

# **ZH\_OBERGERICHT PC120053 vom 31. Juli 2013**

ZH Obergericht, 2013-07-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC120053](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC120053)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC120053 du 31 juillet 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT PC120053 del 31 luglio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien stehen vor Vorinstanz seit November 2011 in einem Scheidungsverfahren (VI-Urk. 1). In diesem Rahmen hat der Gesuchsteller, Erstbeschwerdeführer und Zweitbeschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (VI-Urk. 29), während die Gesuchstellerin, Erstbeschwerdegegnerin und Zweitbeschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) den prozessualen Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat (VI-Urk. 1 und 48).

#### **E. 1.1**

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

#### **E. 1.2**

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 3 f. zu Art. 326). Der im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege geltende Untersuchungsgrundsatz (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 13 zu Art. 119) ändert daran nichts (vgl. BGer 5A\_405/2011 vom 26. September 2011, E. 4.5). Die Noveneingabe des Gesuchstellers vom 5. Juli 2013 (Urk. 21) ist vor diesem Hintergrund unbeachtlich. Die von den Parteien in den Beschwerdeverfahren zu ihren finanziellen Verhältnissen neu gemachten Angaben und eingereichten Unterlagen dürfen sodann nur für die Beurteilung der Armenrechtsgesuche in den Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden. Die Beurteilung der entsprechenden Gesuche für das Verfahren vor Vorinstanz hat hingegen einzig aufgrund der Akten des erstinstanzlichen Verfahrens zu erfolgen.

- 5 -

#### **E. 1.3**

Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. 2. Verfahrensvereinigung Da sich im vorliegenden

Verfahren wie auch im Beschwerdeverfahren PC120055 dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüberstehen und sich die Themen beider Verfahren grösstenteils überschneiden, ist das Beschwerdeverfahren PC120055 mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer PC120053 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. 3. Unentgeltliche Rechtspflege

## **E. 2**

Mit Verfügung vom 2. November 2012 wies die Erstinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses und (wie sich aus den Erwägungen, nicht aber aus dem Dispositiv ergibt) Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Sie begründete dies mit der fehlenden Mittellosigkeit der Gesuchstellerin, da diese über Grundeigentum in der C.\_\_\_\_\_ [Staat in Mitteleuropa] im Wert von rund Fr. 120'000.– verfüge (Urk. 2 S. 9 ff.). Den Gesuchsteller erachtete die Erstinstanz zwar als mittellos, wies aber sein Armenrechtsgesuch mit der Begründung ab, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege komme nur subsidiär zum Zuge, und aufgrund des unbeweglichen Vermögens der Gesuchstellerin hätte er einen Prozesskostenvorschuss verlangen müssen (Urk. 2 S. 12). Im Weiteren wurde dem Gesuchsteller für den kontradiktorischen Teil des Verfahrens die Rolle des Klägers zugewiesen und ihm Frist zur Einreichung der Klagebegründung sowie zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 6'000.– angesetzt.

### **E. 2.1**

Das von den Parteien mit Bezug auf das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist hinsichtlich der unentgeltlichen Prozessführung (Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen sowie Gerichtskosten, Art. 118 Abs. 1 lit. a und b ZPO) unter den gegebenen Umständen als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Soweit die Parteien die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Beschwerdeverfahren verlangt haben, ist hingegen mit Blick auf Art. 122 Abs. 1 ZPO und die Möglichkeit der Geltendmachung gegenüber dem Kanton ein Entscheid zu fällen (BK-Bühler, N 6 zu Art. 122 ZPO; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 122 N 5 f.; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 4 zu Art. 122).

### **E. 2.2**

Beim Gesuchsteller ist von folgendem Bedarf auszugehen: 1) Grundbetrag 1'200 2) Miete 1'378 3) Krankenkasse 314 4) Versicherungskosten 64 5) Telefon/Internet/TV 0'150 - 18 - 6) Mobilitätskosten 280 7) auswärtige Verpflegung 0 8) Klavierunterricht 0 9) Steuern 300 10) Unterhaltsverpflichtung 2'980 Total 6'666 ad 1) Der Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner ohne Haushaltsgemeinschaft ergibt sich aus dem einschlägigen Kreisschreiben. ad 2) Der Gesuchsteller bewohnt eine 2.5-Zimmer-Wohnung in G.\_\_\_\_\_. Der Mietzins von derzeit Fr. 1'378.– ist ausgewiesen (VI-Urk. 30/12). Die Kosten für die Zweitwohnung in H.\_\_\_\_\_ (vgl. VI-Urk. 30/18) sind mangels Notwendigkeit nicht zu berücksichtigen und werden vom Gesuchsteller entsprechend auch gar nicht geltend gemacht. ad 3) Die aktuellen Krankenkassenkosten des Gesuchstellers belaufen sich auf Fr. 314.– (vgl. Urk. 20/5/1). Die Kosten für die Zusatzversicherung sind nicht zu berücksichtigen (vgl. Ziffer III.2 des Kreisschreibens). ad 4) Im Bedarf des Gesuchstellers ist der gerichtsbliche Betrag von Fr. 40.– für Hausrat- und Privathaftpflichtversicherung zu berücksichtigen (vgl. auch Urk. 20/5/2). Zusätzlich ist ein Betrag von zusätzlichen Fr. 24.–

für die Wert- sachenversicherung des Gesuchsteller ausgewiesen (Urk. 20/5/3). ad 5) Der Gesuchsteller macht Kosten für Kommunikation/TV/Radio von monatlich Fr. 150.– geltend. Dieser Betrag erscheint angemessen und ist zu be- rücksichtigen.

- 19 - ad 6) Als Berufsauslage macht der Gesuchsteller Mobilitätskosten von Fr. 280.– pro Monat für ein Generalabonnement geltend. Der Arbeitsort des Ge- suchstellers befindet sich in H.\_\_\_\_\_, während er seinen Wohnsitz in G.\_\_\_\_\_ hat. Für die Strecke G.\_\_\_\_\_ - H.\_\_\_\_\_ ist in der Tat ein Generalabonnement (Kostenpunkt Fr. 3'550.–, www.sbb.ch) günstiger als ein Streckenabonnement (Kostenpunkt: Fr. 4'230.–, www.sbb.ch). Auch die Tatsache, dass sich der Ge- suchsteller eine Zweitwohnung in H.\_\_\_\_\_ gemietet hat, um unter der Woche nicht pendeln zu müssen, ändert daran nichts. Die Rückkehr am Wochenende mit rund acht Einzelfahrten von G.\_\_\_\_\_ nach H.\_\_\_\_\_ würde Kosten von rund Fr. 4'700.– nach sich ziehen. Es ist damit ausgewiesen, dass für den Gesuchsteller ein Generalabonnement die günstigste Variante für die Bewältigung seines Ar- beitsweges ist und die Kosten entsprechend anzurechnen sind. ad 7) Der Gesuchsteller macht im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erst- mals Kosten für auswärtige Verpflegung geltend. Sein Arbeitsweg beträgt indes von der Mietwohnung in H.\_\_\_\_\_ aus lediglich 700 Meter und ist damit zu Fuss in unter 10 Minuten zurückzulegen. Für ihn besteht damit die Möglichkeit, sich zu Hause zu verpflegen. ad 8) Der vom Gesuchsteller geltend gemachte Betrag von Fr. 105.– für Kla- vierunterricht ist im Bedarf nicht zu berücksichtigen. Es mag zutreffen, dass der entsprechende Betrag zur angemessenen Lebenshaltung des Gesuchstellers ge- hört und damit im Rahmen des familienrechtlichen Bedarfs zu berücksichtigen ist. Zum zivilprozessualen Bedarf zur Beurteilung der Mittellosigkeit gehört ein ent- sprechender Betrag indes nicht. Dies gilt umso mehr, als dass der Betrag weder in der Höhe ausgewiesen ist, noch die Notwendigkeit für die Ausübung der (Ne- ben)-Tätigkeit als Chorleiter dargetan wurde. ad 9) Der Gesuchsteller macht für Steuerbetreffnisse Fr. 300.– geltend. Die- ser Betrag erscheint plausibel und ist folglich einzusetzen. ad 10) Gemäss Ziff. III.4 des Kreisschreibens sind rechtlich oder moralisch geschuldete Unterhaltsbeiträge im Bedarf zu berücksichtigen. Der Gesuchsteller ist aufgrund der mit Verfügung vom 11. April 2012 genehmigten Parteivereinba-

- 20 - rung über vorsorgliche Massnahmen verpflichtet, pro Kind Fr. 900.– Kinderunter- haltsbeiträge zuzüglich der Betreuungszulage von Fr. 180.– sowie einen Unter- haltsbeitrag für die Gesuchstellerin persönlich von Fr. 1'000.– pro Monat zu be- zahlen (vgl. VI-Urk. 51). b) Diesem Bedarf steht ein Einkommen des Gesuchstellers von durchschnitt- lich Fr. 5'800.– aus der 80%-Tätigkeit als Berufsbildner Uhrmacher in H.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 20/3/7-17) und Fr. 1'020.– aus der 20%-Tätigkeit als Chorleiter in I.\_\_\_\_\_ (vgl. VI-Urk. 5/4 und 5/5 sowie Urk. 20/2), also gesamthaft Fr. 6'820.– ge- gegenüber. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 14 S. 9) ist nicht vom 100%- Pensum des Gesuchstellers als Berufsbildner Uhrmacher auszuge- hen. Der Gesuchsteller bewältigt mit seinen beiden Anstellungen bereits ein 100%-Pensum. Mehr kann von ihm nicht erwartet werden. Insbesondere ist es nicht möglich, ihn nach erfolgter Reduktion seines 100%-Pensums als Berufsbild- ner zu verpflichten, das Pensum wieder auf ein überobligatorisches Mass zu er- höhen. c) Der Gesuchsteller verfügt sodann über kein namhaftes Vermögen. Die bei- den Konti weisen per Anfang Juni 2013 einen Saldo von Fr. 26.– und Fr. 316.– auf (Urk. 20/4). Dem Cello ist ein Verkaufswert von rund Fr. 15'000.– anzurech- nen. Über weiteres, für die Finanzierung des Prozesses relevantes Vermögen verfügt der Gesuchsteller nicht. Die von der Vorinstanz berücksichtigten Linth Möbel weisen aufgrund ihres Alters (Kauf im Jahr

1999, vgl. Urk. 1 S. 4) kaum noch einen massgeblichen Wert auf. Das gleiche gilt für die beiden Bilderrahmen (Kauf im Jahr 1992 bzw. 1995, Urk. 1 S. 4 f.). Überdies stellen sowohl die Linth- Möbel als auch die Bilderrahmen als Einrichtungsgegenstände notorischerweise Kompetenzgut dar, welches nicht zum Zwecke der Prozessfinanzierung veräussert werden muss. Bei der einzelnen Modelleisenbahn, welche kein Markenprodukt zu sein scheint (vgl. Urk. 1 S. 5), ist ebenfalls nicht davon auszugehen, dass bei einem Verkauf ein bedeutender Erlös erzielt werden könnte. Das Klavier stellt sodann Kompetenzgut des Gesuchstellers dar, da er dieses zur Ausübung seiner Tätigkeit als Chorleiter benötigt (vgl. Urk. 1 S. 5). Die verfügbaren Vermögenswerte des Gesuchstellers im Betrag von gesamthaft rund Fr. 15'350.– unterschreiten

- 21 - damit den von der Vorinstanz korrekterweise auf Fr. 20'000.– angesetzten Notgroschen und können daher nicht zur Finanzierung des Prozesses beitragen. d) Zusammenfassend besteht auf Seiten des Gesuchstellers nach Bezahlung der Unterhaltsbeiträge ein Überschuss von rund Fr. 150.–. Die zu erwartenden Anwaltskosten des Beschwerdeverfahrens richten sich nach den Bestimmungen der Verordnung über die Anwaltsgebühren des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (fortan AnwGebV). Nach deren § 5 Abs. 1, 10 Abs. 1 lit. b und 13 Abs. 1 AnwGebV ist für das Beschwerdeverfahren mit Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 3'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu rechnen. Der Überschuss reicht damit nicht aus, um die mutmasslichen Anwaltskosten innert zwei Jahren zu begleichen. Der Gesuchsteller ist daher als mittellos zu bezeichnen. Da - wie nachfolgend gezeigt wird - die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin nicht abschliessend beurteilt werden können (vgl. Ziff. III.2.3), kann der Gesuchsteller auch nicht darauf verwiesen werden, einen Prozesskostenvorschuss erhältlich zu machen. Da die Beschwerde - wie die obigen Ausführungen zeigen - nicht aussichtslos ist und der rechtsunkundige Gesuchsteller zur Wahrung seiner Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen ist, ist ihm in der Person von Rechtsanwältin Dr. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

### **E. 2.3**

Der Gesuchstellerin kann die unentgeltliche Rechtsverteidigung hingegen nicht bewilligt werden. Im Beschwerdeverfahren führte sie mit Bezug auf ihr Vermögen u.a. aus, über zwei Liegenschaften in der C.\_\_\_\_\_ zu verfügen. Ihr gehöre die 42 m<sup>2</sup> umfassende 1.5-Zimmer-Wohnung in D.\_\_\_\_\_, welche sich in einem schlechten Zustand befinde. Die Wohnung sei im Jahre 1966 gebaut worden und seither nicht mehr renoviert oder saniert worden, mit Ausnahme eines Anstrichs sowie der Ersetzung einer WC-Schüssel und der Duschbatterie (Urk. 27/11 S. 4 und 20 sowie Urk. 27/21 S. 2). Im Weiteren sei sie zusammen mit ihrem Cousin Miteigentümerin des alten Steinhauses in E.\_\_\_\_\_, welches keine sanitären Anlagen aufweise und zurzeit unbewohnt sei (Urk. 27/1 S. 4). Mit Verfügung vom 27. Mai 2013 wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, zur Beurteilung ihres Armenrechtsgesuchs im Beschwerdeverfahren u.a. Unterlagen

- 22 - zum Wert der in ihrem Eigentum stehenden Liegenschaften in der C.\_\_\_\_\_ einzureichen, mit der Androhung, dass bei unterlassener oder unvollständiger Einreichung der Unterlagen dies vom Gericht nach Art. 164 ZPO gewürdigt werde (Urk. 27/11). Daraufhin reichte die Gesuchstellerin nebst weiteren Unterlagen eine in ... Sprache [Sprache des Staates C.\_\_\_\_\_] verfasste Schätzung der Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_ ins Recht (Urk. 27/20/15) und stellte die Einreichung einer Übersetzung sowie eine Schätzung für die 1.5-Zimmer-Wohnung in D.\_\_\_\_\_ samt Übersetzung in Aussicht (Urk. 27/17B und Urk.

27/18). Mit Schreiben vom 9. Juli 2013 teilte die Gesuchstellerin dem Gericht indes mit, dass die Schätzung für die Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ trotz mehrmaligem Nachhaken nicht eingetroffen und eine Übersetzung der Liegenschaftsschätzung für E.\_\_\_\_\_ zu kostenaufwändig sei (Urk. 27/21), weshalb auf die Einreichung derselbigen verzichtet werde. Die spätere Einreichung der Schätzung für die Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ stellt die Gesuchstellerin in diesem Schreiben nicht in Aussicht, sondern begnügt sich mit dem Hinweis, die Schätzung sei nicht bei ihr eingetroffen. Gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO hat die gesuchstellende Person im Falle eines Armenrechtsgesuchs ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. Es besteht mithin eine umfassende Mitwirkungspflicht bezüglich der Darlegung der geltend gemachten Bedürftigkeit. Nur bei vollständiger Kenntnis der gesamten finanziellen Verhältnissen kann nämlich beurteilt werden, ob und allenfalls in welchem Umfang der gesuchstellenden Person die Beanspruchung ihres Vermögens nicht nur möglich, sondern auch zumutbar ist. Als Obliegenheit kann die Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht erzwungen werden, jedoch hat die gesuchstellende Person die Folgen einer fehlenden oder mangelnden Darlegung oder Beweislegung zu tragen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 119 N 6). Die Entscheidbehörde ist zwar aufgrund des geltenden beschränkten Untersuchungsgrundsatzes gehalten, den Sachverhalt bei Unklarheiten oder Unstimmigkeiten genauer abzuklären und die gesuchstellende Person auf eine allfällige mangelhafte Gesuchsbegründung oder fehlende Unterlagen hinzuweisen (vgl. Erw. II.3.2.f). Zur Abklärung des Sachverhalts in jederdenkli-

- 23 - che Richtung oder gar zur Überprüfung sämtlicher aufgestellter Behauptungen von Amtes wegen ist die Entscheidbehörde aber nicht verpflichtet. Obwohl vorliegend aus der ... [Sprache des Staates C.\_\_\_\_\_] verfassten Schätzung der Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_ auch ohne Übersetzung hervorgeht, dass die entsprechende Liegenschaft einen Wert von € 9'200.00 aufweist, ist nach wie vor unklar, was für einen Wert die Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ aufweist. Die Gesuchstellerin wurde ausdrücklich aufgefordert, hierzu Unterlagen einzureichen. Dies hat sie unterlassen. Dass der Wert der Liegenschaft sich aus einer (amtlichen) Schätzung ergeben müsse, wurde von der Gesuchstellerin nicht verlangt. Es ist vor diesem Hintergrund nicht verständlich, weshalb die Gesuchstellerin den Wert der Liegenschaft nicht auf andere Weise darzutun versuchte. Es wäre ihr freigestanden, etwa durch die Einreichung des ursprünglichen Kaufvertrages oder einer ... Steuererklärung [des Staates C.\_\_\_\_\_] (es ist davon auszugehen, dass das Liegenschaftsvermögen der Gesuchstellerin in der C.\_\_\_\_\_ versteuert wird) den Wert der Liegenschaft glaubhaft zu machen. Gemäss "Grundbuchauszug" (VI-Urk. 67/2 S. 1 f.) besteht der Erwerbstitel aus einem Vertrag vom 10. Oktober 2002. Auch die behauptete Belastung der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ mit einem lebenslangen Wohnrecht der Eltern (vgl. Urk. 27/21 S. 1) wird von der Gesuchstellerin nicht belegt. Sie offeriert zwar den Vater als Zeugen; im summarischen Verfahren ist die Einvernahme eines Zeugen indes nicht zugänglich, insbesondere da es der Gesuchstellerin zumutbar gewesen wäre, eine schriftliche Bestätigung der Eltern hierzu einzureichen. Vor diesem Hintergrund ist es dem Gericht nicht möglich, die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin abschliessend zu beurteilen. Eine weitere Fristansetzung zur Konkretisierung bzw. zur Einreichung von Unterlagen ist nicht angezeigt, zumal die Gesuchstellerin - wie erwähnt - bereits mit Verfügung vom 27. Mai 2013 zur Mitwirkung angehalten wurde. Abschliessend ist damit festzuhalten, dass das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren infolge fehlender

Überprüfbarkeit der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin abzuweisen ist.

- 24 - Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Gegen diesen Entscheid erhoben beide Parteien mit Eingaben vom 16. November 2012 (Urk. 1) bzw. 19. November 2012 (Urk. 27/1) innert Frist Beschwerde. Die Erstbeschwerde des Gesuchstellers wurde unter der Prozessnummer PC120053 und die Zweitbeschwerde der Gesuchstellerin unter der Prozessnummer PC120055 angelegt.

- 3 -

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz begründet die Abweisung des prozessualen Antrages der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, mit ihrer fehlenden Mittellosigkeit. Sie erwog diesbezüglich, dass die Gesuchstellerin über unbewegliches Vermögen in Form einer 1.5-Zimmer-Wohnung in D.\_\_\_\_\_ [Stadt des Staates C.\_\_\_\_\_] verfüge. Zwar habe sich die Gesuchstellerin im Rahmen der Befragung zur unentgeltlichen Rechtspflege nicht zum Wert der Wohnung geäußert, doch habe sie in der Instruktionsverhandlung vom 11. September 2012 bestätigt, dass diese zusammen mit einer 1-Zimmer-Wohnung ihrer Eltern und einem altem Steinhaus insgesamt € 300'000.– wert sei. Aufgrund der geltenden Mitwirkungspflicht der Parteien müsse sich das Gericht auf diesen angegebenen Wert verlassen können und es sei davon auszugehen, dass die 1.5-Zimmer-Wohnung der Gesuchstellerin mindestens einen Drittel des angegebenen Gesamtwertes der drei erwähnten Liegenschaften ausmache. Damit weise die Liegenschaft der Gesuchstellerin einen Wert von rund Fr. 120'000.– auf. Die Gesuchstellerin habe keine Behauptungen zu allfälligen Schulden im Zusammenhang mit der Liegenschaft, zur hypothekarischen Belastung oder einem allfällig geringen Nettoerlös aus einem Verkauf der Liegenschaft aufgestellt, weshalb davon auszugehen sei, dass sich die betreffenden Tatsachen nicht verwirklicht hätten. Demzufolge rechtfertige sich die Annahme, dass die Gesuchstellerin aus einem Verkauf der 1.5-Zimmer-Wohnung einen substantiellen Nettoertrag von mehreren € 10'000.– bis an die € 120'000.–

- 6 - realisieren könne. Die Gesuchstellerin sei damit in der Lage, ihren Anteil an den mutmasslichen Prozesskosten von Fr. 18'200.– (hälftige Gerichtskosten von Fr. 5'200.– und Anwaltskosten von rund Fr. 13'000.–) innert zwei Jahren zu tilgen, da ihr für die Liquidierung des Vermögens aus der Liegenschaft genügend Zeit verbleibe, da die Gerichtskosten ratenweise bezahlt werden könnten und die Gesuchstellerin daneben noch über Buchgeld verfüge (Urk. 2 S. 9-12). Das Armenrechtsgesuch des Gesuchstellers wies die Vorinstanz mit Verweis auf das Vermögen der Gesuchstellerin ab. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege komme nur subsidiär zum Zuge und der Gesuchsteller habe es versäumt, ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen (Urk. 2 S. 12).

#### **E. 3.2**

Vermögen der Gesuchstellerin a) Da sowohl der prozessuale Antrag der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, als auch das Armenrechtsgesuch des Gesuchstellers aufgrund der fehlenden Mittellosigkeit der Gesuchstellerin infolge unbeweglichen Vermögens in Form von

Grundeigentum in der C.\_\_\_\_\_ abgewiesen wurde, ist zunächst darauf einzugehen. b) Die Gesuchstellerin stellt sich in der Beschwerde zusammengefasst auf den Standpunkt, dass die dem abweisenden Entscheid zugrunde gelegte Wertangabe bezüglich dem Liegenschaftsvermögen in der C.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer informellen Instruktionsverhandlung gemacht worden sein soll, welche als unpräjudizielle Vergleichsverhandlung weder hätte protokolliert, noch im Entscheidfall hätte inhaltlich verwendet werden dürfen (Urk. 27/1 S. 5 ff.). Weiter sei der Betrag von € 300'000 weder von der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin noch von dieser selber genannt oder bestätigt worden. Vielmehr habe die Rechtsvertreterin den Wert von Fr. 30'000.– genannt, wobei in der Folge der Betrag von 300'000 (wobei stets unklar geblieben sei, ob es sich dabei um Franken oder Euro handle) im Raum gestanden sei, ohne dass genau nachvollzogen werden könne, wer diesen Betrag aufgebracht habe (Urk. 24/1 S. 8). Ferner sei zu bedenken, dass die An-

- 7 - gaben der (an den Verhandlungen jeweils) sehr verwirrten Gesuchstellerin, welche überdies eine blossе, unfundierte Schätzung darstellten, nicht als Basis eines Entscheides genommen werden dürften, ohne diesbezüglich genauere Unterlagen einzuholen (Urk. 27/1 S. 10). Schliesslich hätten die Parteien aufgrund der mündlichen Zusicherung des zuständigen Einzelrichters zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege anlässlich der informellen Instruktionsverhandlung vom 4. Juli 2012 aufgrund von Treu und Glauben Anspruch auf die Erteilung derselben (Urk. 24/1 S. 8). c) Der Gesuchsteller beruft sich in Übereinstimmung mit der Gesuchstellerin darauf, dass die vermeintliche Wertangabe zu dem Grundeigentum in der C.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer informellen Instruktionsverhandlung gemacht worden sei und nicht hätte protokolliert und im Entscheid verwendet werden dürfen (Urk. 1 S. 7). Sodann habe er keine Gelegenheit erhalten, zum Wert der betreffenden Liegenschaften Stellung zu nehmen, obwohl dies für seinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege von Bedeutung gewesen sei. Ihm sei damit das rechtliche Gehör verweigert worden (Urk. 1 S. 7). Den Wert der Liegenschaft der Gesuchstellerin beziffert der Gesuchsteller im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mit rund Fr. 20'000.– (Urk. 1 S. 8). d) Die Vorinstanz hat die Rüge der Parteien mit Bezug auf die Unzulässigkeit der Protokollierung der informellen Instruktionsverhandlung im Rahmen des von der Gesuchstellerin gestellten Protokollberichtigungsbegehrens behandelt. Mit Entscheid vom 5. April 2013 hat sie es abgelehnt, die von der Gesuchstellerin gemachten Äusserungen zum Wert des Liegenschaftsvermögens in der C.\_\_\_\_\_ aus dem Protokoll zu streichen (Urk. 9 S. 12 f.). Dieser Entscheid wurde von keiner der Parteien angefochten, weshalb er in Rechtskraft erwachsen ist. Gleich verhält es sich mit den Einwänden der Gesuchstellerin, wonach das Protokoll unrichtig (falscher Betrag) und unvollständig (fehlende Aufnahme der einzelrichterlichen Zusicherung der unentgeltlichen Rechtspflege) sei. Auch diesbezüglich lehnte die Vorinstanz eine Berichtigung des Protokolls ab (Urk. 12 S. 13), ohne dass dieser Entscheid angefochten worden wäre. Damit ist für das Beschwerdeverfahren vom Sachverhalt auszugehen, wie er im Protokoll des vorinstanzlichen Ver-

- 8 - fahrens festgehalten ist. Danach hat die Gesuchstellerin anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 11. September 2012 den Wert der 1.5 Zimmer Wohnung in D.\_\_\_\_\_ zusammen mit der 1-Zimmer-Wohnung ihrer Eltern und einem alten Steinhaus mit € 300'000 angegeben. In der Folge ist damit einzig auf die Rüge der Gesuchstellerin, wonach die Vorinstanz ohne weitere Abklärungen nicht hätte auf diese Angabe abstellen dürfen, sowie diejenige des Gesuchstellers, wonach ihm das rechtliche Gehör zu der Wertangabe

verweigert worden sei, einzugehen. e) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, sind Immobilien als Vermögen zu berücksichtigen. Es ist indessen zu beachten, dass eine Liegenschaft, obwohl sie meist einen deutlichen Aktivenüberschuss aufweist, den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht automatisch entfallen lässt. Vielmehr ist im Einzelfall abzuklären, ob die im Grundstück gebundenen Mittel zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden können. Der gesuchstellenden Partei kann grundsätzlich zugemutet werden, ihr Grundstück im Rahmen der Möglichkeiten hypothekarisch zu belasten oder die zur Prozessfinanzierung notwendigen Mittel durch Vermietung oder Veräusserung der Liegenschaft zu besorgen. Letzteres setzt allerdings voraus, dass die gesuchstellende Partei alleine über das Grundstück verfügen kann, diesem kein Kompetenzcharakter zukommt, sich der Verkauf innert nützlicher Frist ohne Wertverlust bewerkstelligen lässt und mit einem die Prozesskosten deckenden Erlös zu rechnen ist (Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Basel 2008, S. 87 f.). f) Mit Blick auf die in der Liegenschaft/den Liegenschaften in der C. \_\_\_\_\_ gebundenen Mittel stellen sich einige Fragen. Die Vorinstanz trifft diesbezüglich zahlreiche Annahmen. So geht sie zum einen ohne nähere Begründung davon aus, dass von den drei erwähnten Liegenschaften lediglich eine im Eigentum der Gesuchstellerin stehe, namentlich die 1.5-Zimmer-Wohnung in D. \_\_\_\_\_. Der von der Gesuchstellerin genannte Wert für die drei Liegenschaften von gesamthaft € 300'000 hält die Vorinstanz für verlässlich. Für die Bestimmung des konkreten Wertes der nach Meinung der Vorinstanz im Eigentum der Gesuchstellerin stehenden 1.5-Zimmerwohnung in D. \_\_\_\_\_ geht die Vorinstanz von einem Drittel des genannten Betrages von € 300'000 aus. Aus der Tatsache,

- 9 - stellerin sich nicht zu allfälligen Schulden, hypothekarischen Belastungen oder zu erwartendem geringen Nettoerlös geäußert hat, schliesst die Vorinstanz, dass sich diese anspruchshemmenden Tatsachen nicht verwirklicht hätten. Die Vorinstanz verkennt dabei aber, dass das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege vom beschränkten Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, weshalb dem Gericht eine verstärkte Fragepflicht obliegt. So hat das Gericht seine Fragepflicht auszuüben und die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (Daniel Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 31 ff., N 36 mit Hinweisen). Bestehen noch Unsicherheiten oder Unklarheiten muss der Sachverhalt weiter abgeklärt werden (vgl. Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 18 f.) g) Vorliegend sind die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin mit Bezug auf das Immobilienvermögen in der C. \_\_\_\_\_ alles andere als klar. Zunächst ist unklar, welche der Liegenschaften überhaupt im Eigentum der Gesuchstellerin steht bzw. stehen. Klar erscheint einzig, dass die Gesuchstellerin Eigentümerin einer 1.5-Zimmer-Wohnung in D. \_\_\_\_\_ ist, was aus den im Recht liegenden Grundbuchauszügen hervorgeht (vgl. VI-Urk. 67/2). Eine weitere 1-Zimmer-Wohnung scheint den Eltern der Gesuchstellerin zu gehören. In wessen Eigentum das alte Steinhaus in E. \_\_\_\_\_ [Stadt des Staates C. \_\_\_\_\_] steht, ist aus den vorinstanzlichen Akten nicht ersichtlich. Die Vorinstanz geht ohne weitere Begründung davon aus, dass die Gesuchstellerin lediglich Eigentümerin der 1.5-Zimmer-Wohnung in D. \_\_\_\_\_ sei. Weshalb vor diesem Hintergrund die Wertangabe des Liegenschaftsvermögens für drei Liegenschaften erfolgt ist, ist nicht klar. Unzweifelhaft darf für die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Person nur dasjenige Vermögen herangezogen werden, welches effektiv ihr gehört. Blosser

Anwartschaften sind nicht zu berücksichtigen. Eine konkrete Bezifferung des Wertes derjenigen Liegenschaft(en), welche der Gesuchstellerin gehört bzw. gehören, ist den Akten nicht zu entnehmen. Die Vorinstanz hat den Wert der ihrer Meinung nach der Gesuchstellerin zuzurechnenden Wohnung sodann von sich aus durch dritteln des angegebenen Wertes ermit-

- 10 - telt. Diese Vorgehensweise vermag nicht zu überzeugen. Die Vorinstanz verfällt dabei in Spekulationen. Die Vorinstanz hätte zunächst nachfragen müssen, welche Liegenschaften im Eigentum der Gesuchstellerin stehen, und sie dann zu einer konkreten Bezifferung des Wertes ausschliesslich dieser Liegenschaften anhalten müssen. Im Weiteren weckt bereits die Wertangabe der Gesuchstellerin von € 300'000 für die drei Liegenschaften Zweifel. Der Vorinstanz war bekannt, dass die 1.5-Zimmer-Wohnung in D.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin vor rund 20 Jahren übertragen wurde (vgl. VI-Prot. S. 24), was einen Rückschluss auf den Ausbaustandard zulässt. Dem Grundbuchauszug ist sodann zu entnehmen, dass die gesamte Grundstücksfläche 591 m<sup>2</sup> beträgt und die Gesuchstellerin als Eigentümerin der Wohnung Nr. 7 im 2. Stock eingetragen ist. Als Erwerbstitel ist ein Vertrag über die Übertragung ... vom 10. Oktober 2002 aufgeführt (VI-Urk. 67/2). Zur zweiten, im Eigentum der Eltern der Gesuchstellerin stehenden Wohnung lassen sich dem Grundbuchauszug (Urk. 67/2) analoge Angaben entnehmen (Grundstücksfläche total 1'011 m<sup>2</sup>, Wohnung Nr. 4 im 1. Stock, Erwerbstitel: Vertrag über die Übertragung ... vom 25. September 2000 und über den Einbau ... vom 5. Dezember 2001). Bei der dritten Liegenschaft handelt es sich um ein altes Steinhaus ohne sanitäre Anlagen. Bei diesem Kenntnisstand diesen drei Liegenschaften ohne weitere Abklärungen einzig gestützt auf die Angabe der Gesuchstellerin einen Wert von rund Fr. 365'000.- zuzumessen, erscheint gerade mit Blick auf das notorisch tiefe Preisniveau in der C.\_\_\_\_\_ - gewagt. Der Verweis auf die Mitwirkungspflicht der Parteien, welche dazu führe, dass sich das Gericht auf die gemachten Angaben verlassen können müsse, ist unbehelflich. Auf erkennbar mangelhafte Angaben darf das Gericht - auch bei einer vertretenen Partei - nicht abstellen (BGer 5P.376/2003 vom 23. Dezember 2003, Erw. 2.4). Die Tatsache, dass die Wertbezifferung mit € 300'000 zumindest fragwürdig anmutet, hätte die Vorinstanz - wie von der Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren geltend gemacht - veranlassen müssen, genauere Abklärungen zu treffen und sich nicht unbesehen auf die von der Gesuchstellerin als Laiin gemachten Angaben zu verlassen.

- 11 - Dass sich die Gesuchstellerin sodann nicht zu allfälligen Schulden oder einer hypothekarischen Belastung geäußert hat, kann nicht dahingehend interpretiert werden, dass keine solchen bestehen. Vielmehr hätte die Vorinstanz die Gesuchstellerin auffordern müssen, sich hierzu zu äussern. Verfehlt ist weiter die Auffassung der Vorinstanz, die fehlende Behauptung der Gesuchstellerin zu einem zu erwartenden Nettoerlös rechtfertige die Annahme, sie könne bei einem Verkauf mehrere € 10'000 bis an die € 120'000 realisieren. Vielmehr hätte die Vorinstanz die Gesuchstellerin auch diesbezüglich anhalten müssen, sich über einen zu erwartenden Nettoerlös zu äussern. Auch die Annahme der Vorinstanz, der Gesuchstellerin verbleibe für die Liquidierung des in der Liegenschaft gebundene Vermögens genügend Zeit, stellt eine reine Mutmassung dar. Ob die betreffende 1.5-Zimmer-Wohnung der Gesuchstellerin - welche zur Zeit noch von ihren Eltern bewohnt wird (vgl. VI-Prot. S. 23) - auf dem Wohnungsmarkt in D.\_\_\_\_\_ innert nützlicher Frist (ohne Wertverlust) verkauft werden kann, ist nicht bekannt. g) Gesamthaft kann damit festgehalten werden, dass nicht geklärt ist, wie sich das Liegenschaftsvermögen der

Gesuchstellerin in der C.\_\_\_\_\_ zusammensetzt, welchen Wert das Liegenschaftsvermögen der Gesuchstellerin aufweist, ob die Liegenschaft(en) hypothekarisch belastet ist resp. sind oder werden kann resp. können, ob sich der Verkauf innert nützlicher Frist ohne Wertverlust bewerkstelligen lässt und mit einem die Prozesskosten deckenden Erlös zu rechnen wäre. Mithin präsentiert sich der Sachverhalt als illiquide und hätte mit Blick auf den geltenden Untersuchungsgrundsatz genauer abgeklärt werden müssen. Wie die Gesuchstellerin zutreffend ausführt, ist ein blosses Abstellen auf die Angaben der Gesuchstellerin ohne weitere Abklärungen im konkreten Fall nicht zulässig. Ein abschlägiger Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege lässt sich daher mit dem Verweis auf das Immobilienvermögen der Gesuchstellerin in dieser Form nicht begründen. Zu viele entscheiderelevanten Fakten liegen im Dunkeln. Bei dieser Sachlage ist das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, um den Sachverhalt mit Bezug auf das Immobilienvermögen der Gesuchstellerin im Sinne der Erwägungen hinreichend abzuklären. Dem Gesuchsteller wird zu den von der Gesuchstellerin in diesem Zusammenhang gemachten Angaben das rechtliche Gehör zu gewähren sein. Weitere Ausführungen zur Rüge des Gesuchstellers,

- 12 - ihm sei mit Bezug auf die Wertbeifferung des Immobilienvermögens das rechtliche Gehör verweigert worden, erübrigen sich vor diesem Hintergrund.

### **E. 3.3**

Vermögen Gesuchsteller a) Die Vorinstanz ging von liquidem oder innert nützlicher Zeit liquidierbarem Vermögen des Gesuchstellers in der Höhe von ca. Fr. 27'650.– aus. In die Berechnung miteinbezogen wurde dabei neben dem Buchgeld auf drei Konten das Cello des Gesuchstellers. Weitere Ausführungen wurden mit Bezug auf das gesuchstellerische Vermögen zu Linth-Möbeln, zwei Bilderrahmen, einem Klavier sowie Modelleisenbahnen gemacht (vgl. Urk. 2 S. 8), wobei nicht klar hervorgeht, ob diese Vermögenswerte Bestandteil des liquiden Vermögens von Fr. 27'650.– sind. Der Gesuchsteller kritisiert in seiner Beschwerde, die Vorinstanz gehe von einem zu hohen Vermögen seinerseits aus. Anstelle der veranschlagten Fr. 27'650.– sei lediglich von Vermögenswerten mit einem Wert von Fr. 21'880.– auszugehen. Konkret moniert er die vorinstanzlichen Ausführungen zum Saldo des F.\_\_\_\_\_kontos, dem Verkaufswert des Cellos, den Linth-Möbeln, den Bilderrahmen, dem Klavier sowie der Modelleisenbahn. b) Die Vorinstanz hat den Gesuchsteller trotz vorhandener Vermögenswerte im Betrag von Fr. 27'650.– als nicht in der Lage erachtet, die mutmasslich anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten aus eigener Tasche zu bezahlen, da ihm unter Belassung eines Notgroschens von Fr. 20'000.– lediglich wenige tausend Franken zur Begleichung der voraussichtlich rund Fr. 18'200.– betragenden Kosten verbleiben würden (Urk. 2 S. 12). Die Ablehnung des Armenrechtsgesuchs erfolgte einzig aufgrund der Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin und dem unterlassenen Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses. Vor diesem Hintergrund muss auf das Vermögen des Gesuchstellers grundsätzlich nicht weiter eingegangen werden, da es für den abschlägigen Entscheid mit Bezug auf sein Armenrechtsgesuch keine Relevanz hatte. c) Nichtsdestotrotz ist der Vollständigkeit halber aber festzuhalten, dass sich die Vorinstanz bezüglich des Vermögens des Gesuchstellers auf einen falschen resp. illiquiden Sachverhalt stützt.

- 13 - Mit Bezug auf den Saldo des F.\_\_\_\_\_kontos hat die Vorinstanz auf die Aussage des Gesuchstellers im Rahmen der Befragung zur unentgeltlichen Rechtspflege abgestellt. Er führte dabei aus, auf dem F.\_\_\_\_\_konto seien ca. Fr. 900.– (vgl. Urk. 32 S. 1). Diese

Angabe widerspricht indes klarerweise dem im Recht liegenden Kontoauszug per 31. Dezember 2011, welcher ein Guthaben von Fr. 124.55 ausweist (VI-Urk. 30/24/3). Darauf ist abzustellen. Die Vorinstanz ging davon aus, der Gesuchsteller verfüge aufgrund seiner Tätigkeit als Chorleiter in der Musikbranche über gute Kontakte zu potentiellen Käufern und könne daher einen Verkaufspreis für sein Cello von mindestens Fr. 20'000.– erzielen. Unabhängig davon, dass die vorinstanzlichen Ausführungen über die guten Kontakte in der Musikbranche reine Mutmassungen darstellen, ist dem Gesuchsteller beizupflichten, dass dem Protokoll der Befragung zur unentgeltlichen Rechtspflege entnommen werden kann, dass er einen Verkaufswert von Fr. 15'000.– angegeben hatte. Lediglich für den Fall, dass jemand genau dieses Cello suchen würde (und es daher einen subjektiven Wert aufweise), sei ein Verkaufspreis von Fr. 25'000.– denkbar. Aufgrund von unterstellten Kontakten einen Verkaufspreis von Fr. 20'000.– anzunehmen, erscheint vor diesem Hintergrund zu optimistisch. Den Linth-Möbeln und zwei Bilderrahmen wies die Vorinstanz sodann einen (nicht weiter bezifferten) Wertanteil zu, welcher zur Bestreitung der Prozesskosten herangezogen werden könne. Auch diesbezüglich verfällt die Vorinstanz in Spekulationen. Dass die Linth-Möbel den gewöhnlichen Einrichtungsstandard übersteigen, da sie aus dem Verkauf eines Kontrabasses finanziert worden seien (vgl. Urk. 2 S. 8), ist eine blosser Annahme. Der Verkaufserlös des Kontrabasses und damit auch der Kaufpreis der Möbel ist unbekannt. Überdies ist nicht ersichtlich, wann die besagten Möbel erworben worden sind. Das Alter und der Zustand der Möbel sind für den heutigen Wert (und nur darauf kommt es an) aber von grundlegender Bedeutung. Wenn die Vorinstanz einen allfälligen Verkaufswert der Linth-Möbel zur Prozessfinanzierung heranziehen möchte, hätte sie den entsprechenden Wert der Möbel genauer abklären müssen. Insbesondere hat sie auch ausser Acht gelassen, dass die Möbel als Einrichtungsgegenstände möglicher-

- 14 - weise Kompetenzgut darstellen. Auch mit Bezug auf die beiden Bilderrahmen ist nicht ersichtlich, woraus die Vorinstanz einen massgeblichen Wertanteil herleitet. Der Gesuchsteller hatte anlässlich der Befragung zur unentgeltlichen Rechtspflege auf die Frage nach dem Wert von zwei Bildern ausgeführt, dabei würde es sich um Poster handeln, welche rund Fr. 50.– gekostet hätten. Teuer seien nur die Rahmen gewesen (vgl. Urk. 32 S. 2). Aus dieser Aussage einen Vermögenswert abzuleiten, der massgeblich zur Finanzierung des Prozesses beitragen könnte, geht nicht an. Über den genauen Wert der Rahmen ist nämlich nichts bekannt. Der Sachverhalt ist bezüglich dieses Vermögenswertes illiquide. Hinsichtlich des Klaviers unterstellt die Vorinstanz einen nicht unerheblichen Nettoerlös im Falle eines Verkaufes. Einen Schätzwert habe der Gesuchsteller nicht abgegeben und ebenfalls nicht behauptet, dem Klavier komme Kompetenzqualität zu (Urk. 2 S. 8). Der Gesuchsteller wurde im Rahmen der Befragung zur unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu seinem Klavier befragt. Es ist daher nicht klar, wie alt und in welchem Zustand das Klavier ist, noch wofür der als Dirigent und Chorleiter tätige Gesuchsteller es verwendet. Die Ausführungen über den "nicht unerheblichen Nettoerlös" und die fehlende Kompetenzqualität stellen damit blosser Mutmassungen dar. Schliesslich geht die Vorinstanz auch mit Bezug auf die Modelleisenbahn des Gesuchstellers von einem nicht unerheblichen Nettoerlös im Falle eines Verkaufes aus. Modelleisenbahnen seien relativ kostspielige Gegenstände, würden naturgemäss meist in grösserer Anzahl angeschafft und würden häufig einen Sammlerwert aufweisen (Urk. 2 S. 8). Wiederum verfällt die Vorinstanz mit Bezug auf Wert und Anzahl der Vermögenswerte in Spekulationen. Der Gesuchsteller hatte auf die Frage, ob er einem teuren Hobby nachgehe, geantwortet: "Musik

und Modelleisenbahnen". Daraus abzuleiten, dass der Gesuchsteller eine grössere Anzahl kostspieliger Modelleisenbahnen mit einem Sammlerwert besitze, ist verfehlt. Aus den Akten geht nicht hervor, wie viele und welche Modelleisenbahnen der Gesuchsteller besitzt, ob es sich dabei um teure Markenprodukte handelt oder wie viel diese gekostet haben. Die Vorinstanz hat den Gesuchsteller auch nicht dazu befragt.

- 15 - Zusammengefasst besteht bezüglich der Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers kein liquider Sachverhalt. Klar erscheint einzig, dass das F.\_\_\_\_\_konto des Gesuchstellers am Stichtag per 31. Dezember 2011 einen Saldo von Fr. 124.55 aufgewiesen hat. Der Verkaufswert des Cellos ist sodann bei rund Fr. 15'000.- festzusetzen. d) Abschliessend kann festgehalten werden, dass das Armenrechtsgesuch des Gesuchstellers in erster Linie von der Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin abhängt. Erachtet die Vorinstanz die Gesuchstellerin nach weiteren Sachverhaltsabklärungen aufgrund ihres Immobilienvermögens in der C.\_\_\_\_\_ für leistungsfähig, ist das Armenrechtsgesuch des Gesuchstellers zufolge Subsidiarität der unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Ist die Gesuchstellerin hingegen trotz Liegenschaftsvermögen in der C.\_\_\_\_\_ nicht leistungsfähig, wird das Armenrechtsgesuch des Gesuchstellers aufgrund einer Gegenüberstellung seiner Einkünfte mit seinem Notbedarf von der Vorinstanz zu prüfen sein. Der Einwand der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsteller seinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ohnehin verwirkt habe, da er es unterlassen habe, ein Gesuch um Zuspreehung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen, erweist sich im Übrigen als unzutreffend (Urk. 14 S. 8). Zwar geht der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege dem Prozesskostenvorschuss aus der ehelichen Beistandspflicht nach. Dies ändert aber nichts daran, dass ein Prozesskostenvorschuss die Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraussetzt. Wird nicht von einer solchen ausgegangen, erübrigt sich auch ein entsprechender Antrag um Zuspreehung eines Prozesskostenvorschusses.

### **E. 3.5**

Zusammenfassung Für die Beurteilung der prozessualen Mittellosigkeit der Parteien ist der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt. Weitere Abklärungen sind mit Bezug auf das Immobilienvermögen der Gesuchstellerin in der C.\_\_\_\_\_ notwendig. Je nach Ergebnis wird sodann der Bedarf und die Einkünfte der Parteien ermittelt und einander gegenübergestellt werden müssen. Bei dieser Sachlage ist das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, um den Sachverhalt im Sinne der Erwägungen hinreichend abzuklären. Ein Entscheid der Beschwerdeinstanz über die Armenrechts-

- 16 - gesuche der Parteien für das erstinstanzliche Verfahren gestützt auf die von den Parteien im Beschwerdeverfahren zu ihren finanziellen Verhältnissen eingereichten Unterlagen fällt aufgrund des umfassenden Novenverbots ausser Betracht. Die entsprechenden Unterlagen können einzig mit Bezug auf die Armenrechtsgesuche der Parteien für das Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden. 4. Gerichtskostenvorschuss

### **E. 4**

Der Erstbeschwerde wurde mit Verfügung vom 20. November 2012 mit Bezug auf Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides (Auferlegung des Kostenvorschusses) die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 4).

### **E. 4.1**

Der Gesuchsteller beantragt die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides, wonach ihm Frist angesetzt wird, um für die Gerichtskosten einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu leisten. In der Begründung stellt er sich indes hauptsächlich gegen seine ihm in Dispositiv-Ziffer 4 zugeteilte Rolle als Kläger (Urk. 1 S. 9).

#### **E. 4.2**

Das Gericht kann gemäss Art. 288 Abs. 2 ZPO für das kontradiktorisch geführte Verfahren über die Scheidungsfolgen die Parteirollen verteilen. Dies hat es in Dispositiv-Ziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheides im Einverständnis der Parteien (vgl. VI-Prot. S. 40) getan. Diese Dispositiv-Ziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheides wurde nicht angefochten. Der Gesuchsteller hat sich daher mit der Klägerrolle im Scheidungsverfahren abzufinden. Ein Kostenvorschuss ist sodann gemäss Art. 98 ZPO vom Kläger zu beziehen. Dem Eventualantrag des Gesuchstellers, den Kostenvorschuss den Parteien hälftig aufzuerlegen, kann daher nicht stattgegeben werden.

#### **E. 4.3**

Nichtsdestotrotz ist Dispositiv-Ziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheides dem gesuchstellerischen Antrag entsprechend aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat nämlich die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen und den Gerichtskosten gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a und b ZPO zur Folge. Da die Vorinstanz über das Begehren der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen der Rückweisung nach Ergänzung des Sachverhalts erneut zu befinden hat, wird auch ein neuer Entscheid über die Auferlegung eines Gerichtskostenvorschusses zu fällen sein.

- 17 - III. 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens Da beide Beschwerden und die Rückweisung durch fehlerhaftes Vorgehen der Vorinstanz verursacht worden sind, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Hinweis auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für eine Entschädigung der Parteien aus der Gerichtskasse besteht indes keine gesetzliche Grundlage (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 26 zu Art. 107 ZPO). 2. Unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren

#### **E. 5**

Mit Beschluss vom 28. November 2012 wurden beide Beschwerdeverfahren sistiert, da die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ein Begehren um Protokollberichtigung anhängig gemacht hatte und eben selbiges Protokoll in weiten Teilen als Basis des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheides gedient hatte (Urk. 8). Nachdem die Vorinstanz mit Entscheid vom 5. April 2013 das Protokollberichtigungsbegehren der Gesuchstellerin abgewiesen hatte (Urk. 9), wurde die Sistierung mit Beschluss vom 16. Mai 2013 in beiden Verfahren aufgehoben (Urk. 10 und 24/10) und mit Verfügung vom 27. Mai 2013 Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen zwecks Beurteilung der Armenrechtsgesuche der Parteien in den Beschwerdeverfahren eingefordert (Urk. 13 und 27/11). Die jeweiligen Beschwerdeantworten der Parteien datieren vom 3. Juni 2013 (Urk. 14 bzw. Urk. 27/12) und wurden der Gegenseite jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 17 bzw. 27/15). Mit Eingaben vom 7. Juni 2013 (Urk. 18-20/1-5) resp. 24. Juni 2013 (Urk. 27/18-20/1-5) reichten die Parteien Unterlagen zur Beurteilung ihrer Armenrechtsgesuche ins Recht, welche der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt wurden.

## **E. 6**

Unter dem 5. Juli 2013 reichte der Gesuchsteller eine Noveneingabe ins Recht (Urk. 21). Die Gesuchstellerin ihrerseits reichte mit Eingabe vom 9. Juli 2013 eine abschliessende Stellungnahme zu ihren finanziellen Verhältnissen (Urk. 27/21) ein. Beide Eingaben wurden der Gegenseite jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt.

## **E. 7**

Am 18. Juli 2013 reichte der Gesuchsteller erneut ohne Aufforderung eine Stellungnahme ein (Urk. 27/24), welche der Gegenseite wiederum zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Unter dem Datum vom 29. Juli 2013 erklärte die Gesuchstellerin grundsätzlich den Verzicht auf weitere Stellungnahmen ihrerseits, fügte aber dennoch Ausführungen zu den Eingaben der Gegenseite an (vgl. Urk. 24 und 27/24). Diese letzte Eingabe der Gesuchstellerin kann der Gegenseite mit dem vorliegenden Endentscheid zugestellt werden, zumal der Gesuchsteller im

- 4 - vorliegenden Beschwerdeverfahren mit seinem Hauptantrag um Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz durchdringt und sein prozessuales Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren gutgeheissen wird. II. 1. Vorbemerkungen

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