

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC220023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Beschluss und Urteil vom 19. August 2022

in Sachen

A._____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

gegen

B._____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 14. Februar 2022; Proz. FE210272

Erwägungen:

1.

1.1. Seit dem 1. Oktober 2021 ist die Scheidungsklage des Klägers und Beschwerdegegners (nachfolgend: Beschwerdegegner) gegen die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach hängig (nachfolgend: Vorinstanz; act. 5/1). Mit Eingabe vom 8. Dezember 2021 ersuchte der Beschwerdegegner um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 5/12). Anlässlich der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und Einigungsverhandlung vom 7. Februar 2022 stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses und eventualiter ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie der unentgeltlichen Rechtsvertretung (Prot. Vi. S. 13 ff.; act. 37). Die Parteien schlossen anlässlich der Verhandlung eine Teilvereinbarung zum Scheidungspunkt und zu den Kinderbelangen (Prot. Vi. S. 29). Mit Verfügung vom 14. Februar 2022 entschied die Vorinstanz über die beantragten vorsorglichen Massnahmen sowie die Anträge auf Leistung von Prozesskostenvorschüssen und über die eventualiter gestellten Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beider Parteien. Sowohl die beantragten Prozesskostenvorschüsse als auch die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden abgewiesen (act. 43). Mit Eingabe vom 1. März 2022 verlangte die Beschwerdeführerin die Begründung dieser zunächst unbegründet ergangenen Verfügung, worauf diese mit Bezug auf die sie beschwerenden Teile begründet wurde (act. 5/51 = act. 4 [Aktenexemplar] = act. 14; vgl. dazu act. 4 E. II).

1.2. In der Folge erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. Mai 2022 Beschwerde gegen die Abweisung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2). In der Beschwerdeschrift stellte sie folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung vom 14. Februar 2022 betreffend unentgeltliche Rechtspflege/unentgeltlichem Rechtsbeistand aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerdeführerin seit Einreichung des Gesuches am 4. Februar 2022 die unentgeltliche Rechtspflege/unentgeltlicher Rechtsbeistand rückwir-

kend zu gewähren. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

3. Es sei der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.3. Die weiteren Dispositivziffern der vorinstanzlichen Verfügungen vom 14. Februar 2022 – insbesondere Dispositivziffer 2 der ersten vorinstanzlichen Verfügung betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner (act. 4 S. 12 ff.) – blieben unangefochten (vgl. act. 2).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-53). Dem Beschwerdegegner kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (vgl. BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2 m.w.H.; BGE 139 III 334, E. 4.2), weshalb von ihm keine Beschwerdeantwort einzuholen ist (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (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 wie auch für unechte Noven.

2.2. Die vorliegende Beschwerde wurde mit Eingabe vom 23. Mai 2022 innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (act. 2; zur Rechtzeitigkeit act. 7). Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid bereits zutreffend festgehalten hat, hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO; act. 4 E. IV mit Verweis auf E. III.3.1 ff.).

3.2. Die Vorinstanz erwog hinsichtlich des eventualiter gestellten Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beschwerdeführerin mit Verweis auf ihre Ausführungen zur beantragten Leistung eines Prozesskostenvorschusses (act. 4 E. II.3 f.) weiter, dass das Gesuch zu begründen sei. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei dürfe vorausgesetzt werden, dass ihr bekannt sei, wie sie ein solches Gesuch zu stellen habe bzw. was zu behaupten und zu belegen sei. Es sei daher bei anwaltlich vertretenen Parteien auch bei mangelhaften Gesuchen keine Nachfrist zur Verbesserung zu gewähren. Die Beschwerdeführerin habe vorliegend ausgeführt, über eine Liegenschaft im Ausland, namentlich C._____ in D._____, zu verfügen. Weitere Angaben zur Liegenschaft habe weder die Beschwerdeführerin noch deren Rechtsvertreter getätigt. Insbesondere sei nicht dargelegt worden, dass diese Liegenschaft nicht weiter belastet werden könne oder ob damit beispielsweise Mietzinseinnahmen oder ein Nettoerlös zu erzielen seien. Mangels anderer Behauptung sei deshalb anzunehmen, dass es der Beschwerdeführerin möglich sei, ihre Prozesskosten durch Rückgriff auf die Liegenschaft zu finanzieren. Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin sei nicht erstellt, weshalb das Gesuch um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege abgewiesen werde (act. 4 E. IV mit Verweis auf E. III.4.1).

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin beanstandet im Wesentlichen die Verletzung der gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO sowie des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO (act. 1 Rz. 17).

4.2. Vorerst ist darauf hinzuweisen, dass die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht ist. Dies gilt insbesondere bei der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009, E. 3.1). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei, welche die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangt, auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt wurde (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5; zum Ganzen: OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022, E. V.2.3).

4.3. Wie erwähnt hat die Vorinstanz sowohl den Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner als auch das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beschwerdeführerin abgewiesen (act. 4 S. 12 ff.). Die Beschwerdeführerin hat lediglich die Dispositivziffer der vorinstanzlichen Verfügungen bezüglich unentgeltlicher Rechtspflege angefochten, nicht jedoch diejenigen betreffend Abweisung des Antrages auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner (act. 4 Dispositivziffer 2 der ersten Verfügung [Prozesskostenvorschuss] und Dispositivziffer 2 der zweiten Verfügung [unentgeltliche Rechtspflege]). Der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses wurde von der Vorinstanz ebenfalls wegen fehlendem

Nachweis der Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin abgewiesen (act. 4 E. III.4.2). Ob der Beschwerdegegner aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse einen Prozesskostenvorschuss leisten könnte, wurde von der Vorinstanz nicht geprüft. Weiter wurde die vom Beschwerdegegner bei der Vorinstanz eventualiter beantragte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege verweigert, wofür keine Begründung verlangt wurde (act. 4 Dispositivziffer 1 der zweiten Verfügung). Die Beschwerdeführerin legte in der Beschwerde nicht dar, weshalb sie darauf verzichtete, die Abweisung ihres Antrages auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses anzufechten. Ebenso ist eine allfällige Mittellosigkeit des Beschwerdegegners vorliegend keineswegs manifest (vgl. z.B. Steuererklärung 2020 des Beschwerdegegners, act. 5/28/34).

4.4. Im Ergebnis ist die Beschwerde aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Auf die Beanstandungen der Beschwerdeführerin ist somit nicht weiter einzugehen.

5.

5.1. Die Beschwerdeführerin beantragte die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie die Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. E. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand im Beschwerdeverfahren (act. 2 S. 2). Mit Eingabe vom 4. Juli 2022 teilte Rechtsanwalt Dr. E. _____ sodann mit, dass er das Mandat im vorliegenden Verfahren niederlege (act. 9). Es erfolgten danach seitens der Beschwerdeführerin keine weiteren Eingaben. Das Gesuch um Einsetzung von Rechtsanwalt Dr. E. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand beschränkt sich somit auf den Zeitraum von der Beschwerdeeinreichung bis zum 4. Juli 2022.

5.2. Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Das heisst, es ist ein neues Gesuch und ein neuer Entscheid nötig. Die Wirkung eines vor erster Instanz bewilligten Gesuches dauert nicht fort. Für das Rechtsmittelverfahren sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege neu zu prüfen, zumal nunmehr die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels in Frage steht und sich die Mittellosigkeit grundsätzlich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung beurteilt. Es gelten dafür die-

selben formellen Anforderungen wie für das Gesuch vor der ersten Instanz (BGer 5A_261/2013 vom 10. Juni 2013, E. 4.3 f. m.w.H.).

5.3. Die Beschwerdeführerin verwies in ihrer Beschwerdeschrift pauschal auf ihre Ausführungen und Beilagen im Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Vorinstanz. Ob dieser allgemeine Verweis auf die vorinstanzlichen Ausführungen den Substantierungsobliegenheiten genügt, kann vorliegend offen gelassen werden. Hinsichtlich der Mittellosigkeit wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin monatlich weit ins Minus falle und es ihr deshalb nicht möglich sei, den Prozess samt Anwalt für die Scheidung aus eigenen Mitteln zu bezahlen (act. 2 Rz. 14).

5.4. Wie in Ziffer 4.2 erwogen, ist die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht. Die Beschwerdeführerin stellt im Rahmen des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren kein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner. Weiter verzichtet sie darauf zu behaupten und darzulegen, dass und weshalb ein solcher Prozesskostenvorschuss uneinbringlich sei. Ebenso ist eine allfällige Mittellosigkeit des Beschwerdegegners – wie bereits in Erwägung Ziffer 4.2 festgehalten – vorliegend keineswegs manifest. Unter diesen Umständen ist das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Beschwerdeverfahren abzuweisen. Zu erwähnen bleibt, dass sich das Beschwerdeverfahren zudem als aussichtslos erweist, da es die Beschwerdeführerin – wie oben erwähnt – unterliess den abweisenden vorinstanzlichen Entscheid betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner anzufechten, so dass ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren auch aus diesem Grund abzuweisen wäre.

6.

6.1. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO keine Gerichtskosten zu erheben. Diese Bestimmung ist auf das kantonale Beschwerdeverfahren indes nicht anwendbar (vgl. BGE 137

III 470 ff., E. 6.5; OGer ZH RU160002 vom 14. März 2016, E. 4 und RU160006 vom 14. März 2016, E. 7, je m.w.H.). Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin daher kostenpflichtig.

6.2. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.3. Dem Beschwerdegegner ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

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

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 3/2-9, sowie an das Bezirksgericht Bülach, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Gautschi

versandt am: