

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC190018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden  
sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Beschluss und Urteil vom 4. Oktober 2019

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

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

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes  
Bülach vom 17. Mai 2019; Proz. FE180349**

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Parteien sind die verheirateten Eltern von C. \_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2010). Sie schlossen in einem Eheschutzverfahren vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach am 1. Dezember 2016 eine Trennungsvereinbarung. Das Einzelgericht genehmigte die Vereinbarung mit Urteil vom 5. Dezember 2016 in Bezug auf die Kinderbelange und nahm im Übrigen davon Vormerk. Gestützt darauf schuldete der Kläger der Beklagten monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 800.– sowie monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 300.– bzw. Fr. 900.– ab 1. März 2017 (vgl. act. 6/12/12/21). Mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Februar 2018 wurde die Verpflichtung des Klägers zur Leistung von Kindes- und Ehegattenunterhalt für die Zeit vom 12. Oktober 2017 bis zum 13. Mai 2018 sistiert (vgl. act. 6/12/49).

1.2. Am 5. November 2018 erhob der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend Vorinstanz) die Scheidungsklage gestützt auf Art. 114 ZGB und verlangte gleichzeitig für die Dauer des Verfahrens die Anpassung seiner nach Ende der Sistierung wieder geltenden Unterhaltsverpflichtung gemäss Eheschutzurteil vom 5. Dezember 2016. Ausserdem beantragte er die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 6'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, inklusive unentgeltlicher Verbeiständung (vgl. act. 6/1). Mit Eingabe vom 10. Januar 2019 beantragte wiederum die Beklagte die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, inklusive unentgeltlicher Verbeiständung (vgl. act. 6/22).

1.3. Nach Durchführung der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 29. März 2019 (vgl. Prot. Vi S. 6 ff.), verpflichtete die Vorinstanz mit Verfügungen vom 17. Mai 2019 die Beklagte, dem Kläger einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– zu bezahlen. Die Gesuche der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechts-

pflege wies die Vorinstanz ab, das Begehren des Klägers um Abänderung des Eheschutzurteils hiess es teilweise gut: Die Verpflichtung zur Leistung von Ehegattenunterhalt wurde aufgehoben, die Verpflichtung zur Leistung von Kinderunterhalt wurde bis 30. Juni 2019 aufgehoben und der Unterhaltsbeitrag ab 1. Juli 2019 auf Fr. 411.85 pro Monat gesenkt (vgl. act. 3).

1.4. Gegen die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erhob die Beklagte am 12. Juni 2019 rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2 und act. 5/1). Gleichzeitig erhob sie Berufung gegen die Verfügungen vom 17. Mai 2019 und beantragte die Aufhebung ihrer Verpflichtung zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses und stattdessen die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung eines solchen, ausserdem die Anpassung des Kinderunterhaltsbeitrags ab 1. Juli 2019 auf Fr. 474.85 pro Monat sowie die Anpassung der im Urteil festgehaltenen Mankobeträge und finanziellen Grundlagen (vgl. act. 2). Für das Berufungsverfahren wurde ein Geschäft mit der Prozessnummer LY190025-O angelegt.

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden im Verfahren LY190025-O beigezogen (act. 6). Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet. Die Sache erweist sich als spruchreif.

## 2.

2.1. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO i.V.m. Art. 319 ff. ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

2.2. Eine Person hat 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 ZPO). Die Mittellosigkeit ist glaubhaft zu machen (vgl. BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 38). Glaubhaftmachen

bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (vgl. BGE 142 II 49 E. 6.2). Bei der Beurteilung der Bedürftigkeit ist auch das Vermögen der gesuchstellenden Person einzubeziehen, soweit dieses einen angemessenen "Notgroschen" übersteigt. Unbewegliches Vermögen ist zu berücksichtigen, soweit die darin gebundenen Mittel kurzfristig zur Prozessfinanzierung verfügbar gemacht werden können. So muss der Eigentümer eine (zusätzliche) Hypothek auf seiner Liegenschaft aufnehmen, solange diese noch belastet werden kann. Ist die Aufnahme einer Hypothek nicht möglich, so ist die Immobilie zu veräussern, sofern dies nach den gesamten Umständen zumutbar ist; das ist der Fall, wenn eine gewinnbringende Veräusserung innert angemessener Frist tatsächlich möglich ist (vgl. BGer 4A\_294/2010 vom 2. Juli 2010 E. 1.3).

3.

3.1. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wie folgt: Aus den eingereichten Fotos und den Ausführungen der Parteien sei zu entnehmen, dass um die Fr. 200'000.– in Liegenschaften in D. \_\_\_\_\_ [Staat in Asien] investiert worden seien. Die Liegenschaften seien, da sie teils auf den Namen der Beklagten und teils auf den Namen ihrer Familie eingetragen seien, dennoch als Vermögenswerte bei der Beklagten zu berücksichtigen, zumal sie mit dem ehelichen Vermögen der Parteien finanziert worden seien. Es sei zumutbar, die Liegenschaften hypothekarisch zu belasten oder die Liegenschaften mit einem Nettoerlös bspw. an Verwandte zu verkaufen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte auch mit der Veräusserung der Liegenschaften und Bezahlung der Prozesskosten über einen Notgroschen von mindestens Fr. 25'000.– verfügen werde. Es werde deshalb erwartet, dass die Beklagte die Liegenschaften noch während des Prozesses veräussere bzw. belehne und aus dem Erlös nachträglich für die Prozesskosten aufkomme (vgl. act. 3 E. 5.4.).

3.2. Aus den Aussagen der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren ergibt sich, dass in der ... Gemeinde ... [Ort in Asien] ein grosses Haus, ein kleines Haus und ein noch nicht fertiges Haus vorhanden sind (vgl. act. 6/51 S. 15, act. 6/53/17-20, Prot. Vi S. 31-33). Der Rechtsvertreter des Klägers erklärte anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen, es seien rund Fr. 120'000.– in die Grundstücke investiert worden. Hintergrund der Errichtung dieser Häuser sei einerseits die Idee gewesen, in D. \_\_\_\_\_ ein Baukonzept für Häuser anbieten zu können. Zu diesem Zweck habe der Kläger über seine GmbH ein Musterhaus errichten wollen. Die Finanzierung dafür sei dementsprechend durch die inzwischen konkursite GmbH erfolgt. Zudem sollte ein Haus für die Parteien und den Sohn als Familie in D. \_\_\_\_\_ vorhanden sein (vgl. 6/51 S. 15). Der Kläger persönlich führte aus, das Haus der Beklagten in D. \_\_\_\_\_ habe er selber geplant und teilweise gebaut. Sie hätten im Jahr 2011 angefangen zu bauen. Die Häuser seien eher einfach und praktisch. Sie hätten als Musterhäuser gebaut werden sollen. Er habe total Fr. 88'000.– investiert bzw. in der Buchhaltung verrechnet. Privat seien auch noch ca. Fr. 120'000.– investiert worden (vgl. Prot. Vi S. 29).

Die Rechtsvertreterin der Beklagten entgegnete anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen, die Häuser seien nicht alle auf den Namen der Beklagten eingetragen, sondern auf den Namen des Vaters der Beklagten und gehörten auch ihm. Das kleinste Haus gehöre der Beklagten. Das habe keinesfalls einen Wert von Fr. 120'000.–. Der Vater habe grössere Investitionen geleistet und Renovationen gemacht (vgl. Prot. S. 20). Die Beklagte persönlich erklärte, das grosse, alte Haus in D. \_\_\_\_\_ gehöre ihren Eltern, es sei unter dem Namen ihres Vaters eingetragen. Der Kläger habe mit Hilfe ihrer Geschwister das Haus renoviert. Es sei ein Geschenk des Klägers an ihre Eltern gewesen. Ihr Vater habe das Grundstück einmal hinterlegt. Der Kläger habe geholfen, damit ihr Vater die Schulden habe zurückzahlen können. Das grosse Haus sei bereits gestanden. Sie habe mit dem Kläger das kleine Haus geplant und aufgebaut. Der Kläger habe ausserdem angefangen, neben dem kleinen Haus ein weiteres Haus zu bauen. Es sei jedoch noch nicht fertig. Sie hätten bereits Bausubstanz dafür bestellt, welche sie bezahlen müsse, da sie sich getrennt hätten. Das angefangene Haus laute auf ihren Namen (vgl. Prot. Vi S. 31-33).

3.3. Es stellt sich zunächst die Frage, ob die von der Beklagten neu eingereichten Beweismittel zu den Liegenschaften in D. \_\_\_\_\_ berücksichtigt werden können (vgl. act. 5/3-5), obwohl im Beschwerdeverfahren neue Beweismittel grundsätzlich unzulässig sind. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege gilt ein durch die umfassende Mitwirkungsobliegenheit eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Der Gesuchsteller hat seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen. Bestehen noch Unsicherheiten oder Unklarheiten, so sind diese zu klären. Das Gericht hat zu diesem Zweck der Partei eine Frist zur Ergänzung anzusetzen oder den Sachverhalt selber festzustellen. Dies gilt auch bei anwaltlich vertretenen Parteien (vgl. OGer ZH RU140052 vom 5. November 2014 E. 5.2 und PD170013 vom 10. Januar 2018 E. 3.3).

Im Verfahren um Abänderung der Eheschutzmassnahmen erklärte die Beklagte anlässlich der Verhandlung vom 21. November 2017 auf die Frage nach ihrem Vermögen, sie habe in D. \_\_\_\_\_ ein Haus, dessen Wert etwa Fr. 12'000.– betrage. Weitere Nachfragen des Gerichts gab es nicht (vgl. act. 6/12 Prot. S. 17). Mit Verfügung vom 23. November 2017 wurde ihr die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt – wie auch schon im ersten Eheschutzverfahren (vgl. act. 6/12/21 und act. 6/12/12/21). Zusammen mit seinem Massnahmenbegehren vom 5. November 2018 stellte der Kläger das Gesuch um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses, wobei er ausführte, es sei nicht davon auszugehen, dass die Beklagte in guten finanziellen Verhältnissen lebe. Der Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss erfolge aus reinen Sorgfaltsgründen (vgl. act. 6/1 S. 10). Anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen wurde von klägerischer Seite dann aber erstmals vorgebracht, die Beklagte habe in D. \_\_\_\_\_ mehrere Häuser, in welche Fr. 120'000.– bzw. mehr als Fr. 200'000.– investiert worden seien. Dies wurde von der Beklagten bestritten.

Die Vorinstanz verneinte die Mittellosigkeit der Beklagten aufgrund der neuen Vorbringen des Klägers zu den Häusern in D. \_\_\_\_\_. Sie wäre gestützt auf den verfassungsmässigen Gehörsanspruch (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV) und die richterliche Fragepflicht (vgl. Art. 56 ZPO) sowie im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. Art. 52 ZPO) jedoch gehalten gewesen, vor ihrem Entscheid der

Beklagten Frist anzusetzen, um Belege zur Widerlegung dieser neuen, unerwarteten Vorbringen einzureichen. Bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs rechtfertigt es sich, im Beschwerdeverfahren ausnahmsweise neue Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013 E. 2.1.). Die neu eingereichten Beweismittel sind somit zulässig.

3.4. Die Vorinstanz ging aufgrund der eingereichten Fotos und aufgrund der Aussagen der Parteien davon aus, dass um die Fr. 200'000.– in die Liegenschaften investiert wurden (vgl. act. 3 E. 5.4.). Aus den Fotos lässt sich nichts zur Höhe der Investitionen in die Liegenschaften ableiten (vgl. act. 6/53/17-20); die Beklagte äusserte sich nicht dazu. Den Betrag von ca. Fr. 200'000.– stützte die Vorinstanz somit auf die Ausführungen des Klägers persönlich. Als Beleg für die Investitionen reichte dieser einen Kontoauszug ein (vgl. act. 6/53/21). Daraus ergibt sich, dass die ehemalige GmbH des Klägers im Jahr 2010 dem Vater der Beklagten Fr. 42'815.84 überwies (vgl. act. 6/51 S. 15 und Prot. Vi S. 33). Bei den ebenfalls aufgeführten Bezügen mit den Buchungstexten "(Bar-)Bezug Travel Cash Card", "Mastro Card Bay", "Order", "Thai Fourniture ..." und "E. \_\_\_\_\_" lässt sich nicht eruieren, in welchem Zusammenhang diese standen. Mit dem eingereichten Kontoauszug und den klägerischen Ausführungen anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen sind im Ergebnis keine Investitionen von Fr. 200'000.– in die Liegenschaften glaubhaft gemacht.

3.5. Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid davon aus, dass die Liegenschaften teilweise auf den Namen der Familie eingetragen sind. Nach Aussage der Beklagten betrifft dies das grosse, alte Haus, welches auf den Namen des Vaters eingetragen ist, währenddem das kleine und das nicht fertige Haus auf ihren Namen lauten (vgl. Prot. Vi S. 31). Diese Aussage wird gestützt durch das mit der Beschwerde eingereichte amtlich übersetzte Hausregister vom 2. Januar 2002, in welchem der Vater der Beklagten als Hausbesitzer aufgeführt wird (vgl. act. 5/2 und act. 5/5). Somit ist glaubhaft, dass es sich beim grossen Haus um einen Vermögenswert des Vaters handelt.

Die Vorinstanz erwog, alle Liegenschaften seien dennoch als Vermögenswert der Beklagten zu berücksichtigen, zumal sie mit dem ehelichen Vermögen der Partei-

en finanziert worden seien (vgl. act. 3 E. 5.4.). Dies ergibt sich so jedoch nicht aus den Akten. Es ist unklar, wie der Kauf des grossen Hauses finanziert wurde und wer zu einem späteren Zeitpunkt wie viel Geld darin investiert hat. Aufgrund des act. 53/21 sind einzig Fr. 42'815.84 belegt, die an den Vater der Beklagten flossen. Die stammten aber von der ehemaligen GmbH des Klägers, die unterdessen gelöscht wurde. Ohnehin ist unklar, ob diese Gelder überhaupt in das grosse Haus investiert wurden. Aber selbst wenn eheliches Vermögen in das grosse Haus geflossen ist und selbst wenn die Ehegatten deshalb Rückzahlungsansprüche gegenüber dem Vater der Beklagten haben, bestünde kein Grund dafür, das grosse Haus per se als Vermögenswert der Beklagten zu berücksichtigen (vgl. auch act. 2 N 28).

3.6. Die entscheidende Frage ist somit, wie viel Geld durch eine Belehnung bzw. durch einen Verkauf des kleinen Hauses (und des noch nicht fertigen Hauses bzw. der zugrundeliegenden Grundstücke) kurzfristig herausgeholt werden könnte. In den vorinstanzlichen Akten fehlen objektive Anhaltspunkte dafür. Die Beklagte reichte in der Beschwerde folgende Belege zu den Liegenschaften ein: zwei Fotos des gemäss Beklagten einzigen Zimmers im kleinen Haus sowie ein Foto der Küche im Freien (vgl. act. 5/3/1-3). Weiter eine amtlich übersetzte Einschätzung zum Wert eines Grundstücks in ... [Ort in Asien], wobei glaubhaft erscheint, dass es sich um das Grundstück handelt, auf welchem das kleine Haus steht. Die Einschätzung geht von einem Wert von ca. Fr. 1'860.– aus (vgl. act. 5/4 und act. 2 N 39). Schliesslich ein amtlich übersetzter Beleg über die Belehnung des grossen Hauses des Vaters mit einer Hypothek bzw. einem Darlehen in Höhe von ca. Fr. 4'840.– (vgl. act. 5/5 und act. 2 N 40). Mit diesen neuen Belegen hat die Beklagte glaubhaft gemacht, dass durch eine Belehnung bzw. durch einen Verkauf kurzfristig nicht so viel Geld herausgeholt werden könnte, dass nach Bezahlung der Prozesskosten noch ein genügend grosser Notgroschen vorhanden wäre. Da auch ansonsten keine finanziellen Mittel vorhanden sind, mit welchen die Beklagte die Prozesskosten finanzieren könnte, ist sie als mittellos einzustufen.

3.7. Da ausserdem die Anträge im Scheidungsverfahren nicht als aussichtslos zu qualifizieren sind und der Beizung einer anwaltlichen Vertretung für die Wahrung ihrer Rechte erforderlich war, erfüllt die Beklagte die Voraussetzung von Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO. Daher ist in Gutheissung der Beschwerde Ziff. 3 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Mai 2019 (S. 20 oben) aufzuheben und es ist der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, und zwar rückwirkend per 12. Dezember 2018 (vgl. act. 6/22). Dabei ist sie darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

4.

4.1. Für das obergerichtliche Verfahren sind unter den gegebenen Umständen keine Kosten zu erheben (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO). Dementsprechend erweist sich das Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos, weshalb das Verfahren diesbezüglich abzuschreiben ist.

4.2. Die Zusprechung einer Parteientschädigung aus der Staatskasse entfällt, da mit der Berufung gegen die Verpflichtung zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses gleichzeitig die Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erstellt war (vgl. act. 2). Einen Zusatzaufwand für die Beschwerde bestand nicht. Der Aufwand für die Ausarbeitung der Berufung ist bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Verfahren LY190025-O zu berücksichtigen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. Mai 2019 (S. 20 oben) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Der Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihr wird Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ rückwirkend per 12. Dezember 2018 als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: