

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC220016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Beschluss und Urteil vom 8. Juni 2022

in Sachen

A._____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. April 2022; Proz. FP200108

Erwägungen:

1.

1.1. Die Ehe der Parteien, die das gemeinsame Kind C._____, geboren am tt. mm. 2010, haben, wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 6. März 2015 geschieden. Am 1. Dezember 2020 machte der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Beschwerdegegner) am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung (fortan Vorinstanz), eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils anhängig (act. 7/1). Mit Eingabe vom 9. Dezember 2020 beantragte die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) unter anderem die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und stellte die diesbezügliche Begründung im Rahmen der Klageantwort in Aussicht (act. 7/11 S. 2 und 7). Mit Eingabe vom 7. Januar 2021 stellte auch der Beschwerdegegner ein entsprechendes Gesuch, welches er begründete, mit Belegen versah und anlässlich der Verhandlung vom 9. März 2021 ergänzte (act. 7/32; act. 7/33/1-9; act. 7/50 S. 12; act. 7/51/1-6). Am Vortag der Verhandlung vom 9. März 2021 reichte die Beschwerdeführerin einige Unterlagen betreffend das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (act. 7/47/14-25; Prot. Vi S. 14). Anlässlich dieser vorinstanzlichen Verhandlung, an welcher die Parteien eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen abschlossen, stellte die Beschwerdeführerin erneut ein entsprechendes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, machte kurze Ausführungen dazu und stellte wiederum eine schriftliche Begründung in Aussicht (Geschäfts-Nr. FP200108 Prot. S. 10 ff., insbes. S. 14 f.). Mit Verfügung vom 29. März 2021 wurde dem Beschwerdegegner die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (act. 7/58). In der vorinstanzlichen Einigungs- und Vergleichsverhandlung vom 27. Januar 2022, an welcher eine Teilvereinbarung abgeschlossen wurde, kündigte die Beschwerdeführerin erneut an, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege "schriftlich einzureichen" (Prot. Vi S. 35 ff.). Mit Verfügung vom 8. Februar 2022 wurde der Beschwerdeführerin – unter Hinweis auf die Säumnisfolgen – eine 30-tägige Frist angesetzt, um das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu begründen und zu belegen (act. 7/99A). Die Beschwerdeführerin liess sich innert Frist nicht vernehmen, woraufhin die Vor-

instanz das entsprechende Gesuch mit Verfügung vom 7. April 2022 abwies (act. 7/116 = act. 8, fortan act. 8).

1.2. Gegen die Abweisung ihres Gesuchs reichte die Beschwerdeführerin am 19. April 2022 hierorts eine als Berufung bezeichnete Eingabe ein. Sie beantragt Folgendes (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, 4. Abteilung, mit Datum vom 7. April 2022 (FP200018-L/Z10) sei aufzuheben, der Berufungsklägerin und Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt ass. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Eventualiter im Unterliegensfall sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu gewähren und der Unterzeichner als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-116). Auf weitere prozessleitende Schritte kann verzichtet werden, da sich die Sache als spruchreif erweist und der Beschwerdegegner durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert ist (BGE 139 III 334 E. 4.2). Zur Kenntnisnahme sind ihm mit dem vorliegenden Entscheid die Doppel von act. 2 und act. 3/1-4 zuzustellen.

2.

2.1. Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. A. 2016, Art. 326 N 3 f.). Dieser Ausschluss von Noven gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch für Verfahren, die – wie das Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn auch ein-

geschränkt durch die umfassende Mitwirkungsobliegenheit – der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGer 5A_863/2017 vom 3. August 2018 E. 2.3. m.w.H.).

2.2. Die mit Berufung betitelte Eingabe vom 19. April 2022 ist als Beschwerde gemäss Art. 121 ZPO entgegen zu nehmen. Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels schadet nicht (vgl. die Praxis der Kammer zur Konversion des unrichtig bezeichneten Rechtsmittels in das richtigerweise zu erhebende Rechtsmittel, OGer ZH RU120018 vom 12. Juni 2012, E. II./3.2.1 m.w.N.). Die Eingabe wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Rechtsmittelinstanz eingereicht (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO; act. 2; vgl. Abgabequittung IncaMail vom 19. April 2022, act. 4; act. 9/1). Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Es kann zunächst auf die Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen verwiesen werden (vgl. act. 8 S. 2 E. 2.). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos ist und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos erscheint. Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Bei der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (beschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip sowie die Offenlegungs- und Mitwirkungsobliegenheiten der gesuchstellenden Person eingeschränkt. Es obliegt der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und zu belegen; bei Ehegatten in Haushaltsgemeinschaft sind dies beide Nettoeinkommen und der gemeinsame Lebensbedarf. Ebenso hat sich die gesuchstellende Partei zur Sache und über die Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.2. m.w.H.; vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 3. A. 2021, Art. 119 N 10; ZK ZPO-Emmel, a.a.O., Art. 119 N 6 und 12). Legt die gesuchstellende Partei ihre finanziellen Verhältnisse (auch innert

Nachfrist) nicht offen und kommt damit ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht nach, so kann die Bedürftigkeit ohne Verletzung des Willkürverbots verneint werden und das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen (BGE 125 IV 161 E. 4a; BGE 120 Ia 179 E. 3a). Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn die anwaltlich vertretene Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.2. m.w.H.; BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.1 f.; BGer 4A_319/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2.2).

3.2. Die Vorinstanz wies das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung ab, ihre Bedürftigkeit sei nicht glaubhaft dargetan. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin habe das Gesuch auf der Grundlage einer rudimentären Schilderung der Einkommens- und Vermögenssituation, einiger im Recht befindlicher Unterlagen und der pauschalen Aussage, nicht über die erforderlichen Mittel zur Finanzierung des Prozesses zu verfügen, gestellt. Dem ihr zumutbaren Nachweis einer schriftlichen Begründung inklusive umfassender Dokumentation durch einschlägige Belege und damit ihrer Mitwirkungspflicht sei sie trotz Aufforderung und Hinweis auf die Säumnisfolgen nicht nachgekommen. Von den erforderlichen Dokumenten fehlten nach wie vor beispielsweise Lohnabrechnungen, Lohnausweise, allfällige Abrechnungen der Arbeitslosenkasse und Belege zur Vermögenssituation (act. 8 S. 2 f. E. 3. f.).

3.3. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift geltend, dass die von ihr im Recht liegenden Unterlagen die finanzielle Situation der Familie belegten, und führt die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Belege auf. Sie erläutert, dass ihr Ehemann – wie an der mündlichen Verhandlung besprochen – ein monatliches Einkommen von Fr. 6'000.– erziele. Die Beschwerdeführerin werde sich nach Kursabschluss im Bereich der Ernährungsberatung vollumfänglich um die dreijährige Tochter D._____ kümmern, wobei die Taggelder der Arbeitslosenversicherung Mitte 2021 ausgelaufen seien. Die Steuererklärung 2021 der

Familie sowie der Jahresabschluss der Einzelfirma des Ehemannes würden noch nicht vorliegen. Sie stellt unter Angabe der im Recht liegenden Belege eine Bedarfsberechnung der Familie für das Jahr 2022 auf, woraus ein monatliches Manko von insgesamt Fr. 904.– hervorgehe. Liegenschaften habe die Familie ebenso wenig wie finanzielle Rücklagen. Zusammenfassend sei die finanzielle Situation der Familie im vorinstanzlichen Verfahren ausreichend dargelegt gewesen, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege hätte zugesprochen werden müssen. Die im Recht liegenden Unterlagen seien nicht – wie von der Vorinstanz ausgeführt – rudimentär und liessen eine tragfähige Beurteilung der finanziellen Situation zu. Eine Ablehnung des Gesuchs, ohne sich im geringsten mit den im Recht liegenden Unterlagen zu befassen, sei keinesfalls möglich. Das Gesuch sei auch hinsichtlich des Erfordernisses einer Rechtsvertretung und der offensichtlichen Nicht-Aussichtslosigkeit im Abänderungs- und im Massnahmenverfahren begründet worden. Auch das Beschwerdeverfahren sei nicht von vornherein aussichtslos und erfordere aufgrund der rechtlich komplizierten Zusammenhänge eine anwaltliche Vertretung (act. 2 S. 3 ff. Rz. 5 ff.).

4.

4.1. Richtigerweise ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich davon ausgegangen, dass bei der Beurteilung der Mittellosigkeit auch das Nettoeinkommen ihres jetzigen Ehemannes und der Familienbedarf massgebend wäre. In Bezug auf die Einkünfte der Familie liegen jedoch lediglich der Arbeitsvertrag des Ehemannes und einige Kontoauszüge, woraus die monatlichen Einkünfte des Ehemannes hervorgehen, bei den Akten (vgl. act. 7/47/21; act. 7/98/4). Die diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerdeschrift sind aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO unbeachtlich. Gestützt auf den Arbeitsvertrag soll der Ehemann seit diesem Jahr ein monatliches Einkommen von Fr. 6'000.– erzielen (act. 7/98/2). Selbst wenn man gestützt auf den Arbeitsvertrag des Ehemannes von einem monatlichen Einkommen von Fr. 6'000.– und momentan keinem Einkommen der Beschwerdeführerin ausginge, bleiben die monatlichen Familieneinkünfte unklar. Den eingereichten Kontoauszügen sind monatliche Guthaben aus Einkünften des Ehemannes zwischen rund Fr. 3'800.– und rund Fr. 19'500.– zu entnehmen. Da nähere Ausführungen und weitere Belege wie Lohnabrechnungen

fehlen, ist fraglich, wie hoch die monatlichen Einkünfte des Ehemannes tatsächlich sind. Den eingereichten Bankauszügen von insgesamt sechs verschiedenen Monaten sind jeweils unter Abzug der Erwerbseinkünfte des Ehemannes weitere monatliche Guthaben von mindestens rund Fr. 4'000.– zu entnehmen, wozu seitens der Beschwerdeführerin jegliche Ausführungen unterblieben. Damit ist die Einkommenssituation der Familie insgesamt nicht genügend dargelegt.

4.2. Weiter ist in Bezug auf die Bedarfssituation der Familie darauf hinzuweisen, dass die erstmals gemachte Bedarfsaufstellung in der Beschwerdeschrift aufgrund des Novenverbots ebenfalls zu spät erfolgte. Es liegen zwar einige Unterlagen wie der Mietvertrag und die Krankenkassenpolicen bei den Akten, eine im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege relevante Aufstellung über die finanziellen Verhältnisse fehlt jedoch. Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin wäre es durchaus möglich gewesen, eine entsprechende Aufstellung rechtzeitig – spätestens innert der mit Verfügung vom 8. Februar 2022 angesetzten Frist – bei der Vorinstanz einzureichen. Auf die Bedarfssituation ist im Übrigen jedoch nicht weiter einzugehen, da bereits die Einkommenssituation – wie erwähnt – nicht ausreichend dargetan ist.

4.3. Nachdem die Beschwerdeführerin die (nähere) Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege über 13 Monate selbst mehrmals in Aussicht gestellt hatte (vgl. act. 7/11; Prot. Vi S. 14, 36 und 37), wurde sie – obwohl anwaltlich vertreten – von der Vorinstanz mit Verfügung vom 8. Februar 2022 aufgefordert, innert einer 30-tägigen Frist ihr Einkommen, ihre Ausgaben und die Vermögenssituation, begleitet von den entsprechenden – von der Vorinstanz explizit genannten – Dokumenten, umfassend darzulegen. Sie wurde explizit darauf hingewiesen, dass das Gericht bei Säumnis aufgrund der Akten entscheiden werde (act. 7/99A). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin ist damit von der Vorinstanz vor dem Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege zur Mitwirkung angehalten worden, obwohl das Gericht bei einer anwaltlich vertretenen Partei nicht verpflichtet wäre, eine Nachfrist zur Verbesserung eines unvollständigen oder unklaren Gesuchs anzusetzen. Der Beschwerdeführerin musste aufgrund der Säumnisandrohung klar sein, dass sie ihre Mittellosigkeit nicht hinreichend

dargelegt und belegt hatte. Trotzdem erteilte sie die verlangten Auskünfte nicht. Der Umstand, dass es die Beschwerdeführerin unterlassen hat, ihre Einkommens- und Vermögenssituation sowie ihren Bedarf unter Beilage der dafür erforderlichen Belege darzulegen, kommt einer Verweigerung der zumutbaren Mitwirkung gleich. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Angaben und Unterlagen in den vorinstanzlichen Akten zur Beurteilung der Mittellosigkeit nicht ausreichen, was zur Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege führen musste und die Beschwerdeabweisung zur Folge hat.

5.

5.1. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO im Grundsatz keine Gerichtskosten zu erheben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung auf das kantonale Beschwerdeverfahren jedoch nicht anwendbar (BGE 137 III 470 E. 6.5), weshalb für das vorliegende Verfahren Kosten zu erheben sind. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Die Beschwerdeführerin stellt im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 2 S. 2). Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin als aussichtslos, weshalb ihr Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren abzuweisen ist.

5.3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 2 lit. a, c und d sowie § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteienschädigungen zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beschwerdegegner nicht, weil ihm keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2 und 3/1-4, sowie an das Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

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

6. 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:

MLaw T. Rumpel

versandt am: