

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC110046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 2. November 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege/unentgeltlicher Rechtsbeistand)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Familiensachen des Bezirkes Horgen vom 16. September 2011; Proz. FE080316

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Horgen vom 16. September 2011 wurde das Begehren des Gesuchstellers und Beschwerdeführers (nachfolgend Gesuchsteller) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abgewiesen und der Beschwerdeführer wurde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdegegnerin verpflichtet (act. 7/189 S. 9 = act. 8 S. 9).

1.2. Mit Eingabe vom 3. Oktober 2011 erhob der Gesuchsteller rechtzeitig Berufung und Beschwerde gegen diese Verfügung vom 16. September 2011. Es wurde für die Berufung und die Beschwerde je ein separates Verfahren angelegt. Das Berufungsverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen wird unter der Geschäftsnummer LY110038 geführt. Der Gesuchsteller stellte folgende Beschwerdeanträge (act. 2 S. 3):

- " 1. Es sei Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei das Gesuch vom 25. August 2011 des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person des Unterzeichneten mit Wirkung ab dem 31. Mai 2011 gutzuheissen.
2. Eventualiter (zu Beschwerdeantrag Ziff. 1) sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen."

Weiter stellte der Gesuchsteller den prozessualen Antrag (act. 2 S. 4):

- " Es sei dem Berufungskläger für das vorliegend anhängig gemachte Rechtsmittelverfahren (Berufungs- und Beschwerdeverfahren) gegen die angefochtene Verfügung die unentgeltliche Prozessführung vollständig zu gewähren sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand (mit Substitutionsbefugnis) ab Vorbereitung und Einreichung dieser Beschwerde, d.h. mit Wirkung ab dem 21. September 2011 in der Person von RA X._____, ... [Adresse], zu bestellen."

2. Anwendbares Recht

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 richtete sich demnach nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH). Für die gegen den vorinstanzlichen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit vorliegend die Schweizerische Zivilprozessordnung und deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010). 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 angewandte.

3. Materielles

3.1. Mit Verfügung vom 16. September 2011 wies die Vorinstanz das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und hielt fest, es könne vollumfänglich auf den Entscheid vom 27. Mai 2010 verwiesen werden. Die Verhältnisse bezüglich der Liegenschaft hätten sich nicht geändert, weshalb kein Grund bestehe, auf den damaligen Entscheid zurückzukommen (act. 8 S. 9). In der Verfügung vom 27. Mai 2010 erwog die Vorinstanz, dass die Parteien dem Gericht nicht hinreichend dargetan hätten, dass sie ihre Kreditaufnahmefähigkeit des im Miteigentum stehenden Grundstücks ausgeschöpft hätten bzw. eine zusätzliche Kreditaufnahme nicht oder erst nach Abschluss des Prozesses möglich sei (act. 7/94 S. 3).

3.2. Der Gesuchsteller macht geltend, dass er ohne Mitwirkung der Gesuchstellerin keine Chance habe, den mit der ehelichen Liegenschaft verbundenen Kredit auszuschöpfen. Es sei angesichts der tiefen Zerstrittenheit auch nicht anzunehmen, dass die Gesuchstellerin ihr Einverständnis zu einer solchen Erhöhung ertei-

le, da sie bisher schon nicht dazu bereit gewesen sei. Es sei im Weiteren belegt, dass der Gesuchsteller bis auf sein Existenzminimum ausgepfändet sei und über keinerlei flüssige Mittel verfüge. Zudem sei er mit rund Fr. 88'000.– bei seiner Mutter verschuldet. Sein Standpunkt sei auch nicht aussichtslos, wie sich schon aus der tatsächlich erfolgten Reduktion der Unterhaltsbeträge bei der zweiten Abänderung ergebe (act. 2 S. 28 f.).

Der Gesuchsteller bringt weiter vor, im Teilvergleich vom 17. Dezember 2009 sei eine Hypothekarerhöhung vorgesehen gewesen und zwar zur Auszahlung seiner güterrechtlichen Ansprüche von damals vergleichsweise Fr. 50'000.–. Er hätte diesen Vergleich akzeptiert, obwohl die Vorinstanz die Erhöhung der Hypothekarzinsen auf den Bedarf der Gesuchstellerin überwältzt habe, so dass er die Auszahlung seiner Güterrechtsforderung hätte mitfinanzieren müssen. Der Gesuchsteller möchte ausdrücklich festgehalten haben, dass er einer Erhöhung der Hypothek zur Finanzierung der Prozesskosten zugestimmt hätte, wenn der Teilvergleich von der Gesuchstellerin nicht widerrufen worden wäre. Ferner habe er der Gesuchstellerin in seiner Stellungnahme vom 12. April 2010 angeboten, sich mit einer Erhöhung der Hypothek einverstanden zu erklären, wenn sich diese weiteren Kreditkosten nicht in ihrem Bedarf niederschlagen würden und dadurch die Erfüllung seiner güterrechtlichen Ansprüche nicht verzögert würde. Die Gesuchstellerin sei nicht darauf eingegangen. Die Gesuchstellerin habe nicht ernsthaft eine Vergleichslösung gesucht, weshalb er auch nicht mehr dazu bereit gewesen sei, die Hypothek alleine zur Finanzierung ihrer Anwaltskosten zu erhöhen. Es könne ihm somit nicht vorgehalten werden, er habe sich nicht genügend darum bemüht, den allenfalls in der ehelichen Liegenschaft noch vorhandenen Kredit auszuschöpfen, weil dieser ihm ohne die nicht erhältliche Mitwirkung der Gesuchstellerin zum Vornherein nicht zugänglich gewesen sei (act. 2 S. 10 f.). Es sei somit erstellt, dass die Gesuchstellerin die Hypothekarerhöhung verhindert habe, indem sie einerseits den gerichtlichen Teilvergleich widerrufen habe und andererseits sein Angebot, die Hypothek zur alleinigen Finanzierung der Anwaltskosten ohne Berücksichtigung der Hypothekarzinsen in ihrem Bedarf zu erhöhen, nicht angenommen habe (act. 2 S. 19).

3.3. Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung hat eine Partei, wenn ihr die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten eines Verfahrens aufzubringen und wenn ihr Standpunkt in dem Verfahren nicht aussichtslos ist. Bezüglich Aussichtslosigkeit ist darauf abzustellen, ob die Gewinnchancen so deutlich geringer sind als das Verlustrisiko, dass eine gut situierte Person in der gleichen Situation von der Prozessführung absehen würde. Unter den nämlichen Bedingungen ist der Partei ein unentgeltlicher Prozessvertreter beizugeben, wenn sie zur gehörigen Führung ihrer Sache einer solchen Unterstützung bedarf (§§ 84 und 87 ZPO/ZH). Die gesuchstellende Partei muss bei der Feststellung ihrer finanziellen Verhältnisse mitwirken (§ 84 Abs. 2 ZPO/ZH). Tut sie das nicht oder nicht ausreichend, wird die verbleibende Unsicherheit zu ihren Ungunsten ausgelegt (§ 148 ZPO/ZH; BGE 120 Ia 179).

3.4. Es stellt sich zusammengefasst einzig die Frage, ob der Gesuchsteller nun hinreichend dargetan hat, dass die Kreditaufnahmefähigkeit des im Miteigentum stehenden Grundstücks ausgeschöpft wurde bzw. eine zusätzliche Kreditaufnahme nicht möglich ist. Denn diese Voraussetzungen fehlten bei der früheren Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Prozessführung, weshalb dieses seinerzeit abgewiesen wurde (vgl. Verfügung vom 27. Mai 2010; act. 7/94 S. 3).

Der Gesuchsteller stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Hypothekarerhöhung nicht möglich sei, weil die Gesuchstellerin den gerichtlichen Teilvergleich widerrufen habe bzw. nicht auf sein früher gestelltes Angebot eingegangen sei. Es ist aktenkundig, dass die Gesuchstellerin die anlässlich der Verhandlung vom 17. Dezember 2009 vom Gericht vorgeschlagene Teilvereinbarung nicht schliessen wollte (act. 7/68). Auch liegt die Eingabe des Gesuchstellers vom 12. April 2010 mit dem Vorschlag der Hypothekarerhöhung bei den Akten (act. 7/89 S. 7). Es erstaunt, dass sich der Gesuchsteller auf diese beiden Begebenheiten aus den Jahren 2009 und 2010 bezieht. Es drängt sich zunächst die Bemerkung auf, dass sich diese Darstellungen auf einen Zeitraum noch vor der ersten Verfügung mit Gegenstand der unentgeltlichen Prozessführung beziehen, welche am 27. Mai 2010 (act. 7/94) erging.

Das besagte Grundstück befindet sich im Miteigentum der Gesuchsteller (vgl. Kaufvertrag vom 2. Juni 2000; act. 7/29/30) und es kann dem Gesuchsteller insoweit beigespflichtet werden, als dass die Mitwirkung beider Gesuchsteller zur Hypothekarerhöhung erforderlich ist. Entgegen seinen Ausführungen ist jedoch aus der Tatsache allein, dass die Gesuchstellerin mit der Vereinbarung vom 17. Dezember 2009 nicht einverstanden war, nicht abzuleiten, dass sie sich einer Hypothekarerhöhung grundsätzlich widersetze. Die Hypothekarerhöhung stellte nur einen kleinen Bestandteil der Vereinbarung als Gesamtpaket dar, welche im Übrigen alle Scheidungsnebenfolgen geregelt hätte wie elterliche Sorge, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge an das Kind und die Gesuchstellerin persönlich, Güterrecht etc. (vgl. act. 7/67). Auch lässt sich aus dem Umstand, dass sich die Gesuchstellerin nicht auf den Vorschlag des Gesuchstellers vom 12. April 2010 (act. 7/89) einliess, nicht der Schluss ziehen, dass sich diese – zum heutigen Zeitpunkt – gegen eine Hypothekarerhöhung wehre.

Der Gesuchsteller erklärt, es sei angesichts der tiefen Zerstrittenheit nicht anzunehmen, dass die Gesuchstellerin ihr Einverständnis zu einer Hypothekarerhöhung erteile, da sie schon bisher nicht dazu bereit gewesen sei (act. 2 S. 28). Es könne ihm nicht vorgehalten werden, er habe sich nicht genügend darum bemüht, den allenfalls in der ehelichen Liegenschaft noch vorhandenen Kredit auszuschöpfen (act. 2 S. 12). Diese Aussagen vermögen nicht zu überzeugen. Im Zusammenhang mit der Stellung eines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege wird vom Gesuchsteller verlangt, dass dieser den Nachweis erbringt, ob und in welchem Umfang eine Liegenschaft zur Prozessfinanzierung mit Hypotheken belastet werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 24. Mai 2011, 9C.84/2011, Erw. 4.1.2). Die zentrale Frage, ob die Gesuchstellerin mit einer Hypothekarerhöhung einverstanden wäre, wird vorliegend durch eine Annahme des Gesuchstellers beantwortet. Dies reicht nicht aus, legte der Gesuchsteller doch nicht dar, dass er die Gesuchstellerin gegenwärtig und ausdrücklich um ihre Mitwirkung ersucht habe. Er hätte – insbesondere auch aufgrund der Ausführungen in der Verfügung vom 27. Mai 2010 – mit der Gesuchstellerin Kontakt aufnehmen und klären müssen, ob sie dazu bereit sei oder sich einer Erhöhung widersetze. Eine lediglich Annahme genügt nicht, insbesondere unter Berücksichtigung, dass

eine Erhöhung der Hypothek um Fr. 50'000.– offenbar durchaus möglich wäre (vgl. Konventionsvorschlag des Gerichtes; act. 7/67). Auf weitere Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen des Gesuchstellers kann verzichtet werden.

3.5. Aus den dargelegten Umständen ergibt sich, dass nicht erstellt ist, dass die Gesuchstellerin nicht mit einer Hypothekarerhöhung einverstanden bzw. eine solche infolgedessen nicht möglich ist. Weshalb – wie durch die Vorinstanz – vollumfänglich auf den Entscheid vom 27. Mai 2010 zu verweisen und festzustellen ist, dass der Gesuchsteller auch zum heutigen Zeitpunkt nicht hinreichend darlegen konnte, dass die Kreditaufnahmefähigkeit des im Miteigentum stehenden Grundstücks ausgeschöpft wurde bzw. dass eine Hypothekarerhöhung nicht möglich sei, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden in der Regel keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO).

4.2. Der Gesuchsteller stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege inklusive ebensolche Rechtsverbeiständung (act. 2 S. 4). Die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO wird gewährt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmasslichen Prozesskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverbeiständung zu tragen, und darüber hinaus ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu zu beantragen und von dieser im summarischen Verfahren zu entscheiden (vgl. Art. 119 Abs. 3 und 5 ZPO). Infolge der Kostenlosigkeit des Verfahrens wird der Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos, und das Gesuch ist entsprechend abzuschreiben. Aufgrund der Aussichtslosigkeit des Rechtsmittelbegehrens ist das Begehren um Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren abzuweisen (Art. 119 Abs. 2 ZPO).

4.3. Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist der Gesuchstellerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Das Begehren des Gesuchstellers um Befreiung von den Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
5. Das Gesuch des Gesuchstellers um Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von act 2, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. K. Graf

versandt am: