

# ZH\_OBERGERICHT RZ220008 vom 14. Dezember 2023

ZH Obergericht, 2023-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RZ220008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RZ220008)

FR: ZH\_OBERGERICHT RZ220008 du 14 décembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT RZ220008 del 14 dicembre 2023

## Erwägungen

### E. 11

Juni 2018 Klage betreffend Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs sowie des Kindesunterhalts (Urk. 1 und 2). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Prozesses kann auf die entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 197 S. 5 ff.). Mit zunächst un- begründeter Verfügung vom 21. Dezember 2021 (Urk. 186), wobei die Begrün- dung den Beteiligten am 18. Juli 2022 zugestellt wurde (Urk. 195), entzog die Vo- rinstantz der Verfahrensbeteiligten die ihr mit Verfügung vom 11. November 2020 gewährte unentgeltliche Prozessführung rückwirkend (Urk. 194 = Urk. 197 S. 46). Gleichentags fällt sie ihr Urteil in der Hauptsache. Dabei wurden die Verfahrens- kosten auf insgesamt Fr. 25'952.80 festgelegt. Die Entscheidgebühr (Fr. 13'500.–) wurde der Verfahrensbeteiligten zu zwei Dritteln und die Gutachtenskosten (Fr. 12'452.80) wurden ihr zur Hälfte auferlegt. Insgesamt wurde sie mithin zur Bezahlung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 15'226.40 (Fr. 9'000.– Anteil Gerichtsgebühr + Fr. 6'226.40 Anteil Gutachtenskosten) verpflichtet (Urk. 197 S. 46 ff.). 1.3. Dagegen erhob die Verfahrensbeteiligte mit Eingabe vom 26. Juli 2022 Be- schwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 196 S. 2): "Es sei Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben, und es sei die mit Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 11. November 2020 gewähr- te unentgeltliche Rechtspflege (inkl. unentgeltliche Rechtsverbeiständung) zu bestätigen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulas- ten der Gerichtskasse."

- 4 - Zudem ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliess- lich der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren (Urk. 196 S. 2). Mit Schreiben vom 27. Juli 2022 wurden der Kläger und der Be- klagte vom Eingang der Beschwerde in Kenntnis gesetzt (Urk. 200/1, /2). Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Verfahrensbeteiligte überdies mit Eingabe vom 13. September 2022 Berufung. Der Berufungsprozess ist nach wie vor bei der Kammer unter der Geschäfts-Nr. LZ220033 hängig. Mit Zuschrift vom 1. No- vember 2023 ersuchte die Verfahrensbeteiligte um einen baldigen Entscheid über ihr Armenrechtsgesuch im Beschwerde- (und Berufungs-)verfahren. Weiter teilte sie mit, dass ein baldiger Entscheid über die vorliegende Beschwerde, unabhän- gig vom Berufungsverfahren, sehr geschätzt würde (Urk. 201). Dem Kläger und dem Beklagten im Hauptverfahren kommt im Beschwerdeverfah- ren keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 Erw. 2; BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, Erw. 3.2. m.H.), weshalb von ihnen keine Beschwerdeantwort einzuholen ist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf ihre Anhörung im Sinne von Art. 119 Abs. 3 ZPO sowie auf das Einholen einer Stellungnahme der Vorinstanz (Art. 324 ZPO) ist zu verzichten. 2.1. Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht selbstständig einge- reichte Rechtsmittel vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Vorderhand

zeichnet sich keine Erledigung des Berufungsverfahrens (Geschäfts-Nr. LZ220033) ab, zumal mit Kammerbeschluss vom 21. Juni 2023 eine kinderpsychologische Abklärung des Klägers bei der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychologie, Ambulatorium Uster, angeordnet wurde (vgl. Geschäfts-Nr. LZ220033: Urk. 250 S. 22) und diese Abklärung nach wie vor im Gang ist. Eine zunächst ins Auge gefasste (übliche) Vereinigung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit dem Berufungsverfahren drängt sich daher nicht mehr auf. 2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

- 5 - Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei konkret mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom

## **E. 15**

Oktober 2013, Erw. 3, mit Hinweis auf BGE 138 III 374 Erw. 4.3.1). 2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, Erw. 4.5.3, m.w.H.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4). 2.4. Wird die unentgeltliche Rechtspflege entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Es handelt sich um eine prozessleitende Verfügung im summarischen Verfahren; die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Daran ändert nichts, wenn über das Gesuch am gleichen Tag wie in der Hauptsache entschieden wird (BGer 4A\_507/2011, Erw. 2.1; anderer Meinung BK ZPO-Bühler, Art. 121 N 6 und 18, wonach die Rechtsmittelfrist in diesem Fall für die Anfechtung der Verweigerung oder des Entzugs der unentgeltlichen Rechtspflege gleich dem Hauptrechtsmittel ebenfalls 30 Tage betragen soll; vgl. auch Urk. 196 S. 3 Rz 3). Vorliegend wurde die 10-tägige Beschwerdefrist jedenfalls gewahrt (vgl. Urk. 195 und 196), weshalb sich Weiterungen hinsichtlich der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (Urk. 197 S. 46, Dispositivziffer 3 der Verfügung) erübrigen. 3.1. Die Vorinstanz bewilligte der Verfahrensbeteiligten zunächst mit (unbegründeter) Verfügung vom 11. November 2020 die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr Rechtsanwalt MLaw X2.\_\_\_\_\_ vom 16. August 2019 bis zum 1. Oktober 2020 als unentgeltlichen Rechtsbeistand und ab 2. Oktober 2020 Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (Urk. 129). Im Rahmen des Endentscheids vom 21. Dezember 2021 wurde der Verfahrensbeteiligten die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend entzogen (Urk. 197 S. 46). Die Vorinstanz erwog dabei, die Verfahrensbeteiligte habe bis zum 30. April 2020

- 6 - (Umzug nach D.\_\_\_\_\_) nach Deckung ihres familienrechtlichen Existenzminimums über einen monatlichen Überschuss von Fr. 1'180.– und ab 1. Mai 2020 über einen solchen von Fr. 1'410.– verfügt. Ausgaben für ihre Kinder habe sie zu dieser Zeit keine gehabt, weil die Kosten von E.\_\_\_\_\_ durch die Familienzulagen, den Lehrlingslohn sowie die bevorschussten Unterhaltsbeiträge und die Kosten des Klägers durch die Unterhaltsbeiträge vom Beklagten (inkl. wesentlichem Überschussanteil) gedeckt gewesen seien. Abzüglich des auf dem Grundbetrag gewährten Zuschlags von 25 % hätten ihre Überschussanteile Fr.

842.50 bzw. Fr. 1'072.50 betragen. Das vorliegende Verfahren habe mit der Klage vom 11. Juli 2018 begonnen und im September 2022 (Frist Einreichung Berufung) geendet. In dieser Zeit (50.2 Monate) hätte die Verfahrensbeteiligte somit insgesamt Fr. 48'848.50 sparen müssen. Mit diesem Überschuss wäre es der Verfahrensbeteiligten bereits möglich gewesen, die Gerichtskosten (Fr. 15'226.40), die Parteientschädigung für den Beklagten (Fr. 4'000.–) und ihre eigenen Anwaltskosten aus ihrem Einkommen zu bezahlen. Hinsichtlich ihres Vermögens ergebe sich zudem aus den eingereichten Kontoauszügen (insbes. Urk. 182/1), dass sie während des Verfahrens hohe Beiträge in die 3. Säule investiert und so ihr Vermögen vermindert habe, obschon sie von der Vorinstanz an der Verhandlung vom 8. Mai 2019 angewiesen worden sei, ihr Geld für den Prozess zu sparen (Prot. I S. 46). Folglich habe aufgrund mangelnder Bedürftigkeit nie ein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf unentgeltliche Rechtspflege bestanden, weshalb diese rückwirkend für das ganze Verfahren zu entziehen sei (Urk. 197 S. 44-46). 3.2. Die Verfahrensbeteiligte rügt, die Vorinstanz verkenne, dass beim Entscheid über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die effektiven finanziellen Verhältnisse bei Einreichung des Gesuchs, d.h. im August 2019, abzustellen sei und nicht auf hypothetische und gar prospektive Berechnungen. Sie habe vor Vorinstanz im August 2019 ein begründetes Gesuch mit entsprechenden Belegen eingereicht (Urk. 93 und 94). Einem monatlichen Einkommen von Fr. 4'136.– sei damals ein Notbedarf von Fr. 3'562.– gegenüber gestanden, wobei der geringe Überschuss u.a. der Bestreitung des nicht gedeckten Unterhalts ihrer beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sowie als Rückstellungen für Steuern, Ferien etc. gedient habe. Abgesehen von einem Notgroschen in der Höhe von Fr. 8'800.–

- 7 - habe sie damals über kein Vermögen verfügt. Das Armenrecht sei ihr von der Vorinstanz somit zunächst zu Recht bewilligt worden. Aus den Akten seien keine wesentlichen Veränderungen ihrer finanziellen Verhältnisse ersichtlich. Zwar sei ihr Mietzinsanteil im Mai 2020 nach dem Umzug nach D.\_\_\_\_\_ um rund Fr. 300.– pro Monat gesunken, allerdings verdiene sie seit Ende 2019 auch etwas weniger, was sich unter dem Strich ausgleiche und somit keinen Grund für einen Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege darstelle. Es könne entgegen der Erstinstanz nicht auf die Zahlen für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge abgestellt werden. Namentlich sei vom effektiv erzielten Einkommen und nicht einem höheren hypothetischen Einkommen auszugehen, wie dies die Vorinstanz getan habe, indem sie ihr einen hypothetischen Lohn von Fr. 4'468.– angerechnet habe. Es sei überdies tatsachenwidrig, dass sie keine Zusatzkosten für die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ gehabt habe. Es gehe nicht an, ihr gestützt auf dieses hypothetisch höhere Einkommen rückwirkend für vier Jahre eine hypothetische Sparquote anzurechnen. Dass sie gerade keine Ersparnisse habe äufnen können, ergebe sich auch aus den eingereichten Kontoauszügen (Urk. 181 und 182/1-9). Auch die vorinstanzliche Unterstellung, wonach sie in unzulässiger und missbräuchlicher Weise ihr Vermögen verringert habe, indem sie weiterhin Zahlungen in die 3. Säule getätigt habe, greife nicht. Sie zahle bereits seit Jahren regelmässig die von Gesetzes wegen zulässigen Beträge von jeweils etwa Fr. 6'500.– in die 3. Säule (gebundene Selbstvorsorge) ein (vgl. Steuererklärungen 2017 und 2018 [Urk. 13/1, 91/1 und 182/1-2]). Diese Zahlungen seien essentiell für ihre Altersvorsorge, zumal sie aufgrund der Kinderbetreuung nur Teilzeit arbeite und damit voraussichtlich eine tiefe Pensionskassenrente haben werde. Daraus eine Vermögensverschiebung zulasten des Staates abzuleiten, wie dies die Vorinstanz sinngemäss tue, gehe nicht an. Daran ändere nichts, dass sie anlässlich der Verhandlung vom 8. Mai 2019 aufgrund ihres damaligen

Vermögens, welches etwas höher als ein blosser Notgroschen gewesen sei, ihr bei Klageeinleitung gestelltes Armenrechtsgesuch zurückgezogen und die Vorinstanz die Parteien zu einer sparsamen Lebensführung aufgefordert habe. Was die Vorinstanz unter "sparsam leben" verstehe, sei nicht ersichtlich. Jedenfalls gebe es keinen Hinweis dafür, dass damit ein "Verbot", im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten in die

- 8 - 3. Säule einzuzahlen, gemeint gewesen sei, was auch gar nicht zulässig wäre. Sie habe somit mit Fug und Recht davon ausgehen dürfen, dass sie wie in der Vergangenheit weitere solche Zahlungen habe tätigen dürfen, zumal diese ausschliesslich ihrer Altersvorsorge gedient hätten. Abgesehen davon habe sie bescheiden gelebt. Weil ihre Ersparnisse u.a. wegen der bisher von ihr selbst zu tragenden Anwaltskosten aufgebraucht gewesen seien, habe sie am 16. August 2019 ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Ein Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege wirke sodann lediglich ex nunc et pro futuro und nicht rückwirkend ab Stellung des Gesuchs im August 2019. Ein rückwirkender Entzug sei nur zulässig, wenn die gesuchstellende Partei bewusst unrichtige Angaben gemacht, gefälschte Beweismittel verwendet oder sich sonst wie mutwillig, irreführend, täuschend oder rechtsmissbräuchlich verhalten habe. Dies treffe vorliegend jedoch gerade nicht zu, zumal sie umfassende und detaillierte wahre Angaben zu ihren finanziellen Verhältnissen gemacht habe (Urk. 196 S. 5 ff.). 4.1. Vorweg ist der Vollständigkeit halber zu bemerken, dass, selbst wenn die Verfahrensbeteiligte hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge als Prozessstandschafterin des Klägers in Erscheinung tritt, kein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag seitens des Beklagten besteht, welcher dem Armenrecht vorgehen würde (BGE 138 III 672 = Pra 102 [2013] Nr. 24, Erw. 4.2.1), wenngleich es um Ansprüche des Kindes geht (vgl. OGer ZH RZ230002 vom 20.03.2023, Erw. II.3.4; siehe auch BGE 142 III 36 E. 2.3). Zu Recht verlangte die Verfahrensbeteiligte denn auch keinen solchen Prozesskostenvorschuss/-beitrag (Urk. 93 S. 1). 4.2. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Bei der Prüfung der Mittellosigkeit ist zu beurteilen, inwieweit die finanziellen Mittel der Verfahrensbeteiligten den Betrag überschreiten, dessen sie zur Deckung ihrer persönlichen Bedürfnisse bedarf. Dieser Überschuss ist mit

- 9 - den vor-aussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird. Der monatliche Überschuss sollte es der Antragstellerin ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (BGE 141 III 369 Erw. 4.1; BGer 5A\_810/2011 vom 7. Februar 2012, Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A\_849/2014 vom 30. März 2015, Erw. 2.2). Eine Person gilt als mittellos, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Der prozessuale Notbedarf ist nicht gleichzusetzen mit dem betriebsrechtlichen Notbedarf, da jener 10-30 Prozent über dem Grundbedarf liegt und zudem laufende Steuern mit zu berücksichtigen sind (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5 m.w.H.). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation berücksichtigt werden. Gemäss dem

sogenannten Effektivitätsgrundsatz darf dabei aber nur Einkommen und Vermögen berücksichtigt werden, das im Zeitpunkt der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar ist. Jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung ist daher unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 8 f. m.w.H., vgl. auch N 10 [Kasuistik: BGer 5A\_231/2009 vom 18.09.2009, Erw. 2.2.3, wonach die hypothetische Anrechnung einer Sparquote aus dem in einer Ehescheidungskonvention vor einigen Jahren vereinbarten nachehelichen Unterhalt und die Annahme, es seien tatsächlich Ersparnisse vorhanden, das Willkürverbot und den verfassungsrechtlichen Mittellosigkeitsbegriff von Art. 29 Abs. 3 BV verletzt]; s.a. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 16; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19). Ob eine allfällige Mittellosigkeit selbst verschuldet ist, spielt grundsätzlich keine Rolle, solange kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt (vgl. zum Ganzen auch BGer 5A\_297/2016 vom 2. Mai 2017, Erw. 3.4, und BGer 4A\_264/2014 vom 17. Oktober 2014, Erw. 3.1). Dabei ist nur das eigene Einkommen der Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen, ohne Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderzulagen. Auch die Bedarfspositionen der Kinder sind wegzulassen. Zum anrechenbaren Einkommen würde einzig ein wirtschaftlich der Verfahrensbeteiligten zukommender

- 10 - Betreuungsunterhalt hinzugezählt, ein solcher fällt vorliegend jedoch ausser Betracht, weil sie mit ihrem Einkommen in der Lage ist, ihre Lebenshaltungskosten zu decken (BGer 5A\_726/2017 vom 23.05.2018, Erw. 4.4.2 und 4.4.3; vgl. auch Urk. 197 S. 19, 48). Das Gericht entzieht die unentgeltliche Rechtspflege, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hat (Art. 120 ZPO). Der Entzug geschieht dabei für künftige Prozesshandlungen (ex nunc bzw. pro futuro). Rückwirkend (ex tunc) kommt er für Rechtsvorkehren infrage, die nicht im Vertrauen auf die gewährte Unentgeltlichkeit vorgenommen werden konnten (BGer 4P.300/2005 vom 15. Dezember 2005, Erw. 3.1). Ein rückwirkender Entzug ist insbesondere zulässig, wenn der Ansprecher sich die Bewilligung durch falsche Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen oder seinem Lebensdarf verschaffte (ZK ZPO-Emmel, Art. 120 N 2). Eine solche Unredlichkeit wirft die Vorinstanz der Verfahrensbeteiligten allerdings nicht vor (Urk. 197 S. 44 f.). 4.3. Im vorliegenden familienrechtlichen Verfahren ist der Standpunkt der Verfahrensbeteiligten nicht als aussichtslos zu bezeichnen und sie war auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Vorauszuschicken ist, dass eine Überprüfung der unentgeltlichen Rechtspflege dadurch erschwert wird, als der (unbegründeten) Verfügung vom 11. November 2020 nicht entnommen werden kann, weshalb die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligte. Insbesondere geht aus dem Entscheid nicht hervor, von welchen finanziellen Verhältnissen die Vorinstanz auf Seiten der Verfahrensbeteiligten ausging. Eine Neuurteilung im Rahmen von Art. 120 ZPO und ein Entzug ex nunc setzt – von einer krassen unrichtigen rechtlichen Beurteilung einmal abgesehen – nämlich voraus, dass unechte oder echte Noven im Sinne veränderter Verhältnisse vorliegen (BK ZPO-Bühler, Art. 120 N 11; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 120 N 7, KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 120 N 4 ff.). Die Vorinstanz rechnete der Verfahrensbeteiligten im Zusammenhang mit dem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege zu Unrecht ein hypothetisches Einkommen basierend auf einem 60 %-igen Erwerbseinkommen in der Höhe von Fr. 4'468.– pro Monat an (Urk. 197 S. 24, 44 f.). Massgebend ist vielmehr das effektive Einkommen der Verfahrensbeteiligten im Zeitpunkt des angefochtenen

- 11 - Entscheids vom 21. Dezember 2021. Die Verfahrensbeteiligte reduzierte ihr Arbeitspensum als ...angestellte des F.\_\_\_\_\_ per 1. September 2019 von 60 % auf 50 % (Urk. 197 S. 23; Urk. 182/1 S. 48, 50). Ihr monatliches Nettoeinkommen (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, exklusive Kinderzulagen für C.\_\_\_\_\_, inklusive Lunchcheckanteil Arbeitnehmerin) belief sich auf Fr. 3'723.50 (vgl. Urk. 197 S. 24; Urk. 154/1 [Lohnabrechnung März 2021]; Urk. 154/2 [Lohnausweis 2020]; Urk. 196 S. 6). Ihr zivilprozessualer Notbedarf präsentierte sich folgendermassen (vgl. Urk. 197 S. 29 f.; Urk. 93 S. 2 ff. und 94/1-2): Grundbetrag Alleinerziehende: Fr. 1'350.–

## E. 20

%-Zuschlag: Fr. 270.– Mietkostenanteil (1/2): Fr. 623.– (Urk. 197 S. 29; Urk. 162) Krankenkasse, inkl. VVG: Fr. 398.– (Urk. 197 S. 29; Urk. 154/6) Kommunikation: Fr. 150.– (Urk. 197 S. 29) Hausrat- und Haftpflichtvers.: Fr. 30.– (Urk. 197 S. 29) Mobilität (D.\_\_\_\_\_/Zürich): Fr. 125.– (öV, Urk. 197 S. 29) Auswärtige Verpflegung: Fr. 50.– (Urk. 197 S. 29, Fr. 110.– abzüglich Lunchcheckanteil Arbeitgeber von Fr. 62.50 (Urk. 154/1); Steuern (geschätzt): Fr. 250.– (Urk. 197 S. 30) Total: Fr. 3'246.– Es verblieb der Verfahrensbeteiligten somit ein monatlicher Überschuss von Fr. 477.– (Fr. 3'723.– Einkommen - Fr. 3'246.– zivilprozessualer Bedarf). Damit war sie jedoch nicht in der Lage, ihren (allerdings noch nicht rechtskräftigen) Kostenanteil des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 15'226.40 (vgl. Urk. 197 S. 50, Dispositivziffern 12 und 13) oder auch nur die Hälfte der gesamten vorinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 12'976.50 (Fr. 25'952.80 : 2) innert einer angemessenen Frist von maximal zwei Jahren zu tilgen, geschweige denn ihre Anwaltskosten und eine allfällige Parteientschädigung an den Beklagten (die Vorinstanz setzte eine um zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'000.– fest, Urk. 197 S. 51, Dispositivziffer 14) zu bezahlen. Die einkommensmässige Mittellosigkeit der Verfahrensbeteiligten ist daher zu bejahen. Das Vermögen der Verfahrensbeteiligten betrug per Ende 2018 gemäss Steuererklärung rund Fr. 44'000.– (Urk. 94/1; Urk. 93 S. 3). Im Rahmen ihrer Eingaben im erstinstanzlichen Verfahren vom 16. August 2019 bzw. 21. Oktober 2021 zeigt

- 12 - te sie allerdings nachvollziehbar auf, weshalb dieses Vermögen während des Verfahrens im Wesentlichen aufgebraucht wurde (vgl. Urk. 93 S. 4 f.; Urk. 94/1-5; Urk. 180 und 180/1-9 [vgl. insbes. Autoanschaffungskosten von Fr. 18'000.– im Juni 2019 {Ersatz des alten Fahrzeugs aus dem Jahr 2005, welches sie für die Transporte von C.\_\_\_\_\_ benötigt}, Anwaltskosten des Voranwalts MLaw X2.\_\_\_\_\_ von etwas mehr als Fr. 10'000.– sowie Erwerb von Genossenschaftsanteilen von Fr. 16'500.–]). Im Zeitpunkt der Eingabe vom 21. Oktober 2021 verfügte sie noch über zwei Konten bei der G.\_\_\_\_\_bank mit einem Saldo von rund Fr. 3'500.– (Urk. 182/1, 2), zumal glaubhaft erscheint, dass ihre drei H.\_\_\_\_\_konten saldiert wurden (Urk. 13/1; Urk. 94/1; Urk. 93 S. 4; Urk. 182/3-5). Es geht entgegen der Vorinstanz nicht an, der Verfahrensbeteiligten rückwirkend eine hypothetische Sparquote anzurechnen. Daran ändert auch der Hinweis der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 8. Mai 2019 nichts, wonach die Parteien angewiesen wurden, ihr Geld für den Prozess zu sparen (Prot. I S. 46). Ein verschwenderischer Lebensstil der Verfahrensbeteiligten ist nicht ersichtlich. Sie leistet indes seit Jahren regelmässig Zahlungen in die gebundene Selbstvorsorge, so im Jahre 2017 Fr. 13'536.– (nebst Fr. 40'000.– Einkauf 2. Säule; Urk. 13/1), im Jahre 2018 Fr. 6'768.– (Urk. 94/1), im Jahre 2019 Fr. 14'694.– (Urk. 182/1 S. 48 f., 52, 54, 56, 58, 60, 62 f. und 64), im Jahre 2020 mutmasslich Fr. 6'826.– (Urk. 182/1 S. 19) und im Jahre 2021 Fr. 2'700.– (Urk. 182/1 S. 2

f., 5, 7, 10, 12, 14, 16, 18). Einzahlungen in die 3. Säule (und Einkäufe in die 2. Säule) dienen der Vermögensbildung und können bei der Ermittlung des zivilprozessualen Notbedarfs nicht berücksichtigt werden. Guthaben der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) unterliegen Verfügungsbeschränkungen (was die steuerliche Privilegierung rechtfertigt) und können nicht zur Finanzierung der Prozesskosten beansprucht werden. Entsprechend kann dieses Guthaben nicht zum verfügbaren Vermögen der Verfahrensbeteiligten gezählt werden (vgl. auch BGer 5P.233/2005 vom 23.11.2005, Erw. 3.1.3). Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hätte aber dennoch verweigert werden können, wenn die Verfahrensbeteiligte mit den Einzahlungen in die 3. bzw. 2. Säule beabsichtigt hätte, an sich vorhandene Ersparnisse der Finanzierung des Prozesses zu entziehen, was rechtsmissbräuchlich wäre. Dies wäre bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege am 11.

- 13 - November 2020 zu prüfen gewesen. Da die Vorinstanz ihre Verfügung nicht begründet hat, kann nicht mehr überprüft werden, von welchen Parametern sie damals ausging. Jedenfalls kann der Verfahrensbeteiligten heute nicht vorgeworfen werden, sie habe der Aufforderung vom 8. Mai 2019, Geld für den Prozess zu sparen, nicht Folge geleistet. Nach der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege war es der Verfahrensbeteiligten erst recht nicht verwehrt, Einzahlungen in die 3. Säule zu machen. Nur wenn sich ihre finanziellen Verhältnisse seit dem 11. November 2020 verändert hätten und die Verfahrensbeteiligte deshalb nicht mehr mittellos gewesen wäre, hätte die unentgeltliche Rechtspflege entzogen werden können. 4.4. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Verfahrensbeteiligte ihre Mittellosigkeit im erstinstanzlichen Verfahren glaubhaft dargelegt hat. Sie war, insbesondere im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung, nicht in der Lage, die anfallenden Prozesskosten aus ihrem Einkommen oder aus ihrem Vermögen zu bezahlen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, der rückwirkende Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz gemäss der angefochtenen Verfügung vom 21. Dezember 2021 aufzuheben und der Verfahrensbeteiligten die ihr mit erstinstanzlicher Verfügung vom 11. November 2020 bewilligte unentgeltliche Prozessführung und Prozessvertretung (Rechtsanwalt MLaw X2.\_\_\_\_\_ vom 16. August 2019 bis 1. Oktober 2020; Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ ab 2. Oktober 2020) für das vorinstanzliche Verfahren zu belassen. Die von der Verfahrensbeteiligten letztlich zu tragenden Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, wovüber im hängigen Berufungsverfahren (Geschäfts-Nr. LZ220033) zu entscheiden sein wird, werden damit einstweilen auf die erstinstanzliche Gerichtskasse zu nehmen sein. Weiter werden ihre beiden unentgeltlichen Rechtsvertretungen für ihre Bemühungen und Barauslagen im erstinstanzlichen Verfahren aus der erstinstanzlichen Gerichtskasse zu entschädigen sein, soweit diese nicht durch eine allfällige Parteientschädigung gedeckt sind. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht der Verfahrensbeteiligten gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO. 5.1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 119 Abs. 6

- 14 - ZPO gilt nur für das erstinstanzliche (Gesuchs-)Verfahren. Demgegenüber dürfen im Rechtsmittelverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich Gerichtskosten erhoben werden (BGE 140 III 501 Erw. 4.3.2; BGE 137 III 470 Erw. 6). Gegenpartei in diesem Verfahren ist allerdings nicht die Gegenpartei des Hauptprozesses, sondern der Staat, d.h. der Kanton Zürich. Folglich hätte, nachdem die Verfahrensbeteiligte im Beschwerdeverfahren obsiegt, der Beschwerdegegner die

Gerichtskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 200 lit. a GOG (i.V.m. Art. 116 Abs. 1 ZPO) werden dem Kanton in Zivilverfahren jedoch keine Gerichtskosten auferlegt. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine Kosten zu erheben. 5.2. Die Kostenfreiheit gemäss § 200 lit. a GOG gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur für die Gerichtskosten, nicht auch für die Parteientschädigung (Hauer/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 200 N 4). Eine solche ist beantragt (Urk. 196 S. 2) und der unentgeltlichen Rechtsbeistandin der obsiegenden Verfahrensbeteiligten aus der Gerichtskasse zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. BGer 5A\_754/2013 vom 4. Februar 2014, Erw. 5). Die (volle) Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1, § 9 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV auf Fr. 1'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen. 5.3. Da die Verfahrensbeteiligte nach dem Gesagten keine Gerichtskosten zu tragen hat und überdies vom Kanton für ihre anwaltlichen Aufwendungen zu entschädigen ist, ist ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Es wird beschlossen:

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