

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC110038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

## Urteil vom 16. September 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecherin X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts in Familiensachen  
des Bezirkes Horgen vom 3. August 2011; Proz. FE060299**

## **Erwägungen:**

### **I.**

Seit November 2006 ist bei der Vorinstanz das Scheidungsverfahren der Parteien hängig (act. 6/5). Ein erstes Gesuch des Ehemanns um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von Ende Januar 2007 (act. 6/15) wurde nach mehreren prozessualen Zwischenschritten, teilweise mit entsprechenden Rechtsmittelverfahren, am 25. April 2008 durch die zuständige Einzelrichterin abgewiesen (act. 6/64).

Am 28. Januar 2011 stellte der Ehemann ein erneutes Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/125; Beilagen in act. 6/126/1-12). Mit Verfügung vom 29. April 2011 wurde er daraufhin zur Erteilung von Angaben zu seinem durchschnittlichen monatlichen Einkommen, den regelmässig für seinen Lebensunterhalt anfallenden monatlichen Kosten sowie der Höhe seines aktuellen Vermögens (Aktiven und Passiven) und zur Einreichung entsprechender Unterlagen angehalten (act. 6/127). Mit Eingabe vom 23. Mai 2011 reichte der Gesuchsteller eine Aufstellung über die Vermögenswerte per 23. März 2003, drei Kontoauszüge per Ende März bzw. Ende Dezember 2003, zwei Kontoblätter der C.\_\_\_\_\_ AG [Treuhand- und Revisionsgesellschaft] sowie der D.\_\_\_\_\_ AG vom November 2004, eine Prämienabrechnung der E.\_\_\_\_\_ [Krankenkasse] vom 7. April 2011, Belege zur BVG-Rente für den Zeitraum März bis Juni 2011, Ausweise zu Kosten der Spitex-Betreuung und die Steuererklärung 2009 zu den Akten (act. 6/134; act. 6/135/1-10). Am 14. Juni 2011 reichte der Gesuchsteller ergänzend vier Bankbelege von März und April 2003 sowie ein Schreiben der Vermieterin betreffend Mietzinsausstand per Mai 2011 von Fr. 63'840.00 und Zession nach (act. 6/137 und act. 6/138/1-5).

Mit Verfügung vom 3. August 2011 lud die zuständige Einzelrichterin die Parteien schliesslich zu einer mündlichen Verhandlung mit persönlicher Befragung vor und wies das erneute Begehren des Ehemanns um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wiederum ab (act. 6/142 = act. 5).

Gegen die Abweisung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege führte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 29. August 2011 (auch Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde (vgl. auch act. 6/143/2+4) und beantragte die Aufhebung dieses Teils der vorinstanzlichen Verfügung sowie die Gewährung des Armenrechts (act. 2). In Anwendung von Art. 322 ZPO wurde auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet.

## II.

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtet sich demnach weiterhin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH) sowie denjenigen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) vom 13. Juni 1976. Für die gegen den Entscheid vom 3. August 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen - entgegen der Ansicht des Gesuchstellers (act. 2 S. 2) - das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Damit ist auf das vorliegende Beschwerdeverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung mit deren kantonalem Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010) anwendbar. Dass das vor Vorinstanz nach wie vor hängige Scheidungsverfahren nach altem Recht zu Ende zu führen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO), ändert daran nichts (ZR 110/2011 Nr. 32). Gleichviel welchen Regeln das Verfahren in der zweiten Instanz folgt, ist das Rechtsmittel daraufhin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden (alten) Normen richtig anwandte.

### III.

1. Eine Partei hat auf Antrag Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn sie nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen und der Prozess nicht aussichtslos erscheint (§ 84 ZPO/ZH). Auf besonderes Gesuch hin wird nach denselben Voraussetzungen ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt, falls die Partei für die gehörige Führung des Prozesses eines solchen bedarf (§ 87 ZPO/ZH). Neben den allgemeinen Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung müssen damit zusätzlich beispielsweise tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten vorliegen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 1997, § 87 N 9 f.).

Mittellosigkeit setzt voraus, dass der Gesuchsteller sämtliche eigenen Hilfsmittel - wie die eigene Arbeitskraft und seinen Kredit, den er aufgrund seiner Vermögenslage erwarten darf - zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat. Die prozessuale Bedürftigkeit kann sich aus einer Gegenüberstellung des Einkommens und des notwendigen Lebensunterhalts ergeben. Keine Bedürftigkeit besteht jedoch, soweit die Prozesskosten aus allfälligem Vermögen bezahlt werden können (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 11).

Aus der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruchs auf Gewährung des prozessualen Armenrechts folgt, dass das Gericht dessen gesetzliche Voraussetzungen grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen hat (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 54 N 30). Allerdings unterliegt dies einer doppelten Beschränkung, die sich einerseits aus dem Antragsprinzip und andererseits aus der Mitwirkungspflicht der Parteien ergibt. Zur Auskunfterlangung über seine finanziellen Verhältnisse kann das Gericht vom Gesuchsteller nämlich Ausweise verlangen, ihn über seine Verhältnisse sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel einvernehmen oder auch den Prozessgegner anhören (§ 84 Abs. 2 ZPO/ZH; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 84 N 23). Dem Gesuchsteller obliegt es demnach, bei der Feststellung des für den Entscheid wesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Er trägt damit in diesem Bereich die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (vgl. im

Einzelnen zur Ausgestaltung des als "beschränkte Officialmaxime" bezeichneten beschränkten Untersuchungsgrundsatzes [Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen im Gegensatz zur fehlenden Verfügungsmacht der Parteien über den Streitgegenstand und der fehlenden Bindung an die Parteianträge] ZR 104 Nr. 14; ZR 90 Nr. 57; ZR 85 Nr. 79; allgemein zur Mitwirkungspflicht auch BGE 125 III 231; BGE 120 Ia 179). Konkret hat der Gesuchsteller seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs umfassend darzulegen und soweit wie möglich zu belegen. Massgebend ist demnach die gesamte wirtschaftliche Situation zur Zeit der Gesuchstellung. Einerseits ist somit sämtlichen finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers Rechnung zu tragen, andererseits sind aber nicht nur seine Einkünfte, sondern auch seine Vermögenssituation zu beachten. Dabei dürfen umso höhere Anforderungen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation gestellt werden, je komplexer die finanziellen Verhältnisse sind. Die einzureichenden Belege haben nach dem Gesagten neben dem aktuellen Grundbedarf des Gesuchstellers über sämtliche finanzielle Verpflichtungen des Gesuchstellers sowie über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse Aufschluss zu geben. Nur bei vollständiger Kenntnis der gesamten finanziellen Situation kann namentlich beurteilt werden, ob und allenfalls in welchem Umfang dem Gesuchsteller zur Aufbringung der Mittel zur Prozessführung die Beanspruchung des Vermögens - etwa durch entsprechende Kreditaufnahme - nicht nur möglich, sondern auch zumutbar ist. Kommt der Gesuchsteller seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nach, ist das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege - wie von der Vorinstanz getan - abzuweisen (BGE 125 IV 161; BGE 120 Ia 179; BGE 119 Ia 11; BGE 118 Ia 369).

2. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des fraglichen Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege damit, dass der Gesuchsteller trotz entsprechender Aufforderung in der Verfügung vom 29. April 2011 keine Angaben zu seinen aktuellen Vermögensverhältnissen gemacht und keine entsprechenden Unterlagen eingereicht habe. So habe er zwar mit Schreiben vom 23. Mai 2011 Unterlagen betreffend seinen aktuellen Bedarf und die Steuererklärung 2009 eingebracht und mit Eingabe vom 14. Juni 2011 erneut ausgeführt, er verfüge über kein Vermögen. Vorgelegt habe er allerdings lediglich Kontoauszüge per 23. März 2003, ob-

wohl er ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, aktuelle Auszüge sämtlicher Bankkonti und Bankdepots einzureichen. Da der Gesuchsteller somit trotz vorgängiger Aufforderung seine aktuelle Vermögenssituation und damit seine Mittellosigkeit nicht dargetan habe, sei sein Begehren um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (act. 6/142 S. 3 f. = act. 5 S. 3 f.).

In seinem Rechtsmittel macht der Gesuchsteller geltend, er habe nach der Errichtung einer Beistandschaft über ihn und Ernennung des Amtsvormunds F.\_\_\_\_\_ als sein Beistand am 1. November 2010 ein erneutes Armenrechtsgesuch gestellt. Die Begründung der Vorinstanz im Rahmen der Abweisung dieses Gesuchs widerspreche der Aktenlage, verletze das rechtliche Gehör und sei willkürlich. Mit dem Gesuch vom 28. Januar 2011 seien primär Angaben zu den Einkommensverhältnissen des Gesuchstellers gemacht worden. Allerdings gehe seine Vermögenslosigkeit aus dem E-Mail-Schreiben des Beistands vom 27. Januar 2011 hervor. Den damals vorhandenen Mitteln von Fr. 21'000.00 stünden diverse offene Forderungen und Beteiligungen gegenüber. Dasselbe ergebe sich auch aus der Befragung des Gesuchstellers vom 14. November 2007 (Prot. VI S. 29). Daraus sei der Vorinstanz insbesondere bekannt, dass das wichtigste Aktivum der G.\_\_\_\_\_ AG in einer Forderung gegenüber dem Gesuchsteller im Betrag von damals rund Fr. 371'000.00 bestanden und das Umlaufvermögen nur gerade Fr. 30'884.33 betragen habe. Zudem sei der Vorinstanz die Steuererklärung 2009 inklusive der Einschätzung des Steuerkommissärs eingereicht und mit Eingabe vom 14. Juni 2011 erneut darauf hingewiesen worden, dass der Gesuchsteller über keine Vermögenswerte verfüge, die nicht aus den eingereichten Unterlagen hervorgingen. Aufgrund der notorischen Strafanzeigen seiner Ehefrau sei der Gesuchsteller steuerlich auf Herz und Nieren geprüft worden. Daher sei nicht schlüssig, weshalb die Vorinstanz auf der Vorlage von Kontoauszügen beharre und nicht auf die Steuererklärung 2009 abstelle. Mutmasslich rühre dies daher, dass der Steuererklärung 2009 kein Vermögen, sondern trotz der gehaltenen Gesellschaften nur eine Schuld des Gesuchstellers von Fr. 461'894.00 zu entnehmen sei. Schliesslich sei zu beachten, dass der Gesuchsteller über das private ...konto infolge der Beistandschaft und über das ...konto der G.\_\_\_\_\_ AG wegen deren Liquidation und seines Ausscheidens nicht mehr selber verfügen könne. Es gehe

um ein Scheidungsverfahren, dem sich der Gesuchsteller gar nicht entziehen könne. Nebst dem aktuellen Bedarf des Gesuchstellers seien nach dem Gesagten somit sowohl dessen ungenügendes Einkommen als auch seine Vermögenslosigkeit vor Vorinstanz hinreichend dargetan worden (act. 2).

Aktuelle Belege zu seinem Vermögen - insbesondere solche aus dem Jahr 2010 - hat der Gesuchsteller weder als Beilage zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 28. Januar 2011 (act. 6/126/1-12) noch nach entsprechender Aufforderung mit Eingabe vom 23. Mai 2011 (act. 6/135/1-10) zu den Akten gereicht. Am 14. Juni 2011 legte der Gesuchsteller als einzigen aktuellen Beleg zu seinem Vermögen ein Schreiben der Vermieterin betreffend Mietzinsausstand per Mai 2011 von Fr. 63'840.00 und Zession vor (act. 6/138/5). Allerdings schliessen selbst erhebliche Schulden nicht aus, dass die voraussichtlichen Prozesskosten aus einem diese Ausstände übersteigenden Vermögen beglichen werden können. Dies kann vorliegend mangels aktuellen und umfassenden Belegs der Aktivseite des gesuchstellerischen Vermögens nicht beurteilt werden. Auch die E-Mail-Nachricht des Beistands vom 27. Januar 2011, worin dieser unter anderem auf einen Vermögensstand von Fr. 21'000.00 sowie "zahlreiche offene Forderungen und Beteiligungen" hinweist (act. 6/126/9), gibt weder für sich noch in Verbindung mit dem erwähnten Schreiben ausreichend Aufschluss über die Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers. Insbesondere fällt auf, dass der Beistand weder von einem negativen Vermögenssaldo spricht noch auf das bezifferte Vermögen übersteigende offene Forderungen und Beteiligungen hinweist. Daneben kann mangels differenzierter Aufstellung der auf beiden Seiten berücksichtigten Werte weder der allfällige Einbezug der Mietzinsausstände in die Einschätzung des Beistands noch der Verbleib von allenfalls durch ältere Belege ausgewiesenem Vermögen überprüft werden. Aus den eingereichten Unterlagen kann demnach der erforderliche umfassende Einblick in die aktuelle finanzielle Situation des Gesuchstellers nicht gewonnen werden. Dies nicht zuletzt auch unter Hinweis darauf, dass bei komplexeren finanziellen Verhältnissen umso höhere Anforderungen an eine umfassende und klare Darstellung der Situation gestellt werden dürfen und müssen.

Am mangelnden Überblick über die Vermögensverhältnisse des Gesuchstellers ändert auch weder die Vorlage der Steuererklärung 2009 noch die geltend gemachte umfassende Steuerprüfung etwas. Soweit ersichtlich - in der Beschwerdeschrift finden sich keine vollständigen Aktenstellen - fanden die im Rechtsmittel angesprochenen Steuerverfahren in der Zeit von Mai bis November 2009 statt (act. 6/126/5+6). Die Steuererklärung betrifft ebenfalls das Jahr 2009. Diese Unterlagen genügen jedoch zur Darlegung der *aktuellen* Vermögenslosigkeit des Gesuchstellers insbesondere im Hinblick auf die jüngste Entwicklung der Gesellschaften mit seiner Beteiligung (G. \_\_\_\_\_ AG und C. \_\_\_\_\_ AG) nicht. Der Gesuchsteller war nach seiner Darstellung im November 2007 mindestens Alleinaktionär der G. \_\_\_\_\_ AG (Prot. VI S. 28). Mitte Dezember 2010 wurde diese Gesellschaft in Anwendung von Art. 153 HRegV aufgelöst und der Gesuchsteller als Liquidator mit Einzelunterschrift eingesetzt (act. 3/2). Ende Februar 2011 wurde das Ausscheiden des Gesuchstellers aus der erwähnten Gesellschaft publiziert (act. 3/3). Über einen allfälligen Anteil am Liquidationsergebnis des Gesuchstellers oder Abfindungen im Zusammenhang mit seinem Ausscheiden ist nichts bekannt. Unbehelflich sind in diesem Zusammenhang auch die Hinweise, wonach das wichtigste Aktivum der Gesellschaft bekanntermassen in einer Forderung von rund Fr. 370'000.00 gegenüber dem Gesuchsteller bestanden und das Umlaufvermögen lediglich rund Fr. 31'000.00 betragen habe. Mangels aktuellen Buchhaltungsunterlagen - die zeitnahsten datieren soweit ersichtlich aus dem Jahr 2007 (act. 126/11 + 12) - ist die gegenwärtige Lage der angesprochenen Gesellschaft unklar. Dasselbe gilt für die C. \_\_\_\_\_ AG, an welcher der Gesuchsteller gemäss seiner Steuererklärung 2009 ebenfalls beteiligt war (act. 6/135/10). Aus dem Handelsregister ergibt sich auch hier ein Ausscheiden des Gesuchstellers per Ende Februar 2011 (act. 7). Vor diesem Hintergrund beharrte die Vorinstanz zu Recht auf der Vorlage von aktuellen Kontoauszügen und stellte zutreffend nicht auf die älteren eingereichten Dokumente ab. Bezüglich der Angaben des Gesuchstellers in der Befragung vom 14. November 2007 ist darauf hinzuweisen, dass Depositionen im Rahmen einer persönlichen Befragung die Einreichung von Belegen nicht ersetzen. Vollkommen unerheblich ist für die Frage der Vermögenslosigkeit die Unterschriftsberechtigung über Privat- oder Geschäftskonten. Aus

der fehlenden Berechtigung zur (alleinigen) Verfügung kann nicht generell auf fehlendes Vermögen geschlossen werden. Auch wenn jemand nicht alleine über Aktiven verfügen darf, stehen ihm diese Werte allenfalls dennoch zu und können zur Begleichung von Prozesskosten oder allfälliger Kreditaufnahme herangezogen werden.

Aus den erwähnten Gründen ist die Beschwerde des Gesuchstellers gegen die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirks Horgen vom 3. August 2011 daher abzuweisen.

#### IV.

Nach Art. 119 Abs. 6 ZPO werden in Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich keine Gerichtskosten erhoben. Für diesen Prozess fallen die Gerichtskosten demnach ausser Ansatz. Ausnahme von der Unentgeltlichkeit bilden allerdings Bös- oder Mutwilligkeit, wobei als mutwillig beispielsweise die völlig haltlose oder offensichtlich unbegründete Klage gilt (LEUENBERGER/UFFER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, S. 286).

Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist der Beschwerdegegnerin dafür keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 105 ZPO und Art. 111 Abs. 2 ZPO).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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. K. Findeisen

versandt am: