

# ZH\_OBERGERICHT PC140040 vom 26. Januar 2015

ZH Obergericht, 2015-01-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC140040](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC140040)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC140040 du 26 janvier 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT PC140040 del 26 gennaio 2015

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien stehen sich vor der Vorinstanz seit dem 9. November 2012 im Scheidungsverfahren gegenüber (act. 5/1). Mit Verfügung vom 4. März 2013 gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung ihrer Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände. Die Gesuchstellerin, (Zweit-)Beschwerdeführerin und (Erst-)Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) war damals noch durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ vertreten (act. 5/27).

### E. 1.1

Entscheide über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege sind mit Beschwerde anfechtbar (vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 121 ZPO). Auf die schriftlich und begründet abgefassten, rechtzeitig eingereichten Beschwerden der Parteien ist somit einzutreten.

### E. 1.2

Die Beschwerde des Gesuchstellers wurde im Verfahren PC140041 angelegt, diejenige der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren PC140040. Beide Verfahren befinden sich im gleichen Stadium, und sie betreffen beide den rückwirkenden Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege wegen fehlender Mittellosigkeit. Das zentrale Thema ist in beiden Verfahren derselbe Vermögenswert, die eheliche Liegenschaft (Eigentumswohnung) der Parteien am C. \_\_\_\_\_-Strasse ... in D. \_\_\_\_\_ (act. 6 S. 3 ff.). Die Parteien sind je zur Hälfte Miteigentümer dieser Liegenschaft (act. 5/5B). Es rechtfertigt sich daher, die beiden Beschwerdeverfahren zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO) und sie unter der Geschäftsnummer PC140040 weiterzuführen. Das Verfahren PC140041 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

### E. 1.3

Die Gesuchstellerin rügt in prozessualer Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, da die Vorinstanz ihre Stellungnahme zur unentgeltlichen Rechtspflege vom 6. August 2014 (act. 4/4 = act. 5/115) nicht berücksichtigt habe (act. 2 S. 10). Dem ist nicht zu folgen. Die Vorinstanz thematisierte die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 6. August 2014 zwar nicht eingehend, aber sie verwies in der Begründung der angefochtenen Verfügung darauf (act. 6 S. 2). Der Gehörsanspruch der Parteien verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich in der Entscheidungsbegründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und jeden einzelnen Einwand abzuhandeln. Es genügt,

- 6 - wenn die wesentlichen Überlegungen aufgezeigt werden, die zum Entscheid führen (vgl. BK ZPO-HURNI, Art. 53 ZPO N 59-61).

### E. 1.4

Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gut, so entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls ist das Verfahren in Aufhebung des angefochtenen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 ZPO). 2. Zum Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege an sich:

## **E. 2**

An der Hauptverhandlung vom 2. April 2014 schlossen die Parteien eine Scheidungskonvention mit Widerrufsvorbehalt (Vi-Prot. S. 80, act. 5/76). Am 14. April 2014 widerrief die Gesuchstellerin fristgemäss ihr Einverständnis mit dieser Vereinbarung (act. 5/81).

### **E. 2.1**

Grundsätzlich wird eine Parteientschädigung nur auf Antrag zugesprochen (BGE 139 III 334 E. 4.3). Die Praxis des Bundesgerichts gemäss dem erwähnten Entscheid vom 23. September 2014 ist indes neu. Daher sind die Gesuche um unentgeltliche Rechtsvertretung für das Beschwerdeverfahren bzw. die Anträge auf Verpflichtung der (zivilprozessualen) Gegenpartei zur Bezahlung einer Parteientschädigung als Anträge auf Zusprechung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse zu interpretieren.

### **E. 2.2**

Beide Parteien unterliegen in grundsätzlicher Hinsicht, da der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege geschützt wird. Sie obsiegen aber mit Blick auf den Zeitpunkt, per welchen sich dieser Entzug auswirkt. Der mit dem heutigen Urteil angeordnete Entzug per 30. Juni 2015 stellt gegenüber dem angefochtenen rückwirkenden Entzug per 31. August 2013 ein Obsiegen beider Parteien in erheblichem Umfang dar, das mit 60% zu gewichten ist. Beiden Parteien ist daher eine auf 60% reduzierte Parteientschädigung aus der Kasse des Bezirksgerichts Bülach zuzusprechen.

- 19 - Insgesamt ist für das Beschwerdeverfahren über den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege eine Gebühr von Fr. 1'500.00 angemessen (§ 5 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Zur reduzierten Parteientschädigung von Fr. 900.00 ist seitens der Gesuchstellerin der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen. Dem Gesuchsteller ist ein solcher Zuschlag dagegen nicht zuzusprechen, weil er keinen entsprechenden Antrag stellte (vgl. Kreisreiben des Obergerichts vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

### **E. 2.3**

Soweit die Parteien unterliegen, ist über ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden. Das weiter oben zum von der Vorinstanz geweckten Vertrauen Gesagte (vorne II./4.) gilt auch hier. Das in der Liegenschaft gebundene Vermögen ist aktuell als nicht verfügbar zu betrachten, und es kann auch nicht vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens liquidiert werden. Beide Gesuchsteller sind daher aktuell als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten. Zudem waren die Beschwerdeanträge beider Parteien nicht aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO) und erscheint der Beizug einer Rechtsvertreterin nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO gerechtfertigt. Soweit die Gesuche nicht im Umfang der Zusprechung einer reduzierten Parteientschädigung abzuschreiben sind, ist beiden Parteien somit für das Beschwerdeverfahren eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Rechtsbeiständigen sind vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Insgesamt ist für das

Beschwerdeverfahren wie gesehen eine Gebühr von Fr. 1'500.00 angemessen. Im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsvertretung sind Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ daher noch mit Fr. 600.00 zu entschädigen. Zur Entschädigung ist bei beiden Rechtsvertreterinnen ein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (Rechtsanwältin Y.\_\_\_\_\_, die keinen solchen Antrag stellte, ist gemäss dem Vermerk auf ihrem Briefpapier, vgl. act. 2 S. 1 unten, offenbar mehrwertsteuerpflichtig; der Zuschlag ist danach von Amtes wegen zuzusprechen, vgl. Kreisschreiben des Obergerichts vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.2).

- 20 - Es wird beschlossen:

#### **E. 2.4**

Zusammenfassung der Parteivorbringen: Der Gesuchsteller stellt sich auf den Standpunkt, eine weitere Belehnung der ehelichen Eigentumswohnung sei nicht möglich. Sie zu verkaufen, sei nicht zumutbar, weil das zu einer massiven Erhöhung der Wohnkosten der Parteien führen würde (act. 8/2 S. 8). Die Gesuchstellerin bringt vor, sie lebe mit den Kindern in der ehelichen Eigentumswohnung. Diese sei zwar nicht hoch belastet, aber das darin gebundene Vermögen sei nicht ohne weiteres liquidierbar. Das dafür erforderliche Zusammenwirken der Parteien sei in ihrer strittigen Situation nicht zu erwarten. Zudem habe sie, die Gesuchstellerin, nur wenig Eigenmittel in die Liegenschaft investiert. Die Parteien stünden unter dem Güterstand der Gütertrennung. Es stehe nicht fest, ob sie, die Gesuchstellerin, mit einem allfälligen Erlösanteil für Prozess- und Anwaltskosten aufkommen könnte (vgl. act. 2 S. 5 f., S. 9).

#### **E. 2.5**

Möglichkeit einer weiteren Belehnung der Liegenschaft:

##### **E. 2.5.1**

Aus dem Grundbuchauszug über die eheliche Liegenschaft ergeben sich zwei Grundpfandrechte (Inhaberschuldbriefe) über Fr. 310'000.00 (erste Pfandstelle) und über Fr. 145'000.00 (zweite Pfandstelle; vgl. act. 5/5B). Anlässlich der Anhörung der Parteien vom 2. April 2014 erklärte der Gesuchsteller, die

- 8 - zweite Pfandstelle sei leer. Sie habe der Absicherung eines inzwischen abbezahlten Darlehens seiner Eltern gedient. Heute sei die Liegenschaft nur mit der Hypothekarschuld der UBS gegenüber von Fr. 310'000.00 (erste Pfandstelle) belastet (Vi-Prot. S. 78, 80).

##### **E. 2.5.2**

Die Vorinstanz stellte fest, weder die Hypothekarbank UBS noch die Eltern des Gesuchstellers seien bereit, den Parteien ein weiteres Hypothekendarlehen zu gewähren (act. 6 S. 4 mit Verweis auf act. 5/111 und 5/119). Nach der Mitteilung des Gesuchstellers vom 11. April 2014 war die UBS dagegen bereit, die Hypothek um Fr. 80'000.00 aufzustocken. Das bezog sich auf den Vollzug der eingangs erwähnten gescheiterten Scheidungsvereinbarung vom 2. April 2014, wonach die Liegenschaft gegen eine Ausgleichszahlung ins Alleineigentum des Gesuchstellers zu übertragen gewesen wäre (act. 5/80; act. 5/118 S. 6 f.). Nach der späteren Angabe der UBS vom 25. Juli 2014 kann die Bank vor Klärung des Schicksals der Liegenschaft und der weiteren finanziellen Ansprüche aus dem Scheidungsurteil keine Aussage über die Möglichkeit einer Krediterhöhung machen (act. 5/111). Dabei hat es einstweilen sein Bewenden. Eine weitere Belehnung der Liegenschaft ist heute daher nicht möglich.

## **E. 2.6**

Möglichkeit eines gewinnbringenden Verkaufs der Liegenschaft:

### **E. 2.6.1**

Die Parteien erwarben die eheliche Liegenschaft mit Kaufvertrag vom 3. Dezember 1997 zu einem Kaufpreis von Fr. 465'000.00 als je hälftige Miteigentümer (act. 5/5/12). Die Vorinstanz ging gestützt auf die Schilderung des früheren Rechtsvertreters der Gesuchstellerin von einem Verkehrswert der ehelichen Liegenschaft von ca. Fr. 650'000.00 aus (act. 6 S. 7; vgl. Vi-Prot. S. 51, 78: die Gesuchstellerin persönlich gab dazu an, ihrer Meinung nach sei der Wert eher etwas tiefer).

### **E. 2.6.2**

Der Gesuchsteller macht geltend, die Gesuchstellerin habe an der Verhandlung vom 2. April 2014 einen Wert von ca. Fr. 600'000.00 genannt (vgl. act. 5/118 S. 5; act. 8/2 S. 8). Er meint damit wohl die erwähnte Angabe von "etwas tiefer" als Fr. 650'000.00. Der Gesuchsteller machte daraufhin weder vor Vor-

- 9 - instanz (Vi-Prot. S. 79 f.) noch im Beschwerdeverfahren eine konkrete abweichende Wertangabe. Er verwies lediglich darauf, dass ein Nachbar seine Wohnung für Fr. 590'000.00 verkaufen wolle, was aber bisher nicht geglückt sei. Es sei daher fraglich, wie zuverlässig die Wertangabe der Gesuchstellerin sei (act. 5/118 S. 5; 8/2 S. 8). Die Gesuchstellerin bezeichnet die Annahme der Vorinstanz beschwerdeweise mangels Vorliegens einer Verkehrswertschätzung als hypothetisch, jedoch ohne einen abweichenden Betrag geltend zu machen (act. 2 S.7).

### **E. 2.6.3**

Den vom Beschwerdeführer genannten Nachbar hat bereits die Vorinstanz erwähnt. Sie hielt fest, der Nachbar verlange zusätzlich zum Betrag von Fr. 590'000.00 gemäss ... Fr. 30'000.00 für einen Einstellplatz. Ob die Parteien auch über einen solchen Einstellplatz verfügten (der mutmasslich auch etwa diesen Wert aufweisen würde), sei unklar (act. 6 S. 7; act. 5/121). Beide Parteien äussern sich beschwerdeweise nicht zur Frage, ob sie über einen Einstellplatz verfügen. Vor diesem Hintergrund kann von einem Verkehrswert der ehelichen Eigentumswohnung zwischen Fr. 590'000.00 und Fr. 650'000.00 ausgegangen werden. Dass die Vorinstanz keine Verkehrswertschätzung einholte, ist angesichts der summarischen Natur des Verfahrens (Art. 119 Abs. 3 ZPO) nicht zu beanstanden. Die Parteien verfügen somit nach Abzug der Hypothekarschulden über ein in der ehelichen Eigentumswohnung gebundenes Vermögen von Fr. 280'000.00 bis Fr. 340'000.00. Bei einem Verkauf der Liegenschaft ist ein Nettoerlös etwa in dieser Grössenordnung zu erwarten. Die blosser Behauptung des Gesuchstellers, es sei "äusserst offen", welcher Erlös erzielt werden könnte (act. 8/2 S. 8), ändert daran nichts. Die Gesuchsteller mögen implizit befürchten, aufgrund der beschränkten Zeit (vgl. nachfolgend II./4.) einen etwas tieferen Verkaufspreis akzeptieren zu müssen. Dazu ist festzuhalten, dass Grundeigentümer keinen Anspruch darauf haben, solange unentgeltlich zu prozessieren, bis sie ihre Liegenschaft zu einem optimalen Preis verkaufen können (vgl. etwa BGer 4P.313/2006 vom 14. Februar 2007, E. 3.3, mit Hinweis auf den "im ungünstigsten Fall" erzielbaren Erlös).

- 10 -

### **E. 2.6.4**

Die Parteien haben keine tatsächlichen Schwierigkeiten substantiiert geltend gemacht, welche einen Verkauf verunmöglichen würden. Die Gesuchstellerin macht einzig geltend, die Parteien seien sich über die güterrechtlichen Ansprüche im Zusammenhang mit der Liegenschaft uneinig. Für die Liquidation sei deshalb ein gerichtlicher Entscheid nötig (act. 2 S. 9). Dem ist nicht zu folgen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Scheidungsverfahren vermag eine solche Uneinigkeit der Parteien am grundsätzlichen Vorhandensein und der Verfügbarkeit des Vermögenswerts selbst dann nichts zu ändern, wenn die Liegenschaft im Alleineigentum der anderen Partei steht, von welcher die das Gesuch stellende Partei einen (der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehenden) Prozesskostenvorschuss erstreiten muss (vgl. BGer 5P.133/2000 vom 15. Mai 2000, E. 5c; OGer ZH PC120014 vom 29. März 2012, E. II./2.3.5). Steht die Liegenschaft wie vorliegend im Miteigentum beider Parteien, muss es sich erst recht so verhalten.

#### **E. 2.6.5**

Der Verkauf einer Liegenschaft ist nach dem Gesagten (vorne II./2.3) nur ausnahmsweise unzumutbar. Auch wenn eine Wohnliegenschaft bei einem Wert von rund Fr. 700'000.00 mit Fr. 610'000.00 hypothekarisch belastet ist, bejaht das Bundesgericht die Zumutbarkeit eines Verkaufs, wenn eine gewinnbringende Veräusserung möglich ist und dazu eine angemessene Frist gewährt wird (BGer 4P.313/2006 vom 14. Februar 2007, E. 3.3; bestätigt in BGer 4A\_294/2010 vom 2. Juli 2010, E. 1.3; vgl. auch BGer 2C\_422/2009 vom, 21. Dezember 2009, E. 3). Aus dem älteren Bundesgerichtsentscheid vom 6. Dezember 2006 (BGer 5P.458/2006), auf den sich die Gesuchstellerin vor der Vorinstanz berief (vgl. act. 5/115 S. 4 ff.) lässt sich nichts anderes ableiten. Das Bundesgericht bejahte dort die Mittellosigkeit einer Partei trotz ihres Grundeigentums, weil dessen Verkauf bei Stellung des Gesuchs noch nicht erfolgt war und knapp zwei Monate später bereits der Sachentscheid ergangen war. In dieser kurzen Zeit war ein Verkauf unmöglich. Daher verfügte diese Partei im entscheidenden Zeitpunkt nicht über die erforderlichen liquiden Mittel (BGer 5P.458/2006, E. 2.2-4). Wird dagegen einem Grundeigentümer eine angemessene Frist zum Verkauf einer Liegenschaft gewährt, verhält es sich anders und ist das eingangs dieses Absatzes Gesagte massgeblich.

- 11 -

#### **E. 2.6.6**

Die Praxis ist bei der Berücksichtigung von Wohneigentum für den Ausschluss der Mittellosigkeit nach Art.117 lit. a ZPO nur in besonderen Ausnahmefällen zurückhaltend, so etwa bei einem alleinerziehenden (verwitweten) Elternteil und Bezüger von Ergänzungsleistungen sowie bei Wohneigentum von Personen im Rentenalter (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 ZPO N 85b mit weiteren Hinweisen). In diesem Zusammenhang ist auf das Argument des Gesuchstellers einzugehen, wonach im Falle eines Verkaufs der Eigentumswohnung für die Miete einer (dann erforderlichen) zweiten Mietwohnung untragbare höhere Wohnkosten der Parteien anfallen würden (act. 8/2 S. 6). Entgegen dem Gesuchsteller ist vorliegend jedoch nicht von einem Ausnahmefall auszugehen, der den Verkauf der Liegenschaft als unzumutbar erscheinen liesse: Die Parteien sind aktuell 45 bzw. 43 Jahre alt. Die Gesuchstellerin ist in Bulgarien ausgebildete Musikpädagogin, machte bzw. macht verschiedene Weiterbildungen und erzielt aktuell (bzw. nach den neuesten Angaben) ein Nettoeinkommen von Fr. 1'000.00 pro Monat. Ihre als 50%-Pensum bezeichnete Anstellung als Organistin entspricht, so der Gesuchsteller,

gemessen an einer Vollzeit- stelle etwa einem 15%-Pensum (act. 5/ 74 S. 7 ff.; vgl. auch act. 5/72 S. 14). Der Gesuchsteller erzielt bei der E. \_\_\_\_\_ AG als System- / Netzwerksupporter ein Einkommen, welches die Parteien in der Vereinbarung über vorsorgliche Mass- nahmen vom 8. Mai 2013 auf Fr. 7'800.00 netto monatlich bezifferten (act. 5/30/ 28, 5/36). Er geht ungeachtet seiner vor Vorinstanz erwähnten Krankschreibung wegen Rückenproblemen nach wie vor von diesem Einkommen aus (vgl. act. 5/74 S. 12 und zuletzt act. 5/138 S. 7). Davon bezahlt der Gesuchsteller nach der ge- nannten Vereinbarung Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'500.00 (zuzüglich Kin- der- bzw. Ausbildungszulagen) und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'400.00 je pro Monat (act. 5/36). Das ergibt Unterhaltsbeiträge von total Fr. 3'900.00 pro Monat. Die Gesuchstellerin nennt dagegen Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'500.00 pro Monat (act. 2 S. 9). Der Unterschied ist hier nicht von entscheidender Bedeu- tung, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Das jüngste Kind der Parteien, die Tochter F. \_\_\_\_\_, wird im Jahr 2019 das 16. Altersjahr erreichen (beim Sohn G. \_\_\_\_\_ wird das bereits 2015 der Fall sein,

- 12 - vgl. act. 5/7/1). Auf die strittigen Einzelheiten zum Einkommen, welches die Ge- suchstellerin erzielen kann, ist hier nicht einzugehen. Jedenfalls wird sich der zeit- liche Kinderbetreuungsaufwand (den die Gesuchstellerin aufbringt, act. 5/72 S.11) aber bereits in naher Zukunft verringern. Mittelfristig ist daher von einer Verbesse- rung der Situation auszugehen, da die Gesuchstellerin mehr Zeit für eine Er- werbstätigkeit haben wird. Den allenfalls höheren Wohnkosten nach einem Verkauf der ehelichen Lie- genschaft mit einer zweiten Mietwohnung würde zudem nach den vorstehenden Erwägungen ein substantielles Barvermögen der Parteien gegenüber stehen (was nebenbei bemerkt dem drohenden Bezug von Sozialhilfegeldern [so der Gesuch- steller, act. 8/2 S. 8] wohl entgegen stünde). Insgesamt ist der Verkauf der Eigen- tumswohnung in dieser Situation zumutbar.

### **E. 2.7**

Die güterrechtliche Auseinandersetzung (soweit bei Gütertrennung ei- ne solche vorzunehmen ist) ist nicht Thema dieses Verfahrens. Wie die Parteien am Erlös aus einem Verkauf der Liegenschaft nach Abzug der UBS-Hypothek be- rechtigt sind, ist für den hier zu treffenden Entscheid nicht relevant. Auf die ent- sprechenden Vorbringen der Gesuchstellerin (act. 2 S. 6 f.) ist daher nicht einzu- gehen. Je weniger der Anteil einer Partei, etwa jener der Gesuchstellerin beträgt, desto mehr wäre dann die andere Partei, etwa der Gesuchsteller, mit Blick auf die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses leistungsfähig. Das schliesst die Mit- tellosigkeit als Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege aus (vgl. BK ZPO- BÜHLER, Vorbemerkungen zu Art. 117-123 ZPO N 49 sowie Art. 117 ZPO N 38). Allfällige Probleme, das in der Liegenschaft gebundene Vermögen des Gesuch- stellers zu liquidieren, würden auch in diesem Fall nichts an der fehlenden Mittel- losigkeit der Gesuchstellerin ändern (vgl. vorne II./2.6.4). So oder so verfügen die Parteien (ob je für sich oder über die Möglichkeit von Prozesskostenvorschüssen von der Gegenpartei) über genügend Mittel, um den Prozess selber zu finanzia- ren. Zu prüfen wird einzig noch sein, innert welcher Frist diese Mittel liquid ge- macht werden können (vgl. nachfolgend II./3.-4.).

- 13 -

### **E. 2.8**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Parteien zu Recht die un- entgeltliche Rechtspflege entzogen. Insoweit sind beide Beschwerden abzuwei- sen. 3. Zum

rückwirkenden Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege:

### **E. 3**

Am 15. April 2014 ersuchte Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ infolge Verlusts des Vertrauensverhältnisses um Entlassung als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Gesuchstellerin (act. 5/85). Die Gesuchstellerin persönlich bestätigte diesen Sachverhalt mit Schreiben vom 22. April 2014 (act. 5/86). Sie hatte bereits am 10. April 2014 ihre aktuelle Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin lic. iur.

- 4 - X1.\_\_\_\_\_, mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt (vgl. act. 5/78). Am 14. Mai 2014 bestätigte die Vorinstanz gegenüber Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_, dass er als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Gesuchstellerin entlassen sei (act. 5/95).

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege wie eingangs dargelegt rückwirkend entzogen. Zur Begründung erwog die Vorinstanz, ein rückwirkender Entzug sei möglich, wenn die Bedürftigkeit nie bestanden habe und die betreffende Person bereits im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung über genügend Mittel verfügt habe. Davon sei vorliegend auszugehen. Die Parteien hätten ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege zunächst unbegründet gestellt. Aus den Unterlagen sei hervorgegangen, dass die Parteien die eheliche Liegenschaft am 3. Dezember 1997 für Fr. 465'000.00 erworben hatten und dass auf dem Grundstück die zwei erwähnten Pfandrechte lasteten (vgl. vorne II./ 2.5.1). Im Rahmen der Begründung ihrer Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege hätten die Parteien das Gericht im Glauben gelassen, dass keinerlei Vermögen bei den Parteien vorhanden und die eheliche Liegenschaft nicht weiter belastbar sei. Auf dieser Basis sei den Parteien am 4. März 2013 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden. Erst anlässlich der Befragung der Parteien vom 2. April 2014 habe sich ergeben, dass das Grundstück der Parteien nur an 1. Pfandstelle mit dem erwähnten Grundpfandrecht über Fr. 310'000.00 belastet sei. Die Gesuchsteller hätten zudem in den Steuererklärungen für das Jahr 2010 Schulden von Fr. 465'000.00 angegeben (der Gesuchsteller Fr. 310'000.00, die Gesuchstellerin Fr. 155'000.00). Für das Jahr 2011 hätten die Gesuchsteller sogar insgesamt Fr. 660'000.00 Schulden geltend gemacht [recte: Fr. 620'000.00, vgl. act. 5/11/2, 5/20/12/2], nämlich je Fr. 310'000.00 (act. 6 S. 3-6).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz verwies zur Begründung des rückwirkenden Entzugs der unentgeltlichen Rechtspflege auf eine Entscheidung der II. Zivilkammer vom 6. Juni 2013 (PC130028), auf LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, online-Stand 16. April 2012, Art. 120 N 3 und auf BGer 5A\_305/2013 vom 19. August 2013,

- 14 - E. 3.5 (vgl. act. 6 S. 3, 6). Nach dem genannten Bundesgerichtsentscheid ist davon auszugehen, dass die unentgeltliche Rechtspflege nur ausnahmsweise rückwirkend entzogen werden darf, etwa wenn die gesuchstellende Partei deren Gewährung durch die Vorlage falscher Informationen unrechtmässig erlangte. Auch nach verschiedenen Kommentarmeinungen ist bei einem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege als Folge des Vertrauensprinzips von einem grundsätzlichen Rückwirkungsverbot auszugehen und ist ein rückwirkender Entzug nur ausnahmsweise zulässig (BK ZPO-BÜHLER, Art. 120 ZPO N 20 ff., N 26 ff.; BSK ZPO-RÜEGG, 2. Auflage 2013, Art. 120 N 2; SEILER, Die Berufung nach ZPO, Rz. 1220).

### **E. 3.3**

Die Gesuchsteller lassen vorbringen, sie hätten keine falschen Angaben gemacht. Die Gesuchstellerin argumentiert weiter, sie habe nie behauptet, die Liegenschaft sei zu fast 100 % belastet, und das gehe auch aus den eingereichten Unterlagen nicht hervor. Sie habe auch nie geltend gemacht, dass neben der UBS-Hypothek ein weiteres Darlehen die Liegenschaft belaste. Die Vorinstanz sei einem Irrtum erlegen und habe lediglich geglaubt, dass die Liegenschaft so hoch belastet sei. Dieser Irrtum sei nicht durch die Gesuchstellerin zu vertreten (act. 2 S. 8). Der Gesuchsteller fügt hinzu, sein Vertrauen darauf, dass die Vorinstanz seine Ausführungen und die eingereichten Belege berücksichtigen würde, sei zu schützen (act. 8/2 S. 7)

#### **E. 3.3.1**

Die Rechtsvertreterin des Gesuchstellers führte am 23. Januar 2013 vor der Vorinstanz zur Begründung seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege aus, der Gesuchsteller sei mittellos. Sein Einkommen genüge nach der Bezahlung der Unterhaltsbeiträge nicht zur Deckung seines eigenen Unterhalts. Einziger noch bestehender Vermögenswert sei die Eigentumswohnung, die noch bewohnt werde und zur Generierung flüssiger Mittel verkauft werden müsste. Die Hypothek könne nicht beliebig erhöht werden. Daher sei davon auszugehen, dass kein Vermögen vorhanden sei, welches für die Bezahlung der Kosten herangezogen werden könne (Vi-Prot. S. 17). Der Vertreter der Gesuchstellerin erklärte zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege am 23. Januar 2013 vor der Vorinstanz, die Gesuchstellerin sei mittellos. Ihr Einkommen sei minimal und decke ihren Unterhalt und denjenigen der

- 15 - Kinder nicht. Vermögen habe sie keines, ausser ihres Anteils an der ehelichen Liegenschaft. Dieses Vermögen sei gebunden. Sie müsse schliesslich dort wohnen (act. 5/25 S. 19). An diesen Schilderungen der Parteien ist nichts Irreführendes ersichtlich.

#### **E. 3.3.2**

Die Vorinstanz legt den Parteien die Vorlage des Grundbuchauszugs zur Last, aus welchem die erwähnten beiden Grundpfandrechte (Inhaberschuldbriefe) hervorgehen (vgl. act. 6 S. 4, act. 5/5B). Dass im Grundbuch Pfandrechte eingetragen sind, welchen keine entsprechenden Schulden (mehr) entsprechen, ist indes nicht unüblich. Insbesondere bei Inhaberschuldbriefen hat der Eigentümer oft ein Interesse daran, den Schuldbrief nach der Befriedigung des Gläubigers als Eigentümerschuldbrief zu behalten. Damit kann er in einem späteren Zeitpunkt im Bedarfsfall ohne erneute Bestellung eines Pfandrechts ein neues Darlehen absichern. Die Vorlage eines solchen Grundbuchauszugs ist daher nicht irreführend.

#### **E. 3.3.3**

Weiter weist die Vorinstanz auf die uneinheitlichen Angaben der Parteien zu ihren Schulden in den eingereichten Steuererklärungen hin. Im Jahr 2010 deklarierte die Gesuchstellerin eine Schuld von Fr. 155'000.00, der Gesuchsteller eine solche von Fr. 310'000.00 (act. 5/11/1, 5/20/12/1). 2011 gaben sodann beide Parteien eine Schuld von Fr. 310'000.00 an (act. 5/11/2, 5/20/12/1). Die Parteien bezeichnen die (zwischenzeitliche) Deklaration des ganzen Betrags in ihren jeweiligen Steuererklärungen als Versehen. Der Gesuchsteller weist zudem darauf hin, dass die Vorinstanz keine definitive Einschätzung verlangt habe. Die Gesuchstellerin gibt weiter an, im Jahr 2012 (nach einem Hinweis von der Steuerbehörde) wieder nur den hälftigen Betrag eingetragen zu haben (vgl. act. 2 S. 7 f.;

act. 8/2 S. 4). Angesichts des identischen bzw. hälftigen Betrags ist naheliegend, dass beide Gesuchsteller sich bei ihrer Angabe auf die an erster Pfandstelle stehende Hypothekarschuld bezogen, welche die Gesuchstellerin 2010 zur Hälfte einsetzte, der Gesuchsteller demgegenüber versehentlich ganz, worauf die Gesuchstellerin

- 16 - 2011 ebenfalls irrtümlich den ganzen Betrag deklarierte. Dieses Versehen war, wenn nicht geradezu offensichtlich, so doch einigermaßen leicht durchschaubar. Von einer irreführenden Angabe bzw. der Einreichung einer Urkunde mit unwahrem Inhalt zwecks Irreführung des Gerichts kann auch in diesem Zusammenhang nicht die Rede sein.

#### **E. 3.3.4**

Allenfalls liesse sich vertreten, die Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege sei nicht vollends schlüssig gewesen. In diesem Fall hätte die Vorinstanz die Parteien befragen können. Dazu ist es nicht gekommen. Die Vorinstanz hat (so ihr Protokoll und ihr Aktenverzeichnis) als nächsten Verfahrensschritt nach der Verhandlung vom 23. Januar 2013 am 4. März 2013 die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege gutgeheissen. Die Vorinstanz erwägt dazu, sie hätte im Vertrauen auf die Ausführungen und Belege der Rechtsvertreter annehmen dürfen, dass die Liegenschaft hoch belastet sei und die Parteien daher weder durch einen Verkauf noch durch eine Belehnung liquide Mittel generieren könnten (act. 6 S. 5). Mit diesem Argument verkennt die Vorinstanz, dass für einen rückwirkenden Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege nicht der gute Glaube des Gerichts massgeblich ist (in dem Sinne, dass die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend entzogen werden dürfte, wenn sie ursprünglich vom Gericht zu Unrecht, aber gutgläubig gewährt wurde), sondern – wie gesehen – die Irreführung des Gerichts durch das Vorbringen falscher Angaben. Eine solche Irreführung ist den Parteien wie gesehen nicht vorzuwerfen.

#### **E. 3.4**

Die Gesuchsteller sind daher im Vertrauen auf die einmal gewährte unentgeltliche Rechtspflege insoweit zu schützen, als ihnen diese Rechtswohltat nicht rückwirkend zu entziehen ist. Insoweit sind beide Beschwerden gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ noch das rechtliche Gehör zu gewähren. Von einer entsprechenden Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist daher abzusehen. 4. Da die unentgeltliche Rechtspflege nicht rückwirkend zu entziehen ist, bleibt zu entscheiden, per welchen Zeitpunkt der Entzug ex nunc zu erfolgen hat.

- 17 - Allgemein gilt, dass für die (zumutbare) Veräusserung von nicht liquiden Vermögenswerten (oder auch für die Belehnung) eine angemessene Frist zu gewähren ist, während welcher die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist (vgl. Maier, a.a.O. [vorne II./2.3], S. 652). Im bereits zitierten BGer vom 14. Februar 2007 (4P.313/2006) wurde eine Frist von 6 Monate als angemessen erachtet. Die Vorinstanz gewährte den Parteien am 4. März 2013 in Kenntnis von der Existenz der ehelichen Eigentumswohnung die unentgeltliche Rechtspflege (act. 5/27). Danach gab es für die Parteien keine Veranlassung, ihr in der Liegenschaft gebundenes Vermögen für die Deckung der Prozesskosten zu liquidieren. Dass sie das damals nicht taten, ist ihnen somit nicht vorzuwerfen. Seit dem Ergehen des angefochtenen Entscheids hatten die Parteien indes zumindest mit der Möglichkeit zu rechnen, dass sie ihr Vermögen liquidieren müssten. Daher ist davon auszugehen, dass sie die Liegenschaft bis spätestens 30. Juni 2015 verkaufen können. In teilweiser Guttheissung der Beschwerde ist den Parteien somit (erst) ab diesem Zeitpunkt die unentgeltliche

Rechtspflege zu entziehen. 5. Was die Bestellung der neuen Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin als unentgeltliche Rechtsbeiständin im Verfahren vor der Vorinstanz angeht, ist von einem Wechsel der Rechtsbeiständin auszugehen (und nicht von einem neuen Gesuch). Dass die einschlägigen Voraussetzungen eines Wechsels der unentgeltlichen Rechtsvertretung nicht gegeben wären, ist nicht ersichtlich und wurde auch von der Vorinstanz nicht erwogen (vgl. dazu vorne I./3.). Würde der Gesuchstellerin die Bestellung ihrer neuen Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin aufgrund der (nach neuer Beurteilung) nicht gegebenen Mittellosigkeit verweigert, so würde dies einem rückwirkenden Entzug der Rechtswohltat gleich kommen, was abzulehnen ist. Daher ist der Gesuchstellerin in der Person ihrer neuen Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Das gilt ab dem 14. Mai 2014 (Zeitpunkt, ab welchem der frühere Rechtsvertreter der Gesuchstellerin als unentgeltlicher Rechtsbeistand entlassen wurde, act. 5/95) bis zum 30. Juni 2015 (vgl. vorstehend II./4.).

- 18 - III. 1. Das Verfahren ist nach Praxis der Kammer auch vor zweiter Instanz kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Daher sind für das Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen (entgegen der Ansicht des Bundesgerichts; vgl. dazu OGer ZH PC110052, Verfügung vom 23. November 2011). Entsprechend werden die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren im Sinne von Art. 118 lit. b ZPO gegenstandslos, weshalb sie abzuschreiben sind. 2. Ficht eine Partei vor der kantonalen Beschwerdeinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsvertretung erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO und ist dieser Partei aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGer 4A\_374/2013 vom 23. September 2014, E. 4.3). Insoweit wird ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung für das Rechtsmittelverfahren gegenstandslos.

#### **E. 4**

Am 30. April 2014 ersuchte die Gesuchstellerin um Bestellung ihrer neuen Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 5/88). Mit Eingabe vom 8. Mai 2014 beantragte sie zudem, der Gesuchsteller, (Erst-)Beschwerdeführer und (Zweit-)Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) sei für den Fall seiner Leistungsfähigkeit zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 10'000.00 zu bezahlen (act. 5/92).

#### **E. 5**

Am 3. September 2014 erliess die Vorinstanz die eingangs angeführte Verfügung, mit welcher sie beiden Parteien rückwirkend die unentgeltliche Rechtspflege entzog. Gleichzeitig wies die Vorinstanz auch den Antrag auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags ab (act. 6). Die Verfügung vom 3. September 2014 wurde den Parteien am 18. September 2014 zugestellt (act. 5/123).

#### **E. 6**

Mit Eingabe vom 25. September 2014 erhob der Gesuchsteller (Erst-) Beschwerde gegen die Verfügung vom 3. September 2014 und stellte die eingangs angeführten Beschwerdeanträge (act. 8/2). Mit Eingabe vom 26. September 2014 erhob auch die Gesuchstellerin (Zweit-)Beschwerde gegen die Verfügung vom 3. September 2014 und stellte die eingangs angeführten Beschwerdeanträge (act. 2). Beide Beschwerden gingen am 29. September 2014 am Obergericht ein.

#### **E. 7**

Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-147). Sie wurden der Vorinstanz zwischenzeitlich für die Vorbereitung und Durchführung der Kinderanhörung vom 16. Dezember 2014 retourniert (vgl. Vi-Prot. S. 87). Von der Einholung von Beschwerdeantworten wurde abgesehen, weil bei beiden Beschwerden die jeweilige Gegenpartei durch den zu treffenden Entscheid nicht beschwert wird. Das Verfahren ist spruchreif. Allerdings ist dem

- 5 - Gesuchsteller noch ein Doppel von act. 2 und der Gesuchstellerin ein Doppel von act. 8/2 zuzustellen. II. 1. Prozessuale Vorbemerkungen:

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