

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Beschluss und Urteil vom 8. August 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Affoltern, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren,

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 31. Mai 2019 (FE160099-A)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) und B._____ (fortan Beklagte) stehen sich seit dem 6. Dezember 2016 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 8/1). Beide Parteien stellten bereits zu Beginn des Verfahrens ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Urk. 8/1 S. 2; Urk. 8/22 S. 5). Mit unbegründeter Verfügung vom 9. Oktober 2017 gewährte die Vorinstanz beiden Prozessparteien die unentgeltliche Rechtspflege. Dem Kläger wurde Rechtsanwalt lic. iur. X._____ und der Beklagten wurde Rechtsanwältin Dr. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (Urk. 8/69). Mit Verfügung vom 16. April 2018 (Urk. 8/113) bzw. 12. Juli 2018 (Urk. 8/132) wurde beiden unentgeltlichen Rechtsvertretern eine Akontozahlung aus der Gerichtskasse von je Fr. 10'000.– ausgerichtet. Mit Verfügung vom 28. November 2018 hat die Vorinstanz dem Kläger Frist angesetzt, um dem Gericht aktuelle Belege zu seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, insbesondere zu seiner Schuldenlast, einzureichen. Gleichzeitig wurde beiden Parteien Frist angesetzt, *"um ihre Bemühungen zur Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit ihrem Grundeigentum und weiteren Vermögenswerten zu belegen."* (Urk. 8/161, Disp.-Ziff. 3). Am 13. Dezember 2018 (Beklagte; Urk. 8/166) bzw. 31. Dezember 2018 (Kläger; Urk. 8/172) gingen die entsprechenden Stellungnahmen ein. Am 31. Mai 2019 erliess die Vorinstanz sodann folgende Verfügung (Urk. 8/212 = Urk. 2 S. 11):

1. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege mit sofortiger Wirkung für das künftige Verfahren entzogen.
Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wird ersucht, für seine getätigten Bemühungen eine Honorarnote einzureichen.
2. Der Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege mit sofortiger Wirkung für das künftige Verfahren entzogen.
3. Das klägerische Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beklagte wird vollumfänglich abgewiesen.
4. Das beklagtische Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger wird vollumfänglich abgewiesen.

5. Die Kosten dieses Entscheids werden mit dem Endentscheid festgesetzt.
6. [Mitteilungssatz.]
7. [Rechtsmittelbelehrung.]

1.2. Hiergegen erhob der Kläger innert Frist Beschwerde mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

1. Ziff. 1 des Entscheids vom 31. Mai 2019 sei aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren;
2. Es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt wurde;
3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Beurteilung nach Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Es sei dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege sowie der unentgeltliche Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren;
5. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST).

Die Vorinstanz hatte sich innert der ihr mit Verfügung vom 27. Juni 2019 (Urk. 7) angesetzten Frist zum Gesuch des Klägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht vernehmen lassen, was androhungsgemäss als Einverständnis auszulegen war (Urk. 7 Disp.-Ziff. 1). Entsprechend wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 12. Juli 2019 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 9).

1.3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 8/1-219). Auf die Vorbringen des Klägers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

2. Prozessuales

2.1. Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens bildet der vorinstanzliche Entscheid, dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen (Urk. 2 S. 11, Disp.-Ziff. 1). Entscheide über die Ablehnung oder den Entzug der

unentgeltlichen Rechtspflege sind mit Beschwerde anfechtbar (vgl. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 121 ZPO). Der Beklagten des Hauptprozesses kommt in diesem Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zu (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2). Es ist ihr deshalb auch keine Frist zur Beantwortung der Beschwerde anzusetzen (vgl. Art. 322 ZPO). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (vgl. Art. 324 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, d.h. argumentativ auf die Begründung des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. worin ein Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO liegt (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3 und BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3, m.w.H.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4).

3. Erwägungen der Vorinstanz

3.1. Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, die Mittellosigkeit der Parteien sei vorliegend erneut einer genaueren Betrachtung zu unterziehen, da sie über einen bedeutenden Vermögenswert, d.h. eine Liegenschaft, verfügten. Angesichts des nicht unbedeutenden Vermögens der Parteien, welches in ihrer Liegenschaft gebunden sei, sei zur Beurteilung der Bedürftigkeit der Parteien vorrangig die Zumutbarkeit einer Veräusserung des gebundenen Vermögens zu prüfen (Urk. 2 E. 2.4 f.).

3.2. Die Liegenschaft an der C._____-strasse ... in D.____ (AG), deren Verkauf beide Parteien im Grundsatz befürworteten, stehe im Gesamteigentum der Parteien und sei gemäss Kaufvertrag vom 23. November 2013 zu einem Preis von Fr. 948'000.– gekauft worden. Eine Erhöhung der Hypothek zur Finanzierung des Prozesses falle vorliegend ausser Betracht, da eine Erhöhung sowohl auf Seiten des Klägers als auch der Beklagten nachweislich nicht möglich sei. Die Parteien stünden seit nunmehr 2 ½ Jahren im Scheidungsverfahren und lebten seit Dezember 2014 getrennt. Nach Angaben der Parteien hätten sie im Juli 2018 eine Maklerin mit dem Verkauf der Liegenschaft beauftragt und verlangten aktuell einen Verkaufspreis von mindestens Fr. 995'000.–. Eine Verkehrswertschätzung oder ein ähnlicher Beleg, welcher den derzeitigen Verkehrswert der Liegenschaft bescheinige, sei durch die Parteien nicht ins Recht gereicht worden. Die Hypothek auf der Liegenschaft habe per 31. Dezember 2016 Fr. 757'400.– betragen. Aktuelle Belege betreffend die genaue hypothekarische Belastung der Liegenschaft lägen dem Gericht allerdings nicht vor. Bei einer Veräusserung der Liegenschaft wäre zudem der Vorbezug der Beklagten aus ihrer beruflichen Vorsorge in der Höhe von Fr. 137'153.– an ihre Vorsorgeeinrichtung zurückzuerstatten. Aufgrund der eingereichten Unterlagen sei davon auszugehen, dass die in der Liegenschaft gebundenen Drittmittel in Relation zum voraussichtlichen Wert der Liegenschaft zwar nicht gering ausfielen, allerdings dennoch ein Gewinn erzielt werden könne. Mit den dadurch frei werdenden finanziellen Mitteln wären die Parteien in der Lage, die mutmasslichen Prozesskosten zu begleichen. Aus den Akten und den Ausführungen der Parteien lasse sich nicht abschliessend entnehmen, weshalb es bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu einem Verkauf der Liegenschaft gekommen sei. So hätten die Parteien insbesondere weder einen Maklervertrag noch andere diesbezügliche Unterlagen ins Recht gereicht. Intensivere Verkaufsbemühungen und in einem zweiten Schritt allenfalls ein Abrücken von den derzeitigen Preisvorstellungen dürften einen – wohl auch kurzfristigen – Verkauf der Liegenschaft ermöglichen. Zusammenfassend sei die Zumutbarkeit des Verkaufs der Liegenschaft der Parteien zu bejahen (Urk. 2 E. 2.6-2.8).

3.3. Sofern einer Partei zugemutet werde, die für die Prozessführung benötigten Mittel durch Veräusserung einer Liegenschaft zu beschaffen, sei ihr die un-

entgeltliche Rechtspflege – resolutiv bedingt – für die Zeitspanne zu gewähren, die sie für die Realisierung der liquiden Mittel benötige. Im Falle einer Liegenschaftsveräußerung gewähre die Praxis die unentgeltliche Rechtspflege in der Regel für die Dauer von sechs Monaten. Da die Parteien mittlerweile seit rund 2 ½ Jahren im vorliegenden Scheidungsverfahren stünden und ein Verkauf der Liegenschaft zudem seit geraumer Zeit ein Thema sei, sei für den vorliegenden Entscheid davon auszugehen, dass die vorhandene Liegenschaft bereits zur Prozessfinanzierung hätte liquidiert werden müssen. Zudem seien die Parteien mit Verfügung vom 28. November 2018 aufgefordert worden, ihre Bemühungen zur Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit ihrem Grundeigentum zu belegen. Daher sei davon auszugehen, dass die Parteien bereits Kenntnis davon gehabt hätten, dass ein Verkauf der Liegenschaft schnellstmöglich zu erfolgen habe, ansonsten ein Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege drohen könnte. Folglich sei den Parteien auch keine Übergangsfrist zum Verkauf der Liegenschaft mehr zu gewähren (Urk. 2 E. 2.11).

3.4. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass aufgrund fehlender Mittellosigkeit der Parteien die unentgeltliche Rechtspflege beider Parteien mit sofortiger Wirkung für das künftige Verfahren zu entziehen sei und die jeweiligen Begehren der Parteien um Zusprechung von Prozesskostenvorschüssen abzuweisen seien (Urk. 2 E. 2.15).

4. Materielle Beurteilung

4.1. Nach Art. 120 ZPO entzieht das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hat. Insofern konkretisiert Art. 120 ZPO lediglich Art. 256 Abs. 2 ZPO, wonach eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amtes wegen oder auf Antrag hin aufgehoben oder abgeändert werden kann (vgl. BGE 141 I 241 E. 3.1). Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 120 ZPO, namentlich unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes, gebietet, dass sich der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege nach derselben Interessensabwägung richtet wie der Widerruf von verwaltungsrechtlichen Verfügungen über Dauerleistungen. Somit ist das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse an der Rechtssicher-

heit bzw. dem Vertrauensschutz gegenüberzustellen und je nachdem, welches Interesse überwiegt, die Rechtmässigkeit eines Widerrufs zu bejahen oder nicht. Der Vertrauensschutz hat ferner zur Folge, dass ein Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich nur mit Wirkung *ex nunc et pro futuro* erfolgen kann (BGE 141 I 241 E. 3.1 f.; *OGer ZH PF150026 vom 20.05.2015, E. 2.4*, mit Hinweis auf BK ZPO-Bühler, Art. 120 N 3, 9 und 22). Die gesuchstellende Person trifft im Verfahren bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Sie hat nach Art. 119 Abs. 2 ZPO ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Person dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind. Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn die anwaltlich vertretene Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. statt vieler BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.2, m.w.H.). Eine fehlende Mitwirkung kann bei einem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege dann in Frage kommen, wenn es eine Partei versäumt (nach Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege), auf erneute Aufforderung hin die erforderlichen Belege nachzureichen (*OGer ZH PC170007 vom 18.05.2017, E. 4a*, mit Hinweis auf *OGer ZH PC130028 vom 06.06.2013, E. 2.3*).

4.2. Der Kläger rügt in seiner Beschwerde insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Indem die Vorinstanz die bisher dokumentierten Verkaufsbemühungen als ungenügend qualifiziere, ohne zuvor explizit darauf hinzuweisen, habe sie das rechtliche Gehör des Klägers verletzt. Es sei ferner auch nicht ersichtlich, welche weiteren Verkaufsbemühungen nebst der Beauftragung eines Maklers durch einen Laien hätten vorgenommen werden können. Die Vorinstanz

habe in der Verfügung vom 28. November 2018 auch nicht darauf hingewiesen, dass keine Verkehrswertschätzung vorliege und eine solche erforderlich sei. Auch diesbezüglich liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor (Urk. 1 Rz 12-14).

4.2.1. In der vom Kläger erwähnten Verfügung vom 28. November 2018 hat die Vorinstanz mit ausdrücklichem Hinweis auf Art. 120 ZPO erwogen, dass das Gericht den Parteien am 9. Oktober 2017 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt habe und vorliegend zu prüfen sei, *"ob die hierzu notwendigen Voraussetzungen nach wie vor erfüllt"* seien (Urk. 8/161 S. 2). Entsprechend forderte sie den Kläger auf, aktuelle Belege zu seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, insbesondere zu seiner Schuldenlast, einzureichen. Zudem wurde beiden Parteien Frist angesetzt, *"um ihre Bemühungen zur Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit ihrem Grundeigentum und weiteren Vermögenswerten zu belegen"*. Bei Säumnis werde aufgrund der Akten entschieden (Urk. 8/161, Disp.-Ziff. 3). Dem anwaltlich vertretenen Kläger musste aufgrund der vorerwähnten Verfügung somit bewusst sein, dass sein zuvor bewilligtes Armenrechtsgesuch einer erneuten Prüfung unterzogen wird und auch ein entsprechender Widerruf nicht auszuschliessen ist. Mit Eingabe vom 27. Dezember 2018 nahm der Kläger aufforderungsgemäss zu seiner Schuldensituation Stellung und reichte überdies ein Schreiben der E. _____ [Bank] ein, wonach eine Hypothekarerhöhung nicht möglich sei (Urk. 8/172 Rz 13; Urk. 8/173/109). Zu den Bemühungen zur Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit dem Grundeigentum (vgl. Urk. 8/161, Disp.-Ziff. 3) äusserte sich der Kläger allerdings nicht und reichte auch keine entsprechenden Unterlagen ein. Entgegen der Ansicht des Klägers (vgl. Urk. 1 Rz 12 und 14) war die Vorinstanz – aufgrund der anwaltlichen Vertretung – auch nicht verpflichtet, die Parteien (erneut) auf die fehlenden Angaben und Belege hinzuweisen. In der Verfügung vom 28. November 2018 hat die Vorinstanz die Parteien bereits aufgefordert, Unterlagen betreffend ihre Verkaufsbemühungen im Zusammenhang mit der Liegenschaft einzureichen. Dieser Aufforderung ist der Kläger nicht (genügend) nachgekommen (vgl. nachfolgend E. 4.2.2. und 4.2.3.).

4.2.2. Verfügt die um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Partei über Grundeigentum, hat sie sich die für den Prozess benötigten Mittel allenfalls durch Be-
lehnung der Liegenschaft bzw. Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits,

und, wenn zumutbar, nötigenfalls durch Veräusserung der Liegenschaft zu beschaffen. Die Veräusserung der Liegenschaft ist zumutbar, wenn damit zu rechnen ist, dass mit einem Verkauf die für den Prozess erforderlichen Mittel erwirtschaftet werden können, was namentlich vom Verkehrswert und der Belastung der Liegenschaft abhängt. Bei Bejahung der Zumutbarkeit ist der gesuchstellenden Partei für die Veräusserung eine angemessene Frist anzusetzen. Bis zu deren Ablauf ist die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (BGer 5A_726/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.2; BGer 4A_294/2010 vom 2. Juli 2010 E. 1.3; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 8). Nur wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung der Liegenschaft nicht möglich und eine Veräusserung nicht zumutbar ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt (*OGer ZH LE170027 vom 17.01.2018, S. 51, E. H.1c*).

4.2.3. Der Kläger hat zwar belegt, dass eine Erhöhung der Hypothek vorliegend nicht möglich ist (Urk. 8/173/109). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 2 E. 2.7 und 2.8) hat er hingegen den Nachweis, dass eine Veräusserung unzumutbar ist (trotz entsprechender Aufforderung), nicht erbracht. Die Frage, ob mit einem allfälligen Verkauf der Liegenschaft die für das Verfahren erforderlichen Mittel erwirtschaftet werden können, hängt – wie vorstehend erwogen – insbesondere vom Verkehrswert, der hypothekarischen Belastung sowie der Verkäuflichkeit einer Liegenschaft ab. Der Kläger hat weder zur Hypothek noch zum Wert der Liegenschaft (aktuelle) Unterlagen vorgelegt. Per Ende des Jahres 2016 betrug die Hypothek noch Fr. 757'400.– (Urk. 2 E. 2.7, mit Verweis auf Urk. 8/48/12). Nach eigenen Angaben des Klägers sei die Hypothek durch Amortisationszahlungen um "wenige tausend Franken" reduziert worden (Urk. 1 Rz 28). Bezifferte bzw. substantiierte Behauptungen, geschweige denn (aktuelle) Belege zur bisherigen Amortisation fehlen jedoch gänzlich. Auf diesen Umstand wie auch auf die fehlende Verkehrswertschätzung hat bereits die Vorinstanz zu Recht hingewiesen (Urk. 2 E. 2.7). Mit den entsprechenden Erwägungen setzt sich der Kläger in seiner Beschwerde allerdings nicht auseinander und erklärt somit auch nicht, weshalb er vor Vorinstanz keine (aktuellen) Belege zur Hypothek und zum Verkehrswert eingereicht hat. Auch die übrigen Vorbringen des Klägers im Zusammenhang mit den bisherigen Verkaufsbemühungen sind allesamt unbelegt. Nach Angaben

des Klägers hätten die Parteien angeblich eine Maklerin mit dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft beauftragt. Das entsprechende Inserat mit einem ausgeschriebenen Verkaufspreis von Fr. 995'000.– sei seit August 2018 aufgeschaltet. Als Beleg für diese Behauptungen verweist der Kläger einzig auf die Aussagen der Beklagten anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 23. Mai 2019 (Urk. 1 Rz 21 und 23, mit Verweis auf Prot. I S. 79). Die Kritik der Vorinstanz erweist sich als begründet, wonach die Parteien weder einen Maklervertrag noch andere diesbezügliche Unterlagen ins Recht gereicht haben (Urk. 2 E. 2.8). Auch zu diesem Versäumnis nimmt der Kläger in seiner Beschwerdeschrift keine Stellung. Er bringt lediglich vor, es sei ihm nicht möglich, nähere Angaben zu den bisherigen Verkaufsbemühungen zu machen, da die Beklagte ihn nicht über Besichtigungstermine informiere (Urk. 1 Rz 24). Auch wenn dem so sein sollte, hätte zumindest die (angeblich) beauftragte Maklerin sachdienliche Angaben machen können. Ein entsprechendes Bestätigungsschreiben der Maklerin (oder zumindest einen Antrag auf Einholung einer schriftlichen Auskunft) hätte der Kläger auf jeden Fall einreichen können. Auch die Vorlage des Maklervertrages wäre dem Kläger durchaus möglich gewesen, da er den entsprechenden Vertrag nach eigenen Angaben selbst unterzeichnet hat (Prot. I S. 69). Wie die Parteien sodann auf einen Verkaufspreis von Fr. 995'000.– gekommen sind, geht aus der Beschwerde ebenfalls nicht hervor. Der Kläger geht heute davon aus, dass mit einer kurzfristigen Veräusserung der ehelichen Liegenschaft "vermutlich" ein Verkaufserlös von weniger als Fr. 900'000.– erzielt werden könne (Urk. 1 Rz 27 und 29). Dabei handelt es sich offensichtlich um eine reine Spekulation. Ohne aktuelle Angaben bzw. Belege zum Verkehrswert und zur Höhe der Hypothekarbelastung lässt sich nicht beurteilen, ob ein gewinnbringender Verkauf der Liegenschaft möglich ist.

4.2.4. Nach dem Gesagten ist der anwaltlich vertretene Kläger im vorinstanzlichen Verfahren seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen. Trotz Aufforderung durch die Vorderrichterin in der Verfügung vom 28. November 2018 (Urk. 8/161) hat sich der Kläger in seiner darauffolgenden Stellungnahme vom 27. Dezember 2018 (Urk. 8/172) weder zum Verkehrswert noch zur aktuellen hypothekarischen Belastung der Liegenschaft geäußert. Überdies hat er – entgegen der ausdrücklichen Aufforderung – auch keine Angaben zu den bisherigen

Verkaufsbemühungen gemacht und auch keine entsprechenden Belege eingereicht (bspw. Maklervertrag, Bestätigungsschreiben der Maklerin, Unterlagen zum Verkehrswert und zur Verkäuflichkeit der Liegenschaft, allfällige Absagen von Kaufinteressenten, etc.). Aufgrund der fehlenden Mitwirkung war die Vorinstanz nicht in der Lage, die Vermögenssituation des Klägers abschliessend zu beurteilen, weshalb sie die Mittellosigkeit zu Recht verneinte.

4.2.5. Der Entscheid der Vorinstanz, dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen, ist nach dem Gesagten im Ergebnis nicht zu beanstanden. Allerdings ist dem Kläger insofern Recht zu geben, als ein sofortiger bzw. fristloser Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege dem Effektivitätsgrundsatz zuwiderläuft (Urk. 1 Rz 31). Gemäss diesem Grundsatz dürfen in die Beurteilung der Mittellosigkeit nur Einkünfte und Vermögenswerte einbezogen werden, die tatsächlich (effektiv) vorhanden und verfügbar sind (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 5; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8, m.w.H.). Die Verneinung der Mittellosigkeit aufgrund illiquiden Vermögens ohne Fristansetzung zum Verkauf der entsprechenden Vermögenswerte kommt in diesem Sinne einer Anrechnung von hypothetischem Vermögen gleich, welche unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch unzulässig ist (*OGer ZH LE170012 vom 26.06.2017, E. 7.7.1, m.w.H.*). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann dem Kläger vorliegend allerdings nicht vorgeworfen werden. Die Verfügung vom 9. Oktober 2017 (Urk. 8/69), mit welcher den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, enthielt keinerlei Auflagen oder Bedingungen, obwohl der Umstand, dass die Parteien über Grundeigentum verfügen, bereits damals aktenkundig war. Die Parteien wurden von der Vorinstanz bis anhin auch nie explizit aufgefordert, ihr Wohneigentum zu versilbern. Spätestens jedoch mit der angefochtenen Verfügung vom 31. Mai 2019 (Urk. 2) hat die Vorinstanz klar gemacht, dass ein Verkauf der Liegenschaft zur Finanzierung des Prozesses schnellstmöglich zu erfolgen hat. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2019 als angemessen. Die Sache erweist sich somit als spruchreif, weshalb auf eine Rückweisung des Verfahrens zu verzichten und ein neuer Sachentscheid zu fällen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

4.3. Da sich der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund der fehlenden Mitwirkung als rechtmässig erweist, erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen des Klägers in seiner Beschwerdeschrift (Urk. 1 Rz 33-50) näher einzugehen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege kostenlos. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das erstinstanzliche (Gesuchs-)Verfahren, nicht jedoch für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6.5.5; BGE 140 III 501 E. 4.3.2). Ausgangsgemäss sind dem unterliegenden Kläger die Kosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz wird im Grundsatz bestätigt. Die Gewährung einer Übergangsfrist rechtfertigt ein Abweichen von der vorerwähnten Kostenauflegung nicht. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

5.2. Der Kläger beantragt auch für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Zum Nachweis seiner Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO verweist er einerseits auf "die bereits im Hauptverfahren eingereichten Unterlagen" und andererseits auf seine Bedarfsberechnung in der Beschwerdeschrift (Urk. 1 Rz 52 f., mit Hinweis auf Rz 39 [recte: Rz 40]). Zu seinem aktuellen Erwerbseinkommen macht der Kläger allerdings keine Angaben und versäumt es dadurch, seiner Mitwirkungspflicht nachzukommen (vgl. vorstehend E. 4.1). Im Jahr 2018 erhielt der Kläger monatlich Fr. 11'499.55 (inkl. Kinderzulagen von Fr. 400.–) als Nettolohn ausbezahlt (Urk. 8/145/98). Dem eingereichten Kontoauszug der F. _____ vom 21. Juni 2019 ist zu entnehmen, dass der Kläger im April und Mai 2019 jeweils eine Lohnzahlung von Fr. 11'827.40 (vermutlich ebenfalls inkl. Kinderzulagen) erhalten hat (Urk. 5/9 S. 7 und S. 15). Was es mit dieser Lohnerhöhung auf sich hat, erläutert der Kläger allerdings nicht und er reicht auch keine aktuellen Lohnabrechnungen für das Jahr 2019 ein, welche diesbezüglich Aufschluss geben könnten. Ebenso

wenig legt er den Lohnausweis für das Jahr 2018 ins Recht, woraus die Gesamtlohnsumme und insbesondere auch allfällige Zusatzvergütungen wie Boni oder Gratifikationen ersichtlich gewesen wären. Auch betreffend die zusätzliche Auszahlung der Arbeitgeberin vom 17. April 2019 in der Höhe von Fr. 1'817.75 macht der Kläger keine näheren Angaben (Urk. 5/9 S. 17). Dementsprechend ist nicht bekannt, ob es sich dabei möglicherweise ebenfalls um einen Lohnbestandteil handelt. Nach dem Gesagten hat der Kläger seine aktuelle Einkommenssituation nicht rechtsgenügend dargelegt und ist somit seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht ausreichend nachgekommen. Dasselbe gilt für die aktuelle Vermögenssituation. Der Kläger reicht zusammen mit seiner Beschwerde lediglich den vorerwähnten Auszug seines Privatkontos bei der F. _____ ein (Urk. 5/9). Es ist allerdings aktenkundig, dass er zusätzlich noch über drei Sparkonti ("*Compte d'épargne*") verfügt (vgl. Urk. 8/103/86). Zu diesen Konti macht der Kläger jedoch keine Ausführungen und legt auch keine Belege ins Recht, weshalb seine aktuelle Vermögenslage nicht beurteilt werden kann. Im Ergebnis ist dem anwaltlich vertretenen und in prozessualer Hinsicht somit nicht unbeholfenen Kläger vorzuhalten, seine finanzielle Situation nicht rechtsgenügend dargelegt und insoweit seine Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Mangels Nachweises der Mittellosigkeit ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die Bedarfsaufstellung des Klägers in seiner Beschwerdeschrift näher einzugehen (vgl. Urk. 1 Rz 40).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Affoltern vom 31. Mai 2019 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege mit Wirkung ab 1. Januar 2020 entzogen."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, 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. 92 BGG.

Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. August 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
sf