

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Beschluss und Urteil vom 22. November 2019

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Anerkennung/Ergänzung Scheidungsurteil (unentgeltliche
Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen
Verfahren des Bezirkgerichts Meilen vom 27. August 2019; Proz. FP190002**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 A. _____ (nachfolgend Klägerin) und B. _____ (nachfolgend Beklagter) heirateten am tt. September 2007 in Griechenland. Aus ihrer Ehe ging die gemeinsame Tochter C. _____, geboren am tt.mm.2007, hervor (act. 9/5). Im Jahre 2012 kam es zu einem Eheschutzverfahren vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur, im Jahre 2016 zu einem Verfahren über die Abänderung des Eheschutzentscheides vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen. In letzterem Verfahren wurde der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (Geschäfts-Nr. EE160002; act. 9/4/1-34, act. 9/4/25).

1.2 Am 23. Januar 2019 (Datum Poststempel) machte die Klägerin am Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend Vorinstanz) ein Verfahren zwecks Anerkennung und Ergänzung des ausländischen (griechischen) Scheidungsurteils anhängig. Sie stellte zudem ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9/1).

Der Klägerin wurde in der Folge Frist angesetzt, um Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen einzureichen (act. 9/12). Die Klägerin reichte am 25. März 2019 und 15. April 2019 je eine Eingabe ein unter Beilage von Belegen zu ihren Finanzen (act. 9/17; Beilagen act. 9/18/1–43 und act. 9/21; Beilagen act. 9/22/1–12). Nachdem die Vorinstanz diese Akten eingesehen hatte, wurde der Klägerin mit Verfügung vom 17. April 2019 (act. 9/23) abermals Frist angesetzt, um zu dem auf sie lautenden Bankkonto in Griechenland und zu ihrem Mit-eigentum an der Stockwerkeigentumseinheit am D. _____-weg ... in E. _____ nähere Auskunft zu geben sowie diverse weitere Unterlagen einzureichen. Die Klägerin kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 6. Mai 2019 nach (act. 9/25; Beilagen act. 9/26/1-10). Am 7. Mai 2019 ersuchte die Klägerin die Vorinstanz darum, die Akten des Verfahrens zur unentgeltlichen Rechtspflege vertraulich zu behandeln und insbesondere dem Beklagten keine Akteneinsicht zu gewähren (act. 9/27). Die Vorinstanz setzte der Klägerin in der Folge mit Verfügung vom

11. Juni 2019 eine Nachfrist an, um eine aktuelle Verkehrswertschätzung der Stockwerkeigentumseinheit sowie eine beglaubigte deutsche Übersetzung der eingereichten fremdsprachigen Dokumente vorzulegen (act. 9/37). Die Klägerin reichte innert (erstreckter) Frist eine Eingabe samt den verlangten Beilagen ein (act. 9/42; Beilagen act. 9/43; act. 9/44/1–4). Am 27. August 2019 wies die Vorinstanz das klägerische Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 9/56 = act. 3/1 = act. 4 [Aktenexemplar], nachfolgende zitiert als act. 4).

1.3 Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin mit Eingabe vom 9. September 2019 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 9/59) Beschwerde. Sie beantragt Folgendes (act. 2 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. August 2019 (FP190002-G) sei aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei im Verfahren vor Bezirksgericht Meilen die unentgeltliche Rechtspflege (inkl. unentgeltliche Rechtsvertretung) zu gewähren.
2. Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung vom 27. August 2019 des Bezirksgerichts Meilen (Geschäfts-Nr. FP190002-G) sei aufzuheben.
3. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Beschwerdeführerin die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an das Bezirksgericht Meilen abzunehmen.
4. Die Unterlagen betreffend F. _____ und die Ausführungen der Unterzeichneten, soweit sie F. _____ betreffen, seien dem Beklagten nicht zur Kenntnis zu bringen.
5. Der Beschwerdeführerin sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Staatskasse."

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1–34). Auf das klägerische Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde nicht eingetreten.

Es wurde indessen vorgemerkt, dass die der Klägerin mit Verfügung der Vorinstanz vom 27. August 2019 angesetzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses nicht säumniswirksam ablaufen könne, bevor über die Beschwerde entschieden sei. Zudem wurde die Prozessleitung delegiert (act. 5).

Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Vorinstanzlicher Entscheid

3.1 Die Vorinstanz ging zunächst davon aus, die Klägerin habe glaubhaft dargelegt, dass sie zufolge Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit im Februar 2018 derzeit über kein Einkommen verfüge (act. 4 E. 4.3). Die Vorinstanz erwog weiter, es sei die Vermögenssituation der Klägerin zu prüfen. Es seien keine Gründe ersichtlich, welche einen erhöhten Notgroschen rechtfertigen würden, sodass von einem Notgroschen im oberen üblichen Rahmen von Fr. 15'000.– ausgegangen werden könne (act. 4 E. 4.4.2). Die Klägerin verfüge mit Ausnahme eines Freizügigkeitskontos der 2. Säule bei der G. _____ AG über kein Vermögen auf ihren Bankkonten in der Schweiz, wobei die Klägerin das Freizügigkeitsguthaben nicht beziehen könne und es deshalb bei der Beurteilung der Mittellosigkeit unberücksichtigt bleiben müsse (act. 4 E. 4.4.3). Die Klägerin habe bezüglich der Guthaben bei der H. _____ Bank in Griechenland hinreichend glaubhaft gemacht, dass es sich bei diesem Geld um ausstehende Unterhaltsbeiträge für die gemeinsame Tochter der Parteien handle. Dieses Geld könne als Geld, das dem minderjährigen Kind und nicht dem obhutsberechtigten Elternteil zustehe, bei der Beurteilung des klägerischen Begehrens ebenfalls nicht als Vermögen angerechnet werden (act. 4 E. 4.4.4).

3.2 Schliesslich sei die Klägerin zur Hälfte Miteigentümerin der von ihr mit ihrem Konkubinatspartner F._____, dem gemeinsamen Sohn I._____ sowie der Tochter C._____ bewohnten Stockwerkeigentumseinheit am D._____-weg ... in E._____ (act. 4 E. 4.4.5). Über ihren Miteigentumsanteil könne die Klägerin frei verfügen. Ihren Miteigentumsanteil könne sie grundsätzlich auch dann verpfänden, wenn die im Miteigentum stehende Liegenschaft bereits mit einer Hypothek belastet sei (act. 4 E 4.4.7). Die heutige hypothekarische Belastung der Stockwerkeinheit belaufe sich auf Fr. 1'522'425.– bei einem geschätzten Verkehrswert von Fr. 2'169'000.–. Die Belehnung betrage somit ca. 70 %. Gehe man von der Regel der 80 %-Belastbarkeit aus, wäre somit eine Erhöhung der Hypothek von Fr. 1'522'425.– auf Fr. 1'735'200.– möglich. Die Bestätigung der Bank, dass eine Erhöhung des Hypothekarkredits zurzeit nicht möglich sei, sei aufgrund des Wortlauts der Anfrage von F._____ als reines Gefälligkeitsschreiben zu werten. Überdies bringe die Klägerin vor, F._____ sei mit einer Aufstockung der Hypothek auf der gesamten Liegenschaft nicht einverstanden. Die Aufnahme eines Hypothekarkredits auf dem hälftigen Miteigentumsanteils der Klägerin erscheine als eine bloss theoretische Möglichkeit, weil ein solcher Kredit für die Klägerin mangels Einkommen nicht tragbar wäre (act. 4 E. 4.4.8).

Die Vorinstanz erwog weiter, die Klägerin habe grundsätzlich Anspruch auf den Gegenwert der Liegenschaft nach Massgabe ihrer Quote, also auf die Hälfte des Verkehrswertes von Fr. 2'169'000.–, abzüglich der Hypothekarbelastung von Fr. 1'522'425.–, woraus sich ein Betrag von Fr. 323'287.50 ergebe. Die Klägerin habe somit daraus einen Anspruch auf Fr. 161'644.–. Die Klägerin wende ein, dieser Betrag stehe bei einem allfälligen Verkauf der Liegenschaft nicht ihr, sondern ihrem Konkubinatspartner zu, weil dieser die Eigenmittel zur Finanzierung des Kaufpreises alleine erbracht habe. Es stelle sich somit die Frage, wie der finanzielle Beitrag des Konkubinatspartners an den Miteigentumsanteil der Klägerin rechtlich zu qualifizieren sei (act. 4 E. 4.4.9). Die Vorinstanz erwog, bei Investitionen, die nicht der Gemeinschaft dienen würden, sondern der Anschaffung von Vermögenswerten, könne eine Rückerstattung (der Investition des einen Konkubinatspartners in den Eigentumsanteil des anderen; Anmerkung hinzugefügt) erfolgen. Bei der finanziellen Leistung des Konkubinatspartners zugunsten seiner

Lebenspartnerin könne grundsätzlich von einem Darlehen ausgegangen werden. Die Qualifikation als Darlehen habe jedoch zur Folge, dass der Darlehensgeber an einem Mehrwert des Vermögenswertes nicht partizipiere. Die Klägerin habe auch nicht glaubhaft dargelegt, sie habe eine abweichende Vereinbarung über die Verteilung des Mehrwerts mit ihrem Konkubinatspartner abgeschlossen. Die Stockwerkeinheit sei im Jahr 2013 zu einem Kaufpreis von Fr. 2'070'000.– erworben worden und sei heute geschätzt Fr. 2'169'000.– wert. Bei einem Verkauf könnte somit ein Mehrwert von Fr. 99'000.– erzielt werden, wobei die Klägerin an der Hälfte, d.h. Fr. 49'500.–, teilhaben könne. Dieser Betrag habe sie sich als Vermögen anrechnen zu lassen. Unter Berücksichtigung des angemessenen Notgroschens von Fr. 15'000.– würden der Klägerin somit bei einem Liegenschaftsverkauf genügend Mittel verbleiben, um die Prozesskosten von ca. Fr. 12'000.– bezahlen zu können (act. 4 E. 4.4.10). Eine Veräusserung des Miteigentumsanteils der Klägerin sei angesichts der Gesamtumstände möglich und zumutbar. Es gelte darauf hinzuweisen, dass dem Konkubinatspartner der Klägerin ein gesetzliches Vorkaufsrecht zustehe. Die Klägerin sei somit nicht mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO (act. 4 E. 4.5.1).

Abschliessend stelle sich die Frage, ob die Klägerin, die aufgrund der gegebenen Möglichkeiten der Veräusserung ihres Miteigentumsanteils nicht mittellos sei, nicht auch auf andere Art und Weise Mittel zur Finanzierung des Prozesses auftreiben könnte. Grundsätzlich treffe einen Konkubinatspartner zwar keine Pflicht, gestützt auf die eheliche Beistandspflicht der Lebenspartnerin einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. In dieser Situation, in der die Klägerin gemäss den Ausführungen des Konkubinatspartners wegen des gemeinsamen Kindes nicht arbeiten möchte bzw. dies aufgrund der guten finanziellen Situation des Paares offenbar auch nicht tun müsse – obwohl die Klägerin aufgrund des Alters ihres jüngsten Kindes gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts einer Erwerbstätigkeit von 50 % nachgehen könnte – ferner in einer teuren Stockwerkeigentumseinheit im Wert von Fr. 2'169'000.– lebe und der Konkubinatspartner die Zustimmung zur Erhöhung der Hypothek verweigere, obwohl dies nach der Regel der 80 %-Belehnbarkeit durchaus möglich wäre, erscheine die Annahme gerechtfertigt, dass die Klägerin anstatt ihren Miteigentumsanteil zu verkaufen, von ihrem

Partner oder einem Dritten ein Darlehen für die Prozessfinanzierung aufnehmen könnte. Als Sicherheit dafür könnte sie den Mehrwertanteil an der gemeinsamen Liegenschaft geben (act. 4 E. 4.5.2).

Die Vorinstanz zog das Fazit, die Klägerin verfüge über Vermögenswerte, deren Verfügbarmachung ihr in kürzester Zeit zuzumuten sei, weshalb ihr Antrag um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen sei (act. 4 E. 5).

4. Parteistandpunkt der Klägerin

4.1 Vorab ist unter Hinweis darauf, dass im Beschwerdeverfahren weder neue Tatsachenbehauptungen noch neue Beweismittel zulässig sind, festzuhalten, dass die Klägerin vor Vorinstanz keinerlei Angaben zu den finanziellen Verhältnissen ihres Partners F. _____ machte, bis auf den Umstand, dass er bei Gesuchseinreichung arbeitslos war. Sie reichte vor Vorinstanz entsprechend auch keine Beweismittel zur finanziellen Situation ihres Partners ein. Die neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel können im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden, weshalb diese nachfolgend grundsätzlich auch nicht wiederzugeben sind bzw. dort, wo sie im Gesamtzusammenhang der Ausführungen der Klägerin wiedergegeben werden, darauf nicht weiter einzugehen ist.

4.2 Die Klägerin hält die vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich ihres (nicht vorhandenen) Einkommens und Vermögens bei Schweizer Banken, des Freizügigkeitsguthabens und des Bankkontos bei der H. _____ Bank für zutreffend und beanstandet diese entsprechend nicht (act. 2 S. 3).

4.3 Demgegenüber hält sie die Erwägungen mit Blick auf ihren hälftigen Miteigentumsanteil an der Stockwerkeinheit D. _____-weg ..., E. _____, für unzutreffend. Sie hält zunächst fest, es liege eine willkürliche Beweiswürdigung vor, wenn das Schreiben der Hypothekarbank von der Vorinstanz als blosses Gefälligkeitschreiben gewertet werde. Ihr Partner habe der Bank vernünftigerweise erklären müssen, weshalb er eine solche Bestätigung überhaupt wolle. Dazu komme, dass ihr Partner arbeitslos gewesen sei. Sodann rechnet die Klägerin vor, dass die Tragbarkeit der Hypothek derzeit ohnehin nicht mehr gegeben sei. Es sei nach-

vollziehbar, dass die Bank unter diesen Umständen mit einer Erhöhung der Hypothek nicht einverstanden gewesen sei (und immer noch nicht sei). Schliesslich könne von ihrem Partner nicht verlangt werden, dass er sich für sie bzw. für dieses Verfahren verschulde. Eine Aufnahme einer gemeinsamen Hypothek komme somit nicht in Frage. Der Vorinstanz sei sodann zuzustimmen, dass sie mangels Einkommen keine Hypothek auf ihren Miteigentumsanteil erhalten werde (act. 2 S. 4 f.).

4.4 Sie hält weiter fest, in der Eingabe vom 23. Januar 2019 habe sie für sich und ihre Tochter Wohnkosten von total Fr. 1'008.45 monatlich geltend gemacht. Dies müsse als sehr günstige Wohnsituation bezeichnet werden. Bereits mit Eingabe vom 6. Mai 2019 sei sodann ausdrücklich darauf hingewiesen worden, ein Verkauf der Liegenschaft hätte eine massive Erhöhung ihrer Wohnkosten und derjenigen der Kinder zur Folge. Aus diesem Grund sei die Veräusserung nicht zumutbar. Der Verkauf der Wohnung bzw. ihres Miteigentumsanteils sei somit von vornherein nicht zumutbar. Sie führt zusammengefasst weiter aus, die Veräusserung des Miteigentumsanteils sei auch deshalb nicht zumutbar, weil sie lediglich formal Miteigentümerin sei. Wirtschaftlich betrachtet gehöre die von ihr bewohnte Wohnung alleine ihrem Partner (act. 2 S. 6 f.).

Im Weiteren habe sie keinen Anspruch darauf, dass ihr jemand ein Darlehen gewähre. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Drittperson ihr ein solches Darlehen gewähren sollte, wenn ihr noch nicht einmal die Bank eines gewähre. Sie sei nicht in der Lage, Zinsen zu bezahlen. Sie kenne niemanden, der ihr ein (zinsloses) Darlehen gewähren würde. Ihr Partner verfüge nicht über die liquiden Mittel, um ihr ein Darlehen zu gewähren und sei dazu auch nicht verpflichtet (act. 2 S. 8).

Der Miteigentumsanteil könne auch nicht kurzfristig verkauft werden. Kein Mensch kaufe einen Miteigentumsanteil an einer Stockwerkeigentumswohnung, wenn er nicht mit dem anderen Miteigentümer zusammenleben wolle. Es gebe schlicht keinen Käufer, und schon gar nicht kurzfristig. Ihr Partner sei wirtschaftlich nicht in der Lage, ihren Miteigentumsanteil zu erwerben. Er könne dazu auch nicht gezwungen werden. Aus einem Vorkaufsrecht folge keine Pflicht des Miteigentümers, den Miteigentumsanteil des anderen Miteigentümers zu kaufen. Somit

bliebe ihr letztlich nur eine Klage auf Auflösung des Miteigentums, weil der Miteigentümer keine Mittel habe, um ihren Miteigentumsanteil zu übernehmen und mit einem Verkauf der Liegenschaft nicht einverstanden sei. Ein solcher Prozess dürfte Jahre dauern. Von kurzfristig realisierbaren Mitteln könne keine Rede sein.

Zur Berechnung des Mehrwertanteils durch die Vorinstanz führt die Beschwerdeführerin aus, unter Berücksichtigung von Maklerkosten im Bereich von 2 % des Liegenschaftswertes sowie der Grundstückgewinnsteuer – wobei sie die Liegenschaft erst im Juni 2013 gekauft hätten – resultiere maximal ein Nettoerlös von Fr. 45'000.–, davon würden ihr maximal Fr. 27'500.– zustehen (von der Klägerin gemeint ist wohl aber die Hälfte des Erlöses, mithin Fr. 22'500.–; Anmerkung hinzugefügt). Angesichts der Tatsache, dass das Verfahren zur Ergänzung der Scheidung nun alleine zum Thema unentgeltliche Rechtspflege bereits acht Monate gedauert habe und der bekannten Art und Weise der Prozessführung des Beklagten sei von einem äusserst langjährigen und aufwändigen Verfahren auszugehen. Entsprechend sei klar, dass selbst ein Erlösanteil von knapp Fr. 28'000.– (von der Klägerin gemeint sind wohl Fr. 23'000.–; Anmerkung hinzugefügt) die Kosten ihrer anwaltlichen Vertretung und die Gerichtskosten nicht abdecken würde.

Zusammenfassend könne sie ihren Miteigentumsanteil weder veräussern noch belasten. Sie könne somit kurz- und mittelfristig sicher keine Mittel zur Finanzierung des Verfahrens beschaffen.

5. Würdigung

5.1 Die vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich des Einkommens der Klägerin sowie ihres beweglichen Vermögens wurden von ihr wie gesehen nicht beanstandet. Ihre Beanstandungen betreffen allesamt die Erwägungen zu ihrem unbeweglichen Vermögen, ihrem hälftigen Miteigentumsanteil (im Stockwerkeigentum) an der 4.5-Zimmer am D.____-weg ..., E.____, womit nachfolgend einzig zu beurteilen ist, ob sie als Miteigentümerin dieser Stockwerkseinheit als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO gilt.

5.2 Es kann zunächst auf die Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen bzw. den Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege verwiesen werden (vgl. act. 4 E. 2, E. 3.1, E. 4.1 f.).

Zu ergänzen bzw. hervorzuheben ist, dass einem Grundeigentümer alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung nicht vermieteter Räumlichkeiten und – soweit möglich – durch Aufnahme zusätzlicher Hypothekendarlehen zumutbar sind, und dass diese Möglichkeiten dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorgehen. Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, sind in Bezug auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht besser zu stellen als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparbuch einbezahlt oder in Wertschriften angelegt haben. Von diesen wird ohne Weiteres erwartet, dass sie zur Finanzierung des Prozesses ihr Geld abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 ZPO N 84, sowie MAIER, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, FamPra 2014 S. 635 ff., S. 651 f.; vgl. auch OGer PC140040 vom 26. Januar 2015 und OGer ZH PC120014 vom 29. März 2012, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Es ist indessen zu berücksichtigen, dass das Vermögen im Zeitpunkt der Beurteilung des Gesuchs tatsächlich vorhanden und frei verfügbar sein muss bzw. zumindest innert kurzer Frist als Liquidität realisiert werden kann. Es ist somit zu bedenken, dass die Parteien illiquides Vermögen nicht ohne Weiteres sofort für die Prozessfinanzierung heranziehen können, worauf zurückzukommen sein wird.

5.3 Mit der Vorinstanz ist zunächst davon auszugehen, dass die Klägerin als Miteigentümerin in Bezug auf ihren Miteigentumsanteil über die Rechte und Pflichten wie eine (Allein-)Eigentümerin verfügt, was bedeutet, dass sie diesen Anteil insbesondere auch verkaufen oder verpfänden kann.

5.4 Die Vorinstanz ging davon aus, dass in der Regel von einer Belehnbarkeit von Liegenschaften von 80 % auszugehen sei, weshalb die bereits bestehende Hypothek grundsätzlich erhöht werden könne. Sie äusserte sich indessen nicht

dazu, ob die Erhöhung im hier zu beurteilenden Fall nur grundsätzlich oder – trotz der Verweigerung des Partners der Klägerin und Miteigentümers der Liegenschaft – auch tatsächlich realisierbar ist (vgl. dazu act. 4 E. 4.4.5). Implizit ergibt sich aus dem Entscheid wohl aber, dass die Vorinstanz nicht davon ausging, die Klägerin könne die gemeinsame Hypothek erhöhen, legte sie doch stattdessen – insbesondere auch aufgrund der Weigerung des Partners zur Erhöhung der Hypothek – dar, unter diesen Umständen könne davon ausgegangen werden, ihr Partner (oder ein Dritter) gebe ihr ein Darlehen, ohne dass die Vorinstanz in den Erwägungen nochmals auf eine Erhöhung der Hypothek zurückgekommen wäre (act. 4 E. 4.5.2).

Vorab ist klarzustellen, dass die bestehende (gemeinsame) Hypothek – wie die Klägerin zu Recht vorbringt – nicht erhöht werden kann: Ohne die Zustimmung des (mithaftenden) Miteigentümers und Partners der Klägerin ist eine Anpassung des Hypothekarvertrages bzw. die Erhöhung der Kreditsumme nicht möglich. Es ist denn auch keine rechtliche Grundlage ersichtlich, auf die eine Verpflichtung des Lebenspartners und Miteigentümers zur Erhöhung der Hypothek gestützt werden könnte. Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, besteht nämlich zwischen Konkubinatspaaren keine gesetzlich verankerte Beistandspflicht (BGE 142 III 36 E. 2.3). Der Konkubinatspartner kann somit nicht verpflichtet werden, sich für die Klägerin (weiter) zu verschulden. Das Gesetz kennt denn auch keine Regeln zur Ermächtigung eines Partners zum Verkauf oder zur Verpfändung (der Wohnung) durch das Gericht, wie dies bei Ehegatten vorgesehen ist (vgl. Art. 169 Abs. 2 ZGB). Damit kann offen bleiben, ob es sich beim Schreiben der hypothekgebenden Bank um ein reines Gefälligkeitsschreiben handelt. Immerhin ist festzuhalten, dass es nicht unplausibel erscheint, dass eine Bank die Erhöhung der Hypothek verweigert, solange beide Miteigentümer im Moment der Anfrage an die Bank über keine Arbeitsstelle verfügen bzw. *"auf der Suche nach einer neuen beruflichen Herausforderung"* sind (vgl. dazu den Wortlaut der Anfrage des Partners der Klägerin, worin er auf die berufliche Situation der Miteigentümer hinweist act. 9/18/26). Davon, dass die Klägerin selbst aufgrund ihrer im vorinstanzlichen Entscheid umschriebenen finanziellen Situation keinen Kredit erhältlich machen kann, ging die Vorinstanz im Übrigen zu Recht aus.

Ist eine weitere Belehnung der (selbst bewohnten) Liegenschaft sowohl durch die Klägerin und ihren Partner gemeinsam als auch durch die Klägerin alleine nicht möglich, so ist eine Mittelbeschaffung einzig über einen Verkauf denkbar, was nachfolgend zu prüfen ist.

5.5 Die Vorinstanz geht davon aus, ein Verkauf ihres Miteigentumsanteils sei der Klägerin möglich und zumutbar.

Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ist indessen festzustellen, dass es schwierig sein dürfte, Interessenten für einen Kauf eines blossen Miteigentumsanteils zu finden, da sich der Käufer für die konkrete Nutzung der Wohnung mit dem anderen Miteigentümer auseinandersetzen müsste (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_549/2016 vom 25. Oktober 2016, E. 3.1). Der vorinstanzliche Hinweis auf das Vorkaufsrecht des Miteigentümers nach Art. 682 Abs.1 ZGB vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Zwar ist es richtig, dass der Partner der Klägerin grundsätzlich ein gesetzliches Vorkaufsrecht hat. Wie mit Blick auf die Erhöhung der Hypothek aber bereits festgestellt, ist nicht ersichtlich, inwiefern er zum Erwerb verpflichtet werden könnte – sollte er denn überhaupt in der finanziellen Lage sein, die Klägerin auszubezahlen. Wird der vorinstanzlichen Überlegung gefolgt, dass F._____ der Klägerin beim gemeinsamen Erwerb der Wohnung für ihren Miteigentumsanteil ein Darlehen gewährt und sie deshalb immerhin Anspruch auf den seither entstandenen Mehrwert hat (act. 4 E. 4.4.10), müsste er ihr bei einem Kauf immerhin diesen Mehrwert ausbezahlen. Ob er dazu in der Lage ist, kann hier indes offen bleiben, weil ohnehin keine rechtliche Grundlage besteht, ihn zum Kauf zu verpflichten.

Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, ein Verkauf des klägerischen Miteigentumsanteils sei tatsächlich möglich und darüber hinaus auch noch innert nützlicher Frist realisierbar.

Hinzu kommt, wie die Klägerin zu Recht vorbringt, dass die selbstbewohnte 4.5-Zimmer-Wohnung günstigen Wohnraum für sie und ihre Tochter C._____ (sowie ihren Sohn I._____) bietet, veranschlagt sie für sich und die Tochter

C._____ vor Vorinstanz doch (lediglich) einen Anteil an den Hypothekarzinsen von Fr. 587.75 monatlich sowie Nebenkosten in der Höhe von insgesamt Fr. 636.45 pro Monat (act. 9/1 und act. 9/21: Stockwerkeigentümerbeiträge, Unterhaltskosten, Gebühren Alarmanlage, GVZ-Prämie), mithin insgesamt Fr. 1'225.– monatliche Wohnkosten. Auch dies spricht gegen den Verkauf des hälftigen Miteigentumsanteils (vgl. dazu auch OGer ZH LE140050 vom 11. April 2016 E. 2).

5.6 Vor diesem Hintergrund ist zusammengefasst festzuhalten, dass das im Miteigentumsanteil (zumindest in Form des Mehrwertes) gebundene Vermögen der Klägerin weder durch eine Erhöhung der Hypothek bzw. Belehnung des hälftigen Miteigentumsanteils noch durch den Verkauf des Miteigentumsanteils der Klägerin kurzfristig für die Finanzierung des gerichtlichen Verfahrens realisiert werden kann. Damit kann offen bleiben, ob bei der Berechnung des Erlöses bei Verkauf des Miteigentumsanteils bzw. des Mehrwertes für die Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege auch noch allfällige Grundstückgewinnsteuern und Maklerkosten zu berücksichtigen wären, wie dies von der Klägerin vorgebracht wird (act. 2 S. 10).

Nicht zuletzt erscheint die Schlussfolgerung der Vorinstanz – um liquide Mittel zur Prozessfinanzierung erhältlich zu machen, könnte die Klägerin anstelle eines Verkaufs des klägerischen Miteigentumsanteils sich ein über den Mehrwert am Miteigentumsanteil besichertes Darlehen gewähren lassen – unter Berücksichtigung der übrigen Erwägungen der Vorinstanz nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz geht nämlich selbst davon aus, dass die Klägerin in ihrer finanziellen Lage keine Erhöhung der Hypothek auf ihrem Miteigentumsanteil wird erhältlich machen können. Dass ihr unter diesen Umständen eine Drittperson innert nützlicher Frist ein zinsloses Darlehen gewährt – ohne eigenes Erwerbseinkommen und eigene Bankguthaben ist die Klägerin zur Leistung eines Darlehenszinses nämlich nicht in der Lage – erscheint wenig realistisch. Wie bereits ausgeführt besteht denn auch keine Beistandspflicht des Konkubinatspartners, weshalb von ihm nicht verlangt werden kann, der Klägerin ein Darlehen zu gewähren. Dies hat das Bundesgericht im bereits zitierten Entscheid klar festgehalten. Die mit einem Konkubi-

nat einhergehenden finanziellen Vorteile wirken sich mit Blick auf die unentgeltliche Rechtspflege einzig auf die Berechnung des Existenzminimums aus. Insbesondere hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Konkubinatspartner die Prozesspartei nicht mit einem Kostenvorschuss bzw. einer Kostenübernahme unterstützen müsse (BGE 142 III 36 E. 2.3). Die Erwägung der Vorinstanz, der Partner der Klägerin könne ihr ein Darlehen gewähren, würde aber geradezu darauf hinauslaufen. Da der Partner der Klägerin ohnehin für ihre gesamten Lebenshaltungskosten aufkommt und sich deshalb eine Berechnung des Existenzminimums der Klägerin erübrigt, wirkt sich das Konkubinatsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Partner bei der Beurteilung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege somit unter keinem Titel aus.

Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Vorinstanz davon ausgegangen ist, der Partner der Klägerin sei tatsächlich in der finanziellen Lage, um ihr den Miteigentumsanteil abzukaufen oder ein Darlehen zur Finanzierung des Prozesses zu gewähren, ohne dass die Klägerin hierzu entsprechende Ausführungen gemacht oder Belege eingereicht hätte. Die Vorinstanz durfte jedoch nicht unbesehen und ohne entsprechende Belege von den von ihr angenommenen Verhältnissen ausgehen. Wie gezeigt spielen die finanziellen Verhältnisse des Partners der Klägerin mangels einer Beistandspflicht aber ohnehin keine Rolle, weshalb sich Weiterungen dazu im zweitinstanzlichen Verfahren erübrigen.

5.7 Es mag zwar auf den ersten Blick unbefriedigend wirken, wenn einer Partei, die über einen hälftigen Miteigentumsanteil an einer 4.5-Zimmer-Wohnung in guter Lage verfügt, ihr gerichtliches Verfahren durch den Staat (zumindest vor-)finanziert wird. Wie gesehen ist die Versilberung dieses (einzigen) Vermögenswerts aber innert nützlicher Frist nicht realisierbar, was folgerichtig dazu führt, dass die Klägerin mittellos i.S. des Art. 117 ZPO ist. Es ist denn auch festzuhalten, dass die für die Prozessfinanzierung zur Verfügung gestellten Mittel für die Staatskasse nicht für immer verloren wären, kann der Staat die hierfür aufgewendeten Mittel doch innert 10 Jahren unter den Voraussetzungen von Art. 123 ZPO von der Klägerin zurückfordern.

5.8 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin um Bewilligung unentgeltlichen Rechtspflege zu Unrecht abgewiesen. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 27. August 2019 aufzuheben. Gestützt auf Art. 327 Abs. 2 lit. b ZPO ist der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Klägerin ist sodann auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach sie zur Nachzahlung ihrer Prozesskosten verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

6. Bekanntgabe von Ausführungen und Unterlagen an den Beklagten

6.1 Die Klägerin beantragte im Weiteren, die Unterlagen zu ihrem Lebenspartner F._____ und die Ausführungen ihrer Rechtsvertreterin seien, soweit sie F._____ betreffen, dem Beklagten nicht zur Kenntnis zu bringen. Die Klägerin macht geltend, die wirtschaftlichen Verhältnisse ihres Partners und Miteigentümers müssten angesichts der Ausführungen der Vorinstanz hier ausgebreitet werden, obwohl er nicht Partei des Verfahrens sei. Die privaten Verhältnisse von F._____ würden den Beklagten nichts angehen. Es beschlage die Privatsphäre von F._____, wann er arbeitslos gewesen sei, wie hoch sein Einkommen sei und wie sich seine Vermögenssituation gestalte. Er habe ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung dieser Daten und insbesondere daran, dass der Beklagte, der dauernd überall Eingaben mache, was gerichtsnotorisch sei, keine Kenntnisse davon erhalte. Dem Beklagten komme hinsichtlich der Frage der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber der Klägerin keine Parteirolle zu. Er habe somit kein schutzwürdiges Interesse an der Kenntnis der F._____ betreffenden Akten und Ausführungen. Entsprechend seien diese Ausführungen und Akten gegenüber dem Beklagten geheim zu halten und ihm nicht zur Kenntnis zu bringen (act. 2 S. 11).

6.2 Der Beklagte ist – auch wenn er im Rubrum als Partei aufgeführt ist – weder im Gesuchs- noch im Beschwerdeverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege formell Partei. Entsprechend sieht das Gesetz auch nur die fakultative Anhörung der Gegenpartei des Hauptverfahrens vor (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

Dennoch ist der Gegenpartei des Hauptverfahrens der Entscheid über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zuzustellen, weil diese Auswirkungen auf den Hauptprozess hat. Dieses Urteil ist dem Beklagten somit zuzustellen. Dem Entscheid ist auch die Beschwerdeschrift als das Verfahren einleitendes Schriftstück beizulegen. Soweit die Beschwerdeschrift Ausführungen zur finanziellen Situation des Partners der Klägerin enthält, kann eine allfällige Kenntnisnahme dieser tatsächlichen Umstände durch den Beklagten nicht vermieden werden. Immerhin ist festzuhalten, dass – entsprechend den obigen Ausführungen – die wirtschaftlichen Verhältnisse des Partners der Klägerin, der gleichzeitig Miteigentümer ist, hier nicht hätten ausgebreitet werden müssen. Die Ausführungen und Beweismittel dazu konnten im Beschwerdeverfahren wie gesehen nämlich gar nicht berücksichtigt werden. Es ist der Klägerin somit selbst anzulasten, wenn sie in ihrer Beschwerdeschrift in Missachtung des gesetzlichen Novenverbotes die finanziellen Belange ihres Partners dargelegt hat. Nicht zuletzt beantragt die Klägerin denn auch gar keine konkreten Massnahmen, wie die Kenntnisnahme dieser Umstände durch den Beklagten zu vermeiden wäre. Dies wäre aber nötig und von ihr auch zu erwarten gewesen, weil die Ausführungen über die finanzielle Situation ihres Partners in ihren Augen für die Beurteilung des vorinstanzlichen Entscheids durch die Kammer erforderlich waren. Sie hätte somit auch darlegen müssen, mit welchen Massnahmen zwar eine Beurteilung ihrer Beschwerde durch die Kammer möglich gewesen wäre, ohne dass gleichzeitig Ausführungen zu ihrem Partner Eingang in das Urteil gefunden hätten.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ficht eine Partei vor der kantonalen Beschwerdeinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen damit ausser Ansatz und der Klägerin ist aus der Staatskasse eine Parteient-schädigung zuzusprechen (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.3; BGer 4D_24/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.2.). Die der Klägerin zu entrichtende Entschädigung ist dabei unter Berücksichtigung von § 13 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV auf

Fr. 800.– zzgl. MwSt. festzusetzen. Die Entschädigung ist der Klägerin aus der Kasse der Vorinstanz auszurichten.

Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird damit gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteilerin für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 27. August 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihr wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsverteilerin bestellt.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 861.60 (7.7 % MwSt. darin inbegriffen) zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Ochsner

versandt am: