

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 19. September 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Prozessführung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 15. Juli 2011; Proz. FE100100

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1. Mit Schreiben vom 18. August 2010 machte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) beim Bezirksgericht Pfäffikon (Vorinstanz) ein Scheidungsverfahren anhängig und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (act. 7/1). Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 25. Mai 2011 vor der Vorinstanz wurde die Gesuchstellerin zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege befragt (vorinstanzliches Prot. S. 33 ff.). Mit Schreiben vom 9. Juni 2011 teilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin mit, dass das Gesuch nur bewilligt werde, wenn sie die Abtretungserklärung für einen allfälligen Prozessgewinn unterzeichne (act. 7/48), welche wie folgt lautete (act. 7/49):

"Die unterzeichnende A. _____ tritt hiermit dem Kanton Zürich, vertreten durch die Bezirksgerichtskasse Pfäffikon ZH, einen etwaigen Prozessgewinn gemäss rechtskräftigem und prozesserledigendem Entscheid in dem gegen B. _____ am 18. August 2010 anhängig gemachten Verfahren (derzeit anhängig beim Bezirksgericht Pfäffikon ZH, Prozess Nr. FE100100) bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 15'400.– ab. Der abgetretene Prozessgewinn ist bestimmt zur Deckung der Kosten, die dem Kanton für die Honorierung des unentgeltlichen Rechtsvertreters der Gesuchstellerin entstehen sollten, sowie für die Deckung von Prozesskosten, die dereinst der Gesuchstellerin auferlegt werden sollten."

2. Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 teilte die Gesuchstellerin der Vorinstanz sinngemäss mit, dass sie die Abtretungserklärung in diesem Umfang nicht unterzeichne und ersuchte um Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege oder zumindest um eine Abtretungserklärung mit geringerem Umfang (act. 7/51). Die Vorinstanz wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 15. Juli 2011 ab (act. 7/53 = act. 3).

3. Mit Eingabe vom 4. August 2011 (Poststempel) reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. act. 3 und act. 7/54/1) Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 15. Juli 2011 ein mit den folgenden Anträgen (act. 2):

- "1. Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon, Einzelgericht o.V., vom 15. Juli 2011 sei aufzuheben, und es sei der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
2. Es sei der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
3. Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und es sei die Beschwerdeführerin für ihre Umtriebe angemessen zu entschädigen."

4. Am 16. August 2011 (Poststempel) reichte die Beschwerdeführerin ein Schreiben sowie eine modifizierte Abtretungserklärung ein (act. 8 und act. 9). Die von der Gesuchstellerin am 16. August 2011 unterzeichnete Abtretungserklärung lautet wie folgt:

"Die Unterzeichnende, A._____, tritt hiermit dem Kanton Zürich, vertreten durch die Bezirksgerichtskasse Pfäffikon ZH, einen etwaigen, CHF 25'000.00 übersteigenden Prozessgewinn gemäss rechtskräftigem und prozessurledigendem Entscheid in dem gegen B._____ am 18. August 2010 anhängig gemachten Verfahren (derzeit anhängig beim Bezirksgericht Pfäffikon ZH, Prozess Nr. FE100100) im Umfang von maximal CHF 15'400.00 ab. Der abgetretene Prozessgewinn ist bestimmt zur Deckung der Kosten, die dem Kanton für die Honorierung des unentgeltlichen Rechtsvertreters der Gesuchstellerin entstehen sollten, sowie für die Deckung von Prozesskosten, die dereinst der Gesuchstellerin auferlegt werden sollten."

5. Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 ZPO) kann verzichtet werden, da der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) weder bei einer Gutheissung noch bei einer Abweisung der vorliegenden Beschwerde beschwert ist. Das Verfahren ist somit spruchreif.

II. Anwendbares Recht / Prozessuales

1. Für das Rechtsmittelverfahren sind die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozess-

ordnung anwendbar (Art. 405 ZPO). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen gemäss Art. 308 ff. bzw. Art. 319 ff. ZPO. Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze anzuwenden, wie zum Beispiel das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV) des Kantons Zürich.

2. Für die im Rahmen der Berufung bzw. Beschwerde zulässige Überprüfung, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat (Art. 310 bzw. 320 ZPO), sind hingegen nach wie vor die altrechtlichen Bestimmungen (wie beispielsweise die zürcherische Zivilprozessordnung [ZPO/ZH] vom 13. Juni 1976) massgebend. Art. 404 Abs. 1 ZPO spricht ausdrücklich von "der betroffenen Instanz", welche bis zum Verfahrensabschluss altes Recht anzuwenden habe; andernfalls würde das neue Recht nicht nur sofort und uneingeschränkt, sondern darüber hinaus rückwirkend angewendet, was unzulässig wäre.

III. Rechtliches

1. Die Vorinstanz erwog, dass, ohne eine Bedarfsberechnung zu erstellen, die Gesuchsteller mit ihren beiden Einkommen den prozessualen Notbedarf decken könnten und allenfalls sogar ein kleiner Freibetrag bleibe, welcher jedoch der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kaum entgegenstehe. Im Detail zu beurteilen sei jedoch, ob die Gesuchsteller nicht über *erhebliches Vermögen* verfügten, welches zur Bestreitung der Prozesskosten zu verwenden sei. Die Parteien hätten die eheliche Eigentumswohnung verkauft und einen Nettoerlös (d.h. nach Abzug der Grundstückgewinnsteuern und Maklerkosten) in der Höhe von ca. Fr. 55'000.– erzielt (act. 3 S. 5). Die Beschwerdeführerin wandte soweit nichts gegen die vorinstanzlichen Erwägungen ein. Es treffe zu, dass die eheliche Eigentumswohnung verkauft und aus diesem Verkauf ein Nettoerlös von rund Fr. 55'000.– erzielt worden sei (act. 2 Rz. 5).

2. Die Vorinstanz ging in ihrer Berechnung vom Grundsatz der ehelichen Unterhalts- und Beistandspflicht des Beschwerdegegners aus (act. 3 S. 4). Sie liess die noch offenen Steuerschulden der Parteien in der Höhe von Fr. 34'981.30 aus den Jahren 2005 bis 2008 (act. 3 S. 7) sowie die Schuld der Beschwerdeführerin aus Darlehen in der Höhe von Fr. 3'887.– (act. 3 S. 6) unberücksichtigt, akzeptierte aber die Schuld der Beschwerdeführerin aus den noch nicht bezahlten Anteilsscheinen in der Höhe von Fr. 15'000.–, weil dann zu befürchten sei, das Mietverhältnis könne bei Nichtbezahlung gekündigt werden (act. 3 S. 7). Die Vorinstanz rechnete mit liquiden Mitteln der Parteien im Umfang von rund Fr. 40'000.– (Fr. 55'000.– abzüglich Fr. 15'000.– für Anteilsscheine). Mit diesem Geld sei es den Parteien möglich, die Gerichtskosten von mutmasslich Fr. 6'900.– sowie die anfallenden Anwaltskosten von rund je Fr. 8'500.– zu bezahlen. Es verbleibe den Parteien ein Notgroschen von insgesamt Fr. 16'100.–, was für allfällige unerwartete Kosten als zwar nicht grosszügig, jedoch als ausreichend zu qualifizieren sei (act. 3 S. 7). Nachdem die Beschwerdeführerin die Abtretung eines allfälligen Prozessgewinns verweigert habe, sei ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (act. 3 S. 7 f.). Es bleibt anzumerken, dass die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin die Abtretung eines allfälligen Prozessgewinns bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 15'400.– verlangt hatte (vgl. oben Ziff. I/1).

3. Die Beschwerdeführerin wendet ein, der Nettoverkaufserlös von Fr. 55'000.– liege auf einem Konto, das auf den Namen beider Parteien laute und über welches die Parteien nur gemeinsam verfügen könnten. Die Beschwerdeführerin habe es nicht in der Hand, von diesem Konto ihre Anwaltskosten zu beziehen. Die Gegenpartei sei nicht bereit, dies zuzulassen, da sie davon ausgehe, dass von diesem Verkaufserlös zuerst die Steuerschulden zu bezahlen seien, bevor ein Rest zwischen den Parteien aufgeteilt werde. Die Frage, wem wie viel von diesem Konto zugewiesen werde, sei vor Vorinstanz eben gerade strittig (act. 2 Rz. 6). Dass die Steuerschulden bezahlt würden, sei der Hauptgrund gewesen, weshalb der Beschwerdegegner darauf bestanden habe, die eheliche Wohnung zu verkaufen. Nach dem Verkauf der Wohnung stünden nun die Mittel zur Verfügung, um die Steuerschulden zu bezahlen. Diese seien deshalb ebenfalls zu be-

rücksichtigen (act. 2 Rz. 7). Die von der Vorinstanz zur Unterschrift vorgelegte Abtretungserklärung sei in dieser Form nicht haltbar. Der Beschwerdeführerin sei ein Vermögensfreibetrag vorweg zu belassen. Nur der darüber hinausgehende Prozessgewinn könne bis zum geltend gemachten Maximalbetrag abgetreten werden. Die Vorinstanz habe die Schulden für die Anteilsscheine berücksichtigt. Also sei lediglich ein Fr. 25'000.– übersteigender Betrag (Fr. 15'000.– für die Anteilsscheine und Fr. 10'000.– Notgroschen) abzutreten (act. 2 Rz. 9).

4.a) Bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darf allfälliges Vermögen berücksichtigt werden, wobei die Berücksichtigung voraussetzt, dass das Vermögen im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Prozesses oder im Zeitpunkt des Gesuchs überhaupt vorhanden bzw. verfügbar ist und nicht erst nach Abschluss des Prozesses realisiert werden kann (vgl. BGE 118 IA 369 E. 4.b; BGer 5P_433/2005 vom 30. Januar 2006 E. 3.3). Aus den Akten ergibt sich, dass zum fraglichen Zeitpunkt Vermögen in Form von Wohneigentum der Parteien vorhanden war. Gemäss Grundbuchauszug waren die Parteien Gesamteigentümer zufolge einfacher Gesellschaft (vgl. Grundbuchauszug vom 28. Oktober 2010, act. 7/9/14). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben Grundeigentümer die für einen Prozess benötigten finanziellen Mittel grundsätzlich durch Vermietung, Belehnung oder gegebenenfalls Veräusserung der Liegenschaft aufzubringen (vgl. BGer 2C_422/2009 vom 21. Dezember 2009 E. 3 m.w.H.). Dass das Vermögen zum Zeitpunkt des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege in Form von Wohneigentum gebunden war, steht der Verfügbarkeit somit nicht entgegen, vor allem auch deshalb nicht, weil die Parteien ohnehin im Begriffe waren, das Wohneigentum zu veräussern (vgl. act. 7/20 S. 4; vgl. auch die Überlegungen in der Erwägung II/4 des KassGer ZH, AA080091 vom 19. Mai 2009 auf www.gerichte-zh.ch [Entscheide]).

b) Grundsätzlich gilt, dass die unentgeltliche Rechtspflege erst dann zu gewähren ist, wenn eine Partei über keine eigenen Mittel verfügt und auch keinen Prozesskostenvorschuss von ihrem Ehegatten verlangen kann; beim Prozesskostenvorschuss ist nicht auf ein effektives Begehren der gesuchstellenden Partei gegenüber ihrem Ehepartner, sondern auf die hypothetische Erhältlichkeit abzu-

stellen (vgl. BGer 5P.395/2001 E. 2.c). Aus dem Gesamteigentum der Parteien an der Wohnung bzw. am Nettoverkaufserlös von Fr. 55'000.– kann nicht geschlossen werden, es bestehe kein verfügbares Vermögen. Die Beschwerdeführerin könnte die Leistung zulasten des gemeinsamen Kontos beantragen. Der Beschwerdegegner wäre bzw. ist verpflichtet, einer Auszahlung an die Prozesskosten aufgrund seiner ehelichen Beistandspflicht zuzustimmen. Aufgrund der Verfügbarkeit des Vermögens ist nicht auf einen allfälligen Prozessgewinn abzustellen, und es erübrigt sich, die Voraussetzungen für eine Abtretungserklärung zu prüfen. Davon abgesehen ist die von der Beschwerdeführerin am 16. August 2011 (Poststempel) eingereichte Abtretungserklärung (act. 8 und 9) als im Beschwerdeverfahren unzulässiges Novum (Art. 326 Abs. 1 ZPO) unbeachtlich (vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7379). Sofern im Folgenden nach Abzug allfälliger zu berücksichtigender Positionen ein über einem Notgroschen liegendes Vermögen resultiert, ist die unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

5. a) Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Steuerschulden nicht berücksichtigt worden seien (act. 2 S. 4). Verfallene Steuerschulden sind bei der Beurteilung der Bedürftigkeit der um unentgeltliche Rechtspflege nachsuchenden Person nur zu berücksichtigen, soweit sie tatsächlich bezahlt werden (vgl. BGer 5D_78/2011 vom 8. Juni 2011 E. 2.2. mit Hinweis auf BGE 135 I 221 E. 5.2 S. 227). Aus den Akten ergibt sich nicht, dass Zahlungen geleistet oder mit Ratenzahlungen begonnen wurde. Die Beschwerdeführerin behauptet dies auch nicht. Der Vorinstanz ist deshalb zuzustimmen, dass die Steuerschulden aus den Jahren 2005, 2006 und 2007 (act. 26 S. 15) im Umfang von Fr. 34'981.30 im Rahmen der Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu berücksichtigen sind (act. 3 S. 7).

b) Die Beschwerdeführerin hält dafür, dass ihr ein Notgroschen von Fr. 10'000.– zugestehen sei (act. 2 S. 5). Das Bundesgericht führte in seinem Entscheid vom 9. August 2005 aus: "Liegt Vermögen vor, darf bei der Festsetzung des so genannten Notgroschens nicht von einer allgemein gültigen Pauschale ausgegangen werden. Vielmehr ist nach Rechtsprechung und Lehre den Verhältnissen des konkreten Falles, wie namentlich Alter und Gesundheit, Rech-

nung zu tragen" (BGer I 362/05 vom 9. August 2005 E. 5.3 m.w.H.; vgl. auch BGer 5A_612/2010 vom 26. Oktober 2010 E. 2.3). Die Vorinstanz äusserte sich nicht dazu, weshalb sie einen – beiden Parteien verbleibenden – Notgroschen von Fr. 16'100.– für ausreichend hielt (act. 3 S. 7). Sie kam zu diesem Ergebnis, weil sie die mutmasslichen Gerichtskosten auf Fr. 6'900.– sowie die anfallenden Anwaltskosten auf je Fr. 8'500.– schätzte und ihre "Rechnung damit aufging". Bei üblichen Verhältnissen wie denjenigen der Parteien – was sich aus den Akten ergibt – ist jedoch von einem angemessenen Notgroschen von je Fr. 10'000.– auszugehen. Mehr verlangte die Beschwerdeführerin denn auch nicht.

c) Im Übrigen werden die vorinstanzlichen Ausführungen (Berücksichtigung von Fr. 15'000.– für die Anteilsscheine, keine Berücksichtigung des Darlehens von Fr. 3'887.–) von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen verwiesen werden (act. 3 S. 6 f.).

d) Es ergibt sich somit folgende Berechnung: Den Parteien stehen gemeinsam anrechenbare liquide Mittel von Fr. 40'000.– zur Verfügung (Fr. 55'000.– abzüglich Fr. 15'000.– für Anteilsscheine). Den Parteien ist je ein Notgroschen von Fr. 10'000.– zuzugestehen, womit liquide Mittel im Umfang von Fr. 20'000.– übrig bleiben. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege und damit die Beschwerde sind abzuweisen. Sollte sich der freie Betrag im Laufe des Verfahrens für die Bezahlung der verfallenen Steuern oder die Vorschüsse für die Parteivertreter reduzieren, steht es der Beschwerdeführerin frei, vor der Vorinstanz erneut ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolge

1. Es gilt der Grundsatz, dass im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 121 N. 10; OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011 E. V/2 [www.gerichte-zh.ch / Entscheide]). Die Gerichtskosten fallen daher ausser Ansatz.

2. Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, 8 und 9, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, Einzelgericht o.V., je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Andriane Muraro-Sigalas

versandt am: