sozialhilfe nachsuchen müssen.

Hinzugefügt sei, dass der Gesuchsteller gegenüber dem Bezirksgericht Uster einen Schuldbrief der Gesuchstellerin hinsichtlich der Liegenschaft ...strasse ... in C._____, die in seinem Eigentum stehe, anführe, obschon er andernorts die Berechtigung dieser Forderung bestreite und im

- 6 - Wissen darum, dass ein pendentes Betreibungs- und Pfändungsverfahren noch längst nicht in die Verwertungsphase übergegangen sei, sodass auch in absehbarer Zeit keine liquiden Mittel zugunsten der Gesuchstellerin daraus entnommen werden könnten. Bei tatsächlichen monatlichen Einkünften von rund Fr. 1'000.– bedürfe es gemäss Gerichtsnotorietät keiner längeren Ausführungen mehr über die genauen Bedarfsgrössen, da ohnehin eine krasse Unterdeckung vorliege. Ihre katastrophale finanzielle Lage, die schon längst aktenkundig sei, ergebe sich ganz aktuell auch aus den beigelegten Unterlagen (Urk. 5/1-31). Es sei ihr daher ein umfassendes Armenrecht zu gewähren (Urk. 1 S. 4 f.). Damit wird jedenfalls sicherlich implizit gerügt, die Mitwirkungspflicht sei nicht verletzt. Demgegenüber meint der Gesuchsteller, im Beschwerdeverfahren gelte ein generelles Novenverbot. Auf die neu eingereichten 31 Beweismittel und die neuen Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin zu ihrem Einkommen und ihrem Bedarf sei daher nicht einzutreten. Dass die angebliche Mittellosigkeit der Gesuchstellerin gerichtsnotorisch gewesen sei, sei bestritten. Das Obergericht des Kantons Zürich habe in seinem Beschluss vom 17. März 2010 den Antrag der Gesuchstellerin auf Befreiung von der Pflicht zur Leistung der künftig anfallenden Gerichtskosten und unentgeltlichen Rechtsvertretung vor erster Instanz mit der Begründung abgewiesen, dass die Gesuchstellerin im Verlaufe des Verfahrens zu finanziellen Mitteln kommen könne und ihr Rechtsanwalt auf Kredit arbeite. Mithin habe es das Obergericht nicht als erwiesen angesehen, dass die Gesuchstellerin für die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens mittellos bleiben werde. Seit dem obergerichtlichen Beschluss seien eineinhalb Jahre vergangen, in denen sich die finanzielle Lage der Gesuchstellerin tatsächlich verändert habe. Beispielhaft und nicht abschliessend sei dazu erwähnt, dass sie einen werthaltigen Schuldbrief besitze, was sie der Vorinstanz bisher verheimlicht habe, unterdessen entgeltlich bei ihrer Mutter arbeite und somit nicht mehr arbeitsunfähig zu sein scheine und möglicherweise auch ihre Resterwerbsfähigkeit nutze sowie unterdessen zugebe, im Konkubinat zu leben, weshalb auch der Konkubinatspartner in die finanzielle Lage der Gesuchstellerin mit einzubeziehen sei. Die erste Instanz habe zu Recht erkannt, dass die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin ihre Pflicht zur Offenlegung ihrer finanziellen Verhältnisse verletzt habe. Die aktuellen finanziellen Verhältnisse

- 7 - se seien weder gerichtsnotorisch noch sei es Aufgabe des Gerichts, sich aus den bisherigen Prozessakten die aktuellen Einkommens- und Bedarfswerte herauszusuchen. Dies wäre die (Substantiierungs-)Obliegenheit der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin gewesen (Urk. 10 S. 2 f.).

E. 5

In ihrem vorinstanzlichen Armenrechtsgesuch vom 21. April 2011 führte die Gesuchstellerin aus, mittlerweile habe sich ergeben, dass sie nach der Zwangsverwertung der ehelichen Liegenschaft an der ...strasse in F._____, aus welcher ihr keinerlei Zahlungen zugeflossen seien, nach wie vor mittellos sei und nicht nur keine Barvorschüsse, sondern auch keine Verfahrenskosten (Gerichtskosten, Anwaltskosten) zu tragen imstande sei. Die noch offene Annahme gemäss Obergerichtsbeschluss vom 17. März 2010, dass allenfalls die Möglichkeit bestehe, dass sie zu Mitteln kommen werde, habe sich bis heute nicht

realisiert. Es sei daher evident, dass ebenfalls für den Zeitraum ab Mai 2010 die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung - verbunden mit der Abtretung allfälliger güterrechtlicher Ansprüche - zu gewähren sei (Urk. 6/320 S. 2 f.). Der Gesuchsteller machte dazu im Rahmen seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2011 geltend, die Gesuchstellerin verletze ihre Substantiierungslast, indem sie pauschal darauf verweise, ihr sei mit Beschluss des Obergerichts vom 17. März 2010 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden und sie sei seither nicht zu finanziellen Mitteln gekommen. Wie die Gesuchstellerin anlässlich der Parteieinvernahme vom 28. Februar 2011 erklärt habe, werde sie von ihrem langjährigen Freund, bei dem sie seit Jahren lebe, unterstützt. Ihr Rechtsanwalt arbeite auf Kredit. Sie sei im Besitz eines Inhaberschuldbriefes über Fr. 220'000.- an 3. Pfandstelle, lastend auf der Liegenschaft des Gesuchstellers in der Gemeinde G.____-C.____, was sie bisher verschwiegen habe und es stehe nicht fest, ob sie anderweitig zu Vermögen gekommen sei oder unterdessen eine Arbeitsstelle angetreten habe und/oder Arbeitslosentaggelder oder IV beziehe. Das Gesuch sei daher abzuweisen, da die Mittellosigkeit von der Gesuchstellerin ungenügend substantiiert worden sei (Urk. 6/330 S. 2; Urk. 6/331/1). Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien zwar nicht von der Behauptungs- und Substantiierungslast. Allerdings können vom Gericht auch Tatsachen von Amtes wegen berücksichtigt werden, welche von keiner Partei behauptet wurden. Im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege enthebt die Untersuchungsmaxime die Parteien namentlich nicht von der Pflicht, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Kommt eine Partei ihrer Pflicht zur umfassenden Offenlegung ihrer finanziellen Situation nicht nach, so ist ihr Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweis abzuweisen. Ein zu wenig aufschlussreiches und nicht oder unvollständig belegtes Gesuch darf indes nicht ohne Weiteres abgewiesen werden. Die das Gesuch stellende Partei ist vielmehr zur Mitwirkung anzuhalten. Erst wenn ihr Gelegenheit gegeben worden ist, ihre Mitwirkungspflicht zu erfüllen, die von ihr verlangten Auskünfte oder Ausweise zu wenig aufschlussreich oder unvollständig geblieben sind, darf ihr Gesuch zufolge Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Anders verhält es sich allerdings, wenn der gesuchstellenden Partei bereits aus früheren Verfahren bekannt ist, dass sie zur Begründung eines Armenrechtsgesuchs (insbesondere) ihre finanziellen Verhältnisse umfassend offenlegen und belegen muss und sie demzufolge weiss, welche Anforderungen an einen solchen Nachweis gestellt werden. Diesfalls ist es zulässig, diese Anforderungen als bekannt vorauszusetzen und bei mangelhaft begründetem oder dokumentiertem Gesuch von einer Fristansetzung zur Ergänzung der betreffenden Vorbringen abzusehen (ZR 104 Nr. 14). Vorliegend ist allerdings vorweg zu prüfen, ob die behauptete Mittellosigkeit der Gesuchstellerin nicht bereits aufgrund der gesamten vor Vorinstanz aktenkundigen Situation und insbesondere des Entscheides dieser Kammer vom 17. März 2010 (Urk. 6/233) hinreichend glaubhaft dargetan wurde. Auf die neu im Beschwerdeverfahren eingereichten Belege (Urk. 5/1-31) kann dabei mit Blick auf das hier umfassend und insbesondere auch im Bereich der Untersuchungsmaxime herrschende Novenverbot (Art. 326 Abs. 1 ZPO) nicht eingegangen werden. Allerdings können bereits vor Vorinstanz aktenkundige Unterlage sowie die persönliche Befragung der Parteien vom 28. Februar 2011 (Prot. I S. 149 ff.) gestützt auf die Untersuchungsmaxime in die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden.

- 9 - Im Rahmen des Zwischenbeschlusses vom 30. September 2009 bejahte die Kammer die Prozessarmut der Gesuchstellerin. So wurde erwogen, es erscheine mit der Vorinstanz glaubhaft, dass die Gesuchstellerin arbeitsunfähig sei (vgl. Urk. 6/180 [Arztzeugnis vom 11. April 2009]) und für die Pflege ihrer Mutter monatlich Fr. 800.– erhalte (Urk. 6/171/3 [Bestätigung Mutter Gesuchstellerin vom 17. November 2008, dass sie der Tochter für deren Unterstützung zirka Fr. 200.– pro Woche bezahle]) sowie Fr. 2'700.– brutto Mietzinseinnahmen aus ihrem Hausteil in E._____ erziele (Urk. 6/135/6), wovon die Hypothekarzinsen von rund Fr. 1'670.– sowie der (hälftige) Baurechtszins und weitere Abgaben und Kosten in Abzug zu bringen seien. Ihren bislang unbestritten gebliebenen Bedarf von Fr. 3'204.– (vgl. Urk. 6/200 S. 13) vermöge sie mit ihren Einkünften allein bei weitem nicht zu decken. Es bestünden denn auch Darlehen gegenüber der Mutter sowie einer Freundin und es erfolgten Zahlungen durch die Tochter (Urk. 6/171/3, 4). Zudem müsse mit Blick auf die Pfändung des Gesuchstellers davon ausgegangen werden, dass die ihr zugesprochenen Unterhaltsbeiträge einstweilen nicht erhältlich seien, weswegen sie nicht berücksichtigt werden könnten (Urk. 6/215 S. 2). Sodann wurde richtig festgehalten, dass bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Rahmen des Armenrechts ein hypothetisches Einkommen nur bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten anzurechnen wäre, also wenn gerade im Hinblick auf den vorliegenden Prozess seitens der Gesuchstellerin auf ein Einkommen verzichtet würde, wovon vorliegend nicht auszugehen sei (vgl. bereits Urk. 6/215 S. 4). Was das Vermögen anbelangt, wurde weiter in Betracht gezogen, die Gesuchstellerin sei zwar Miteigentümerin zur Hälfte am Haus in E._____, allerdings habe man vergeblich versucht, den Anteil zu verkaufen, weshalb er nunmehr vermietet worden sei. Eine weitere hypothekarische Belastung falle ausser Betracht, weil bereits drei Hypotheken im Gesamtbetrag von Fr. 585'000.– bei einem Verkehrswert von zirka Fr. 650'000.– bestünden. Das Haus in F._____, worin die Gesuchstellerin trotz dem Entscheid der Kammer vom 30. Dezember 2008, worin ihr eine erneute Auszugsfrist bis 31. März 2009 anberaunt worden sei, offenbar nach wie vor lebe, sei Errungenschaft des Gesuchstellers. Die Liegenschaft sei am

E. 10

Februar 2009 gepfändet worden. Ob und in welchem Umfang die Gesuchstellerin an einem Verkaufserlös partizipieren würde, ergebe sich erst im Zuge der

- 10 - von der Vorinstanz vorzunehmenden güterrechtlichen Auseinandersetzung. Dass die Gesuchstellerin mit ihrem "trölerischen" Verhalten eine ordentliche Verwertung dieses Aktivums verhindert habe, könne ihr daher jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht direkt zum Nachteil gereichen, weil Vermögen für sie verfügbar sein müsse und nicht erst nach Abschluss des Prozesses realisierbar, damit sie nicht mehr als mittellos gelte. Bei der Versicherung der Gesuchstellerin bei der H._____ mit einem Rückkaufswert per 1. Oktober 2008 von Fr. 89'079.– handle es sich um eine gebundene Vorsorge-Police, welche zwar Sparkapital bilde, jedoch Verfügungsbeschränkungen unterliege, weshalb sie im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung nicht zum verfügbaren Vermögen gezählt werden könne. Mit Blick auf das Wertschriftendepot der Gesuchstellerin bei der I._____ im Betrag von Fr. 73'503.– und ihren Minussaldo bei der selben Bank über rund Fr. 50'566.– je per Ende 2008 verfüge die Gesuchstellerin zwar über Vermögen im Umfang von rund Fr. 23'000.–. Allerdings vermöge sie ihr Existenzminimum von Fr. 3'204.– durch ihr Einkommen bei weitem nicht zu decken, weshalb sie auf ihr Vermögen werde zurückgreifen müssen, zumal ihr eine weitergehende

Verschuldung - sie habe insgesamt Fr. 75'260.- Schulden bei nahe stehenden Personen - nicht zuzumuten sei. Die Gesuchstellerin gelte daher auch vermögensmässig als mittellos (Urk. 6/25 S. 4-6). Gemäss Beschluss der Kammer vom 17. März 2010 wurden der Gesuchstellerin, wie bereits erwähnt, für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt. Betreffend das vorinstanzliche Verfahren wurde die Gesuchstellerin von der Pflicht zur Leistung der Barvorschüsse (Fr. 5'000.- für Zeugen und Fr. 40'000.- für Gutachten; Urk. 6/233 S. 3) befreit. Bezüglich der Pflicht zur Bezahlung der (erstinstanzlichen) Gerichtskosten wurde das Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin zur Zeit abgewiesen. Sodann wurde ihr Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das erstinstanzliche Verfahren abgewiesen (Urk. 6/233 S. 18). Dabei wurde in Erwägung gezogen, es stehe fest, dass die Gesuchstellerin selbst einkommens- und vermögensmässig als mittellos im Sinne des Gesetzes gelte (wovon im Übrigen damals auch die Vorinstanz ausging: Urk. 6/220 S. 9-11). Im heutigen Zeitpunkt sei unklar, ob der Gesuchsteller in der Lage sei, der Gesuchstellerin aus seinem Ver-

- 11 - mögen einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Zudem sei nicht davon auszugehen, dass es die Gesuchstellerin aufgrund ihres trölerischen Verhaltens betreffend den weiteren Verbleib in der ehelichen Liegenschaft über den 31. März 2009 hinaus zu vertreten habe, dass diese Liegenschaft nicht mehr gewinnbringend ordentlich verwertet werden könne, zumal der Gesuchsteller (jedenfalls aufgrund des heutigen Aktenstandes) als im Zeitpunkt der Auszugsverpflichtung bereits überschuldet zu gelten habe. Das klägerische Armenrechtsgesuch könne daher nicht generell unter Hinweis auf die Möglichkeit der Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Gesuchsteller geschweige denn wegen Rechtsmissbrauchs abgewiesen werden. Vielmehr sei das Gesuch teilweise gutzuheissen und die derzeit mittellose Gesuchstellerin von der Pflicht zur Leistung der ihr gemäss der vorinstanzlichen Verfügung vom 25. Mai 2009 auferlegten Barvorschüsse zu befreien (§ 85 Abs. 2 ZPO/ZH). Soweit sich das Gesuch der Gesuchstellerin indessen auf die Befreiung von der Pflicht zur Leistung der künftig anfallenden erstinstanzlichen Gerichtskosten beziehe, sei es zur Zeit abzuweisen, weil momentan noch keine Gerichtskosten anfielen und zudem in Zukunft die Möglichkeit bestehe, dass die Gesuchstellerin zu Mitteln kommen werde, sei es durch den Verkauf ihres Hausteils in E._____ oder indirekt über den Gesuchsteller, nachdem dessen Vermögen (insbesondere die beiden Liegenschaften) jetzt verwertet und sich zeigen werde, ob allenfalls ein Gewinn resultiere. Zudem sei das Gesuch der Gesuchstellerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters betreffend das erstinstanzliche Verfahren abzuweisen, weil ihr bisheriger Rechtsvertreter, †Dr. J._____, wie er selber ausgeführt habe, bis anhin auf Kredit gearbeitet habe (Urk. 6/233 S. 11, 16 f.). Neu hat sich nunmehr ergeben, dass die auf den Namen des Gesuchstellers eingetragene eheliche Liegenschaft ...strasse ... in F._____ im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens verkauft wurde, wie das Grundbuchamt K._____ der Vorinstanz am 30. April 2010 mitteilte (Urk. 6/234). Daraus flossen der Gesuchstellerin aber keinerlei Zahlungen zu (Urk. 320 S. 2; Urk. 6/284 S. 6 ff.; Urk. 292 [Amtsbericht des Betreibungsamtes F._____ vom 10. November 2010]). Sie ist diesbezüglich also nicht zu Mitteln gekommen, wie dies im Beschluss der Kammer vom 17. März 2010 für künftig möglich erachtet wurde (Urk. 6/233 S. 17).

- 12 - Gemäss Amtsbericht des Betreibungsamtes K._____ vom 13. Dezember 2010 sollte die Verwertung der zweiten Liegenschaft des Gesuchstellers an der ...strasse ... in C._____ Ende Januar 2011 erfolgen (Urk. 6/303), allerdings wurde das Verwertungsbegehren

zurückgezogen (Urk. 6/335, 336). Offenbar besitzt die Gesuchstellerin einen Inhaberschuldbrief über Fr. 220'000.– an 3. Pfandstelle, was sie bislang verschwiegen hat (Urk. 6/330 S. 2; Urk. 6/331). Zwar hätte ihr bezüglich dieser neuen Behauptung der Gegenseite seitens der Vorinstanz das rechtliche Gehör gewährt werden müssen, was im vorliegenden Beschwerdeverfahren mangels umfassender Kognition und mit Blick auf das Novenverbot nicht geheilt werden könnte, allerdings ist dieser Umstand im heutigen Zeitpunkt für die Beurteilung der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ohne massgebliche Bedeutung, nachdem ihr dieser, offenbar umstrittene Schuldbrief (vgl. Urk. 6/336 [Lastenbereinigungsverfahren]), wie sich aus den vorinstanzlichen Akten ergibt, vorderhand keine flüssigen Mittel verschafft. Zudem ist die Gesuchstellerin nach wie vor bereit, allfällige Beträge, die ihr im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zukommen, an die Gerichtskasse zur Deckung der Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege abzutreten (Urk. 6/320 S. 2). Anlässlich der persönlichen Befragung vor Vorinstanz am 28. Februar 2011 deponierte die Gesuchstellerin, sie arbeite derzeit nichts, ausgenommen für ihre 89-jährige Mutter, wofür sie im Durchschnitt nach wie vor Fr. 800.– erhalte. Seit sie ihm April 2010 aus ihrem Haus geworfen worden sei, lebe sie bei ihrem Freund. Sie habe auch noch Aktien gehabt, die sie verkauft habe. Aus dem Erlös lebe sie, aber zunächst habe sie noch die Schulden bei der Bank begleichen müssen. Sie könne wegen Problemen beim Schlafen und Ängsten nicht arbeiten. In ärztlicher Behandlung sei sie nicht mehr; sie könne sich das nicht mehr leisten. Sie werde bald 57-jährig. Selbst wenn sie sich bewerben würde, wäre sie chancenlos, da sie einen Computer nicht bedienen könne und schon lange nicht mehr als Sekretärin gearbeitet habe. Sie würde wohl keine Stelle finden (Prot. I S. 167 f., 178). Aus dem Gutachten zur Arbeitsfähigkeit vom 30. Oktober 2010 erhellt, dass die Gesuchstellerin in der Vergangenheit sowohl wegen körperlicher als auch

- 13 - psychischer Leiden über teilweise längere Zeit krank- und vollständig arbeitsunfähig geschrieben war. Ob die Gesuchstellerin heute arbeitsfähig sei und in welchem Umfang könne der Gutachter als Facharzt FMH für Innere Medizin für ein Gerichtsverfahren nicht beurteilen. Die Gesuchstellerin selber fühle sich nicht arbeitsfähig, mache dafür aber nicht körperliche Beschwerden geltend, sondern ausschliesslich ihren psychischen Zustand. Allerdings sei sie derzeit nicht in psychiatrischer Behandlung und es lägen auch keine ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeiten neueren Datums vor. Auf die Frage, warum sie sich nicht behandeln lasse, habe die Gesuchstellerin deponiert, sie könne es sich finanziell nicht leisten (Urk. 6/281). Weil der Gesuchstellerin aufgrund dieser Umstände nicht unterstellt werden kann, sie verzichte gerade im Hinblick auf den vorliegenden Prozess auf ein Einkommen, also nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten auszugehen ist, ist ihr bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Rahmen des Armenrechts jedenfalls kein hypothetisches Einkommen anzurechnen (vgl. bereits Urk. 6/216 S. 4; BGE 104 Ia 31; BGE 99 IA 437). Dass sie nach wie vor ihre betagte Mutter in beschränktem Umfang für ein monatliches Entgelt von zirka Fr. 800.– unterstützt (Prot. I S. 167), erscheint glaubhaft und wurde bereits früher belegt (Urk. 171/3). Dass die Gesuchstellerin diesbezüglich im vorinstanzlichen Verfahren keinen aktualisierten Beleg beibrachte, kann ihr daher nicht zum Vorwurf gemacht werden. Im Übrigen genügt es, dass die Bedürftigkeit glaubhaft gemacht wird (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 20). Glaubhaft machen erfordert aber nicht zwingend (laufende) Untermauerung durch Belege. Für die Glaubhaftmachung kann vielmehr eine Parteibehauptung auch ohne Beweisführung genügen, wenn die Partei glaubwürdig und ihre Darstellung plausibel ist (Frank/Sträuli/

Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 8 zu § 148 ZPO/ZH mit weiterem Hinweis). Hinweise auf eine tatsächliche Res- terwerbstätigkeit (Urk. 10 S. 3; Urk. 6/330 S. 2) sind in keiner Weise ersichtlich. Im Gegenteil deponierte die Gesuchstellerin glaubhaft, dass sie nicht auf Stellensu- che sei (Prot. I S. 167 f.). Mit Blick auf ihr Alter, ihre (angeschlagene) Gesundheit sowie den beruflichen Werdegang und insbesondere die längere Erwerbslosigkeit auf dem freien Markt dürfte es für die Gesuchstellerin denn auch äusserst schwie-

- 14 - rig sein, überhaupt eine Arbeitsstelle zu finden. Zwar lebt die Gesuchstellerin nunmehr seit 23. April 2010, als sie aus der ehelichen Liegenschaft in F. _____ ausziehen musste, eingestandenermassen bei ihrem langjährigen Lebenspartner L. _____, welcher ihr offenbar das Essen und Wohnen bezahlt (Prot. I S. 167 un- ten, 178). Allerdings sind freiwillige Leistungen Dritter nicht als Einkommen zu be- trachten, ansonsten sie indirekt einer anderen Person zukommen als derjenigen, für die sie tatsächlich bestimmt sind. Wohl wäre indessen der Bedarf der Gesuch- stellerin (von Fr. 3'204.-, worin im Übrigen - ausgenommen Fr. 200.- für Strom - keinerlei Wohnkosten enthalten sind, vgl. Urk. 6/200 S. 13; Urk. 6/215 S. 4) zufol- ge des qualifizierten Konkubinats zu kürzen, allerdings wäre sie mit ihren Einkünf- ten von höchstens rund Fr. 1'800.- (Fr. 800.- von der Mutter + Fr. 1'030.- Brutto Mieteinnahmen abzüglich Hypothekarzinsen [Urk. 6/215 S. 4]) nach wie vor nicht in der Lage, auch den reduzierten Bedarf zu decken. Wesentlich ist sodann, dass die Gesuchstellerin mit Blick auf das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO, § 50 ZPO/ZH) angesichts des bisherigen Verfahrens und vor allem des obergerichtlichen Beschlusses vom 17. März 2010 davon ausgehen durfte, dass ihre aktenkundigen Belege und An- gaben ausreichen und namentlich einzig betreffend allfällige künftige Mittel aus den drei Liegenschaften (ihres Hausteils in E. _____ sowie der Liegenschaften des Gesuchstellers in F. _____ und C. _____, vgl. Urk. 6/233 S. 17) Vorbehalte be- treffend ihre künftige Mittellosigkeit gemacht wurden. Und dazu, insbesondere zur Verwertung der Liegenschaft in F. _____, hat sie sich in ihrem (erneuten) Armen- rechtsgesuch vom 21. April 2011 denn auch geäussert (Urk. 6/320). Hätte die ers- te Instanz Bedenken bezüglich einer nach wie vor bestehenden Mittellosigkeit der Gesuchstellerin gehegt und aktualisierte Angaben/Belege auch betreffend Ein- kommen und Bedarf der Gesuchstellerin für erforderlich erachtet, wäre es vorlie- gend mithin an ihr gelegen, die Gesuchstellerin zur Nachreichung solcher Belege aufzufordern, insbesondere nachdem der Beschluss des Obergerichts vom 17. März 2010 noch nicht derart lange zurück lag und sich betreffend die finanziel- len Verhältnisse der Gesuchstellerin erwartungsgemäss denn auch keine wesent- lichen Änderungen ergeben haben, wie dies insbesondere aus der persönlichen Befragung vom 28. Februar 2011 erhellt (Prot. I S. 167 f., 178). In deren Rahmen

- 15 - wurde die Gesuchstellerin im Übrigen auch nicht nach neuen Belegen gefragt (Prot. I S. 167). Es kann der Gesuchstellerin im vorliegenden konkreten Fall und vornehmlich mit Blick auf den Beschluss der Kammer vom 17. März 2010 denn auch nicht vorgeworfen werden, sich lediglich auf "Notorietät" der eigenen Bedürf- tigkeit berufen zu haben, was nicht genüge (vgl. BGer 4P.240/2005, E. 3.3). Im Übrigen stellte sie ihr erneutes Gesuch - in Anlehnung an den Beschluss der Kammer vom 17. März 2010 - gegen Ende des vorinstanzlichen umfangreichen (Beweis-)Verfahrens im Hinblick auf den wohl bald zu fällenden Endentscheid und die Fälligkeit der Gerichtskosten, weil sie eben nicht mehr oder noch nicht zu Mit- teln gekommen ist. Zusammengefasst kann in der vorliegenden

besonderen Konstellation, entgegen der Vorinstanz, mithin nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin habe ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Vielmehr ist nach wie vor von ihrer Mittellosigkeit auszugehen. Gemäss obergerichtlichem Beschluss vom 17. März 2010 wurde das Begehren der Gesuchstellerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (in der Person von Rechtsanwalt †Dr. J._____) abgewiesen, weil ihr bisheriger Rechtsvertreter, Rechtsanwalt †Dr. J._____, wie er selbst ausgeführt habe, bis anhin auf Kredit gearbeitet habe (Urk. 6/233 S. 17 mit Hinweis). Die damalige Re-
kurseingabe der Gesuchstellerin datierte vom 7. Dezember 2009. Mit Schreiben vom 12. Februar 2010 setzte der langjährige Büropartner des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, die Kammer vom Tod von Rechtsanwalt †Dr. J._____ in Kenntnis und brachte eine Prozessvollmacht der Gesuchstellerin vom 9. Februar 2010 bei. Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wurde daher als neuer Rechtsvertreter der Gesuchstellerin ins Rubrum aufgenommen (Urk. 6/233 S. 3 f. mit Hinweisen). Ein eigenes Gesuch um Bestellung zum unentgeltlichen Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, wobei die Bestellung zum unentgeltlichen Rechtsvertreter bekanntlich immer ad personam zu erfolgen hat, stellte der neue Rechtsvertreter der Gesuchstellerin damals nicht. Die unentgeltliche Rechtspflege entfaltet ihre Wirkung grundsätzlich ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (ex nunc), nur ausnahmsweise kann sie auch

- 16 - rückwirkend bewilligt werden (Art. 119 Abs. 4 ZPO). Eine Rückwirkung kommt dann infrage, wenn es die zeitliche Dringlichkeit einer sachlich zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht zulässt, gleichzeitig auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen (BGE 122 I 203 E. 2f). Umstritten ist, ob die Verschlechterung der finanziellen Situation während des Prozesses ebenfalls Anspruch auf eine rückwirkende Gewährung gibt. Jede Partei, die gehofft habe, den Prozess selber zu finanzieren, dürfe deswegen nicht bestraft werden. Allerdings wird sie bis zu dieser Verschlechterung über die erforderlichen Mittel noch verfügt haben, es sei denn, es wurde von Einkünften aufgrund von Ansprüchen ausgegangen, die sich infolge Insolvenz des Schuldners nicht durchsetzen liessen (BGE 122 I 203 E. 2f). Keinen Anlass zur Rückwirkung geben auch Schulden der bedürftigen Partei aus Darlehen, die sie zur Prozessfinanzierung aufnahm, oder Honorarschulden gegenüber dem Rechtsvertreter, der keinen ausreichenden Kostenvorschuss geltend machte (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 119 N 4 mit Hinweisen). Der neue Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ersuchte in seinem Gesuch vom 21. April 2011 an die Vorinstanz um umfassende Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung mit Wirkung ab Mai 2010 (Urk. 6/320 S. 2). Weil die Gerichtskosten erst am Ende des Verfahrens anfallen, wurde das Gesuch diesbezüglich rechtzeitig gestellt (vgl. auch Art. 119 Abs. 1 ZPO), weshalb der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen ist. Um seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht hinreichend nachzukommen, hätte Rechtsanwalt lic. iur. X._____ demgegenüber umgehend nach seiner Mandatierung im Februar 2010 ein eigenes Gesuch um Bestellung als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Gesuchstellerin stellen sollen, was er jedoch unterliess. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass auch er (wie sein Vorgänger) jedenfalls zunächst noch auf Kredit arbeitete (im Hinblick auf künftige Mittel aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung) oder aber die Gesuchstellerin in der Lage war, Vorschüsse zu leisten. Das Gesuch kann daher vorliegend nicht rückwirkend bewilligt werden. Vielmehr ist der Gesuchstellerin erst ab dem 21. April 2011 (Datum Gesuch) Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

- 17 - Somit ist das Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin in Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 16. August 2011 des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster gutzuheissen und der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung und ab dem 21. April 2011 die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen sowie in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Dabei ist allerdings - nicht zuletzt mit Blick auf die Verwertung der Liegenschaft des Gesuchstellers an der ...strasse ... in C._____ und den darauf lastenden Schuldbrief der Gesuchstellerin über Fr. 220'000.- an 3. Pfandstelle (Urk. 12/1) - der Vorbehalt anzubringen, dass diese Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von der Bedingung abhängig gemacht wird, dass die Gesuchstellerin die ihr allenfalls im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung und/oder der Verwertung der genannten Liegenschaft zukommenden Beträge dem Staat Zürich (vertreten durch die Obergerichtskasse) abtritt und zwar maximal bis zur Höhe der Summe bestehend aus Honorar, das die Gerichtskasse dem unentgeltlichen Rechtsvertreter für das Scheidungsverfahren der Parteien (ab 21. April 2011, einschliesslich dem vorliegenden Beschwerdeverfahren) zu bezahlen hat, zuzüglich den der Gesuchstellerin im Scheidungsverfahren der Parteien allenfalls anfallenden Gerichtsgebühren. Solches offerierte die Gesuchstellerin, wie bereits erwähnt, im Übrigen bereits im Rahmen ihres erstinstanzlichen Armenrechtsgesuchs selbst (Urk. 6/320 S. 2). Dabei ist vorzumerken, dass die Gesuchstellerin vor Vorinstanz bereits ihren eingeklagten Anspruch aus Güterrecht bis zur maximalen Höhe von Fr. 45'000.- an den Kanton Zürich abgetreten hat (vgl. Urk. 6/237; Urk. 6/238 S. 2). III. Auch das Rechtsmittelverfahren ist vorliegend kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Diesbezüglich erweist sich das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auch im Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 2) folglich als gegenstandslos.

- 18 - Zufolge gegebener Mittellosigkeit (vgl. Urk. 5/1-31, wobei nicht ersichtlich ist, woraus die Gegenseite ein angeblich selbst deklariertes aktuelles monatliches Einkommen der Gesuchstellerin über Fr. 3'368.75 ersehen will [vgl. Urk. 11 S. 3 f.]), und weil sich ihr Prozesstandpunkt nicht als aussichtslos erwiesen hat, ist ihr indessen auch für das Beschwerdeverfahren antragsgemäss (Urk. 1 S. 2) Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Dies ebenfalls unter der Bedingung, dass die Gesuchstellerin allfällige güterrechtliche Ansprüche bzw. solche aus der Verwertung der Liegenschaft des Gesuchstellers in C._____ dem Staat Zürich abtritt. Nachdem sich der Gesuchsteller mit der angefochtenen Verfügung identifizierte (Urk. 10 S. 2) und auch auf Abweisung des Armenrechtsgesuchs der Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren antragen liess (Urk. 11 S. 2), ist er zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Entschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung auf Fr. 1'200.- zuzüglich Fr. 96.- (8 % Mehrwertsteuer; vgl. Urk. 1 S. 2) festzulegen. Es wird erkannt: 1. Der Gesuchstellerin wird für das vorliegende Beschwerdeverfahren Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt, unter der Bedingung, dass die Gesuchstellerin unwiderruflich die nachstehend in Dispositiv-Ziffer 3 formulierte Erklärung abgibt. 2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Gesuchstellerin in Abänderung der Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 16. August 2011 und unter der Bedingung, dass die Gesuchstellerin die in Dispositiv-Ziffer 3 hiernach formulierte Abtretungserklärung abgibt, im erstinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihr mit

Wirkung ab 21. April

- 19 - 2011 Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. 3. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchstellerin dem Staat bereits ihren eingeklagten Anspruch aus Güterrecht bis zum Höchstbetrag von Fr. 45'000.– abgetreten hat. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um schriftlich folgende weitere Abtretungserklärung abzugeben: "Die Gesuchstellerin tritt hiermit unwiderruflich die ihr im Scheidungsprozess zwischen den Parteien zu gegebener Zeit zugesprochene Forderung aus Güterrecht gegen den Gesuchsteller mit Fälligkeit im Zeitpunkt der Rechtskraft des Endentscheides bzw. einen allfälligen Anspruch aus der Verwertung der Liegenschaft des Gesuchstellers an der ...strasse ... in C._____ dem Staat Zürich (vertreten durch die Obergerichtskasse) ab und zwar maximal bis zur Höhe der Summe bestehend aus dem Honorar, das die Obergerichtskasse dem unentgeltlichen Rechtsvertreter, lic. iur. X._____, für das Scheidungsverfahren der Parteien ab 21. April 2011 (einschliesslich vorliegendem Beschwerdeverfahren) zu bezahlen hat zuzüglich den der Gesuchstellerin im Scheidungsverfahren der Parteien allenfalls anfallenden Gerichtsgebühren." Im Säumnisfall würde angenommen, die Gesuchstellerin sei nicht bereit, diese Abtretungserklärung abzugeben. In diesem Fall wäre die der Gesuchstellerin gewährte unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres aufgehoben. 4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben. 5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'296.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück. 7. 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) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 8. November 2011 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Dr. R. Klopfer lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: ss

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