



Kass.-Nr. AA070047/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 14. November 2007

in Sachen

X.

Zustelladresse: c/o Rechtsanwältin lic. iur. _____

Gesuchstellerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Y.

Zustelladresse: c/o Rechtsanwalt lic. iur. _____

Gesuchsteller, Rekursgegner und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Februar 2007 (LQ060114/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien befinden sich seit Juli 2006 in einem Scheidungsverfahren vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts ____ (vgl. ER act. 1). Sie beantragten gemeinsam die Scheidung, unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen. Sowohl der Ehemann Y. (nachfolgend Beschwerdegegner) als auch die Ehefrau X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) beantragten, es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (ER act. 1 S. 2 und act. 7 S. 2). Mit Verfügung vom 30. November 2006 wies der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes ____ (Erstinstanz) beide Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (ER act. 28).

2. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2006 liess der Beschwerdegegner beim Einzelrichter ein Wiedererwägungsgesuch betreffend UP/URV-Entscheid stellen (ER act. 30). Die Beschwerdeführerin ihrerseits rekurrierte gegen den Entscheid des Einzelrichters (OG act. 2). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2006 änderte der Einzelrichter den am 30. November 2006 ergangenen Entscheid insofern ab, als den Parteien je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wurde, beschränkt auf das Massnahmeverfahren vor Erstinstanz (OG act. 7). Mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) vom 20. Februar 2007 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren abgewiesen (Disp.-Ziff. 1). Das Verfahren hinsichtlich der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das bei der Erstinstanz hängige vorsorgliche Massnahmeverfahren wurde infolge eingetretener Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschlossen (Disp.-Ziff. 2). Sodann wurde der Rekurs der Beschwerdeführerin abgewiesen (Disp.-Ziff. 3).

3. Die Beschwerdeführerin liess gegen den Beschluss der Vorinstanz rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde einreichen, mit welcher sie - zusammengefasst - beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ihr

sowohl für beide vorinstanzlichen Verfahren als auch für das Verfahren vor Kassationsgericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner äusserte sich im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht.

II.

1. Vorauszuschicken ist, dass es sich bei den Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege (§§ 84 ff. ZPO) nach gefestigter Lehre und Praxis um wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO handelt (RB 1977 Nr. 29; Kass.-Nr. 96/263 Z, Entscheid vom 11. März 1997, i.S. W., Erw. IV./2.2; Kass.-Nr. 99/029 Z, Entscheid vom 12. Juni 2000, i.S. S., Erw. II.2.2; Kass.-Nr. 2002/057 Z, Entscheid vom 24. Dezember 2002 i.S. T., Erw. II.3.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 24 zu § 281 ZPO und N 28 zu § 84 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27). Das Kassationsgericht prüft - unabhängig von der allenfalls unzutreffenden Subsumtion - entsprechende Rügen deshalb sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht mit freier Kognition (vgl. RB 1987 Nr. 46; Kass.-Nr. 99/009 Z, Entscheid vom 20. Dezember 1999 i.S. B., Erw. II.2.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog zunächst, es sei mit der Erstinstanz davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin angesichts des von ihr glaubhaft gemachten Bedarfes und Einkommens nicht in der Lage sei, den Prozess - geschweige denn ihre Rechtsvertreterin - aus ihren laufenden Einkünften zu finanzieren (KG act. 2 S. 4).

Im Folgenden hielt die Vorinstanz fest, es sei unbestritten, dass Vermögen in Form der in Z. gelegenen Wohnung vorhanden sei. Aufgrund der Vorbringen der Parteien könne diese Wohnung in Z. als im Sinne der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung vorhandenes und verfügbares Vermögen berücksichtigt werden, welches zur Deckung der Verfahrenskosten belastet oder auch veräussert werden könne. Stehe die Wohnung - wie vom Beschwerdegegner behauptet und von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten - tatsächlich in hälftigem Eigentum der Beschwerdeführerin, so wäre sie infolge nichtbestehender Mittellosigkeit gehalten, ihren Anteil an diesem Vermögen zur Finanzierung des Prozesses heranzuziehen. Ihr Armenrechtsgesuch wäre in diesem Fall abzuweisen (KG act. 2 S. 6 f.).

Stellte aber, so die Vorinstanz weiter, der Anteil der Beschwerdeführerin an der Wohnung einen nicht zu berücksichtigenden Vermögenswert dar, hätte sie dennoch keinen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, solange Ungewissheit bestehe, ob sie vom Beschwerdegegner einen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen könne. Da das Verfahren betreffend die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als vorsorgliches Massnahmeverfahren grundsätzlich von der Dispositionsmaxime beherrscht werde, könne ein Prozesskostenvorschuss nur dann zugesprochen werden, wenn ein solcher beantragt worden sei. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin keinen Prozesskostenvorschuss verlangt, so dass an dieser Stelle darüber nicht zu befinden sei und somit auch in diesem Fall das Armenrechtsgesuch der Beschwerdeführerin abzuweisen wäre. Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners sei immerhin darauf hingewiesen, dass ihm mit der (insoweit nicht angefochtenen) Verfügung des Einzelrichters vom 30. November 2006 die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Hinweis auf sein Vermögen in Form der in Z. gelegenen Wohnung verweigert worden sei (KG act. 2 S. 7 f.).

3. a) Die Beschwerdeführerin wendet zunächst ein, die obergerichtliche Auffassung, wonach die Beschwerdeführerin keinen Prozesskostenvorschuss verlangt habe und darüber deshalb nicht zu befinden sei, verletze die Officialmaxime. Die Vorinstanz hätte vielmehr abklären müssen, ob der Beschwerdegegner überhaupt einen Prozesskostenvorschuss leisten könne, unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin einen entsprechenden Antrag gestellt habe oder nicht. Dabei hätte sie feststellen können, dass dem Beschwerdegegner unter denselben

finanziellen Voraussetzungen im Eheschutzverfahren vor Bezirksgericht ____ im Jahr 2005 die unentgeltliche Rechtspflege zugesprochen worden sei und dass er sowohl in seinem Gesuch vom 19. Juli 2006 als auch in seinem Wiedererwägungsgesuch vom 11. Dezember 2006 ausgeführt habe, dass er nicht einmal die finanziellen Möglichkeiten besitze, um seinen eigenen Anwalt zu bezahlen. Hätte die Vorinstanz die *Offizialmaxime* beachtet, hätte sie somit feststellen können, dass der Beschwerdegegner nicht in der Lage sei, einen Kostenvorschuss für die Beschwerdeführerin zu leisten, weshalb ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hätte bewilligt werden müssen (KG act. 1 S. 9 f.).

b) Die Beschwerdeführerin verweist auf den in ZR 90 Nr. 82 publizierten Entscheid des Kassationsgerichts vom 2. März 1992. Darin wird festgehalten, die (durch das Antragsprinzip sowie die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei beschränkte) *Offizialmaxime* gelte auch bezüglich der Vorfragen, ob und wieweit die Prozesskosten im Rahmen des erweiterten Bedarfs hätten geltend gemacht werden können, ob der Gesuchsteller den verbleibenden Betrag aus seinem eigenen Vermögen aufbringen könnte und ob er letztlich nicht gestützt auf die allgemeine eheliche Beistandspflicht vom Ehepartner einen angemessenen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen könnte.

c) Was die Vorinstanz im vorliegenden Fall aus dem Fehlen eines Antrages um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ableiten will, ist mit den vorerwähnten Grundsätzen nicht vereinbar. Wenn die Vorinstanz argumentiert, die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im vorsorglichen Massnahmeverfahren werde grundsätzlich von der *Dispositionsmaxime* beherrscht und könne entsprechend nur auf Antrag hin zugesprochen werden (KG act. 2 S. 8), trifft dies zwar zu, doch übersieht die Vorinstanz, dass es sich beim Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses einerseits und beim Anspruch auf Gewährung des prozessualen Armenrechts andererseits nicht um identische Ansprüche handelt. Der Anspruch auf Einräumung eines Prozesskostenvorschusses ergibt sich aus dem materiellen Zivilrecht und richtet sich gegen den Ehegatten. Der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung ist hingegen verfahrensrechtlicher Natur und richtet sich in erster Linie gegen

den Staat (ZR 90 Nr. 82 Erw. 1.2.3 S. 262 m.w.H.). Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin im Sinne des prozessualen Armenrechts kann demzufolge nicht mit der Begründung verneint werden, die Gesuchstellerin habe keinen Prozesskostenvorschuss beantragt, weshalb Ungewissheit darüber bestehe, ob sie einen solchen erhältlich machen könne. Diese Begründung verletzt die dem Gericht im Rahmen des prozessualen Armenrechts zukommende Abklärungspflicht und setzt den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO.

Anzumerken bleibt der Vollständigkeit halber Folgendes: Die Vorinstanz weist hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners darauf hin, dass ihm mit der (insoweit nicht angefochtenen) Verfügung der Erstinstanz vom 30. November 2006 die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Hinweis auf sein Vermögen in Form der in Z. gelegenen Wohnung verweigert worden sei (KG act. 2 S. 8). Zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Abweisung des Gesuches des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert gewesen wäre. Demzufolge kann aus dem Umstand der Nicht-Anfechtung nichts zu Ungunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden. Zum anderen bedeutet die Annahme der Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners hinsichtlich allfälliger ihn selber treffenden Kosten nicht, dass er auch in Bezug auf einen Prozesskostenvorschuss als leistungsfähig zu betrachten wäre. Hätte somit die Vorinstanz mit ihrem Hinweis darlegen wollen, ein Antrag der Beschwerdeführerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschuss wäre erfolgreich gewesen, erwiese sich dies als nicht stichhaltig.

4. a) Die Beschwerdeführerin kritisiert im Weiteren das Verhalten des Beschwerdegegners als widersprüchlich bzw. als gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von § 50 ZPO verstossend. Einerseits habe er ausführen lassen, der Erlös (aus einem Verkauf der Wohnung in Z.) sei angesichts der schlechten Wirtschaftslage in Z. ungewiss und für eine Hypothekarbelastung fehle den Parteien die Kreditwürdigkeit (KG act. 1 S. 10 Ziff. 8). Gestützt auf diese Ausführungen des Beschwerdegegners habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen und müssen, dass die Liegenschaft in Z. keine weitere Belastung

zulasse. Hätte sie dennoch ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gestellt, wäre dies einer mutwilligen Prozessführung gleichgekommen (KG act. 1 S. 11 Ziff. 9). Andererseits habe der Beschwerdegegner in seiner Rekursantwort plötzlich ausgeführt, es sei wahrscheinlich, dass die Wohnung mit Gewinn verkauft oder belehnt werden könne, was als Verstoss gegen Treu und Glauben gemäss § 50 Abs. 1 ZPO zu werten sei (KG act. 1 S. 11 Ziff. 10).

b) Ob die Beschwerdeführerin mit diesen Ausführungen überhaupt einen Nichtigkeitsgrund geltend machen will, ist nicht ganz klar. Jedenfalls geht aus der Beschwerde nicht hervor, inwiefern die Vorinstanz einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hätte. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann einzig geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid oder das Verfahren, welches dem Entscheid zu Grunde liegt, sei nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 unten). Einem widersprüchlichen oder rechtsverletzenden Verhalten einer Partei könnte nur insofern Bedeutung zukommen, als die Vorinstanz diesbezüglich Kenntnis hatte bzw. hätte haben müssen und sie im Zusammenhang mit dem Verhalten der Partei einen Nichtigkeitsgrund gesetzt hätte (Kass.-Nr. 94/240 Z, Entscheid vom 26. September 1994 i.S. W.c.W., Erw. II.4.b); dies wird von der Beschwerdeführerin jedoch nicht geltend gemacht.

5. Nicht ersichtlich ist, auf welchen konkreten Nichtigkeitsgrund sich die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen unter Ziff. 11 der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 11 f.) berufen will. Soweit die Beschwerdeführerin das Eheschutzbegehren vor Bezirksgericht erwähnt, ist wohl eher das vorsorgliche Massnahmeverfahren im Scheidungsprozess gemeint, für welches (Erstinstanz) den Parteien (wiedererwägungsweise) mit Verfügung des Einzelrichters vom 21. Dezember 2006 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden ist (vgl. OG act. 7). Allein gestützt auf diesen Entscheid erscheint die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Scheidungsverfahren insgesamt nicht zwingend.

6. a) Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin ein, die Vorinstanz verkenne das Wesen eines Prozesskostenvorschusses. Ein solcher komme nur dann in Frage, wenn der Prozessgegner über genügend sofort realisierbare Vermö-

genswerte verfüge. Eine mit Hypotheken belastete unbedeutende Immobilie im Ausland, deren Verkauf und Verkaufserlös sowie Zeitpunkt des Verkaufs höchst ungewiss sei, könne für einen Vorschuss nicht in Frage kommen. Die Behauptung des Beschwerdegegners, den Parteien fehle für eine weitere Erhöhung der Hypothek die Kreditwürdigkeit, sei von der Beschwerdeführerin unbestritten geblieben und könne ferner als gerichtsnotorisch gelten. Zudem hätte sich das Gericht durch die Gutheissung des Gesuchs nichts vergeben, nachdem bei unentgeltlicher Rechtspflege ein Rückforderungsrecht des Staates bestehe (KG act. 1 S. 12 S. 12 f. Ziff. 12).

b) Da die Vorinstanz die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht abschliessend geprüft hat, mithin auch nicht erwogen hat, die Liegenschaft müsste bzw. könnte verkauft werden und aus dem Verkaufserlös wäre ein Vorschuss zu leisten, fehlt dem Einwand der Beschwerdeführerin die Grundlage. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichts kein klares Recht besteht, wonach ein Ehegatte nicht verpflichtet werden kann, eine Hypothek auf seiner Liegenschaft aufzunehmen, um einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (RB 1998 Nr. 12 bzw. Kass.-Nr. 97/516 Z, Entscheid vom 17. September 1998 i.S. H.c.H., Erw. 6c). Das dem Staat eingeräumte Rückforderungsrecht (§ 92 ZPO) ändert sodann nichts daran, dass die unentgeltliche Rechtspflege nur dann gewährt wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind.

7. Da die Vorinstanz einerseits letztlich offen liess, ob die Wohnung in Z. tatsächlich in hälftigem Eigentum der Beschwerdeführerin steht (KG act. 2 S. 7) bzw. ob der Anteil der Gesuchstellerin an der in Z. gelegenen Wohnung als (ein die Mittellosigkeit im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO ausschliessender) Vermögenswert zu berücksichtigen sei (KG act. 2 S. 8) und sich andererseits die alternative Begründung unter Hinweis auf den nicht beantragten Prozesskostenvorschuss als mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet erweist, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

1. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2).

Die Beschwerdeführerin obsiegt im Kassationsverfahren, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (§ 64 Abs. 2 ZPO). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist demzufolge gegenstandslos geworden. Hingegen wird der Antrag um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung als Folge des Obsiegens nicht gegenstandslos. Der Beschwerdegegner hat sich am Kassationsverfahren nicht beteiligt, weshalb er praxisgemäss nicht als unterliegende Partei gilt und somit weder kosten- noch entschädigungspflichtig wird (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO). Im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wäre die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin demzufolge aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Angesichts der finanziellen Verhältnisse der Parteien und nachdem die Beschwerde nicht aussichtslos ist, erscheint es als angezeigt, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

2. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Der Beschwerdeführerin wird für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Februar 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 242.-- Schreibgebühren,
Fr. 276.-- Zustellgebühren und Porti.
5. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin, Rechtsanwältin lic. iur. _____, wird für ihre Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 1'500.-- (inkl. Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
7. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes _____ (Proz.Nr. FE060300), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: