

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB110048-O/U

Mitwirkend: **Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammach und** Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 6. März 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Forderung/unentgeltliche Rechtspflege/Prozessuales**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom
28. November 2011; Proz. CG070017**

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien stehen sich vor dem Bezirksgericht Winterthur seit dem 30. April 2007 in einem Forderungsprozess gegenüber (act. 9/1). Mit Präsidialverfügung vom 12. September 2007 wurde das Gesuch der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Klägerin) um unentgeltliche Prozessführung bewilligt. Es wurde in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt sowie darauf hingewiesen, dass ein Entzug der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege bei einer Veränderung der finanziellen Verhältnisse der Klägerin vorbehalten bleibe (act. 9/15). Das Verfahren wurde fortgeführt. Mit Beschluss vom 29. Juli 2010 wurde der Klägerin mit Wirkung ab 27. Juli 2010 in der Person von Rechtsanwalt Dr. Z._____ ein neuer unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (act. 9/116). Mit Beschluss vom 14. September 2010 wurde der früheren Rechtsvertreterin der Klägerin eine Akontozahlung von Fr. 32'280.– an ihre Honoraransprüche aus der Gerichtskasse ausgerichtet (act. 9/120). Mit Beschluss vom 28. November 2011 wurde der Klägerin sodann die mit Verfügung vom 12. September 2007 bewilligte unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend per 1. Januar 2008 entzogen (act. 9/256 = act. 10 Dispositivziffer 1).

1.2. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2011 liess die Klägerin rechtzeitig durch Rechtsanwalt Dr. Z._____ Beschwerde gegen diesen Beschluss vom 28. November 2011 erheben und beantragte folgendes (act. 2 S. 2):

" 1. Dispositiv Ziff. 1 des Beschlusses vom 28. November 2011 sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin auch weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Eventualiter sei die Rückwirkung des Entscheids aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

2. Der Beschwerdeführerin sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr der Unterzeichnete als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Die Klägerin verwies unter anderem auf eine Bestätigung vom 9. Dezember 2011 der C._____ GmbH von "D._____, Buchhaltung" unterzeichnet, in welcher

mitgeteilt wird, dass die Klägerin in der Gesellschaft keine aktive und gegen Lohn ausgeübte Funktion habe (act. 4/5).

1.3. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2011 teilte der Rechtsvertreter der Klägerin dem hiesigen Gericht mit, dass er sich veranlasst sehe, das Mandat per sofort niederzulegen (act. 5).

1.4. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 bat Frau D._____ um Kenntnisnahme ihres beigelegten Schreibens (act. 7). In diesem Schreiben führte sie aus, dass sie seit Mai 2006 als Sachbearbeiterin bei der C._____ GmbH arbeite, die von ihr unterzeichnete Bestätigung nicht der Wahrheit entspreche und diese auf ausdrückliches Verlangen der Klägerin erstellt worden sei. Die Klägerin sei seit 2011 Lohnbezügerin und arbeite aktiv im Geschäft mit (act. 8 S. 3).

1.5. Mit Verfügung vom 24. Januar 2012 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zu dieser Eingabe von Frau D._____ angesetzt (act. 11). Die Stellungnahme des Beklagten und Beschwerdegegners (nachfolgend Beklagter) ging mit Eingabe vom 25. Januar 2012 ein (act. 13). Von der Klägerin ging zunächst keine Stellungnahme ein. Sie nahm die Verfügung nicht innert Frist entgegen (Zustellungsfiktion, Art. 138 Abs. 3 lit. a; BGer 4A.704/2011, Urteil vom 16. Januar 2012). Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 wurde die Stellungnahme des Beklagten der Klägerin zugestellt (act. 15). Mit Eingabe vom 15. Februar 2012 nahm sie Stellung dazu (act. 20).

1.6. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (Art. 322 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

2. Materielles

2.1. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz führt im angefochtenen Beschluss im Wesentlichen aus, die Klägerin habe trotz entsprechender Aufforderungen verbunden mit dem Hinweis, dass bei einer Verweigerung der Auskunft die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege nicht mehr als erfüllt betrachtet würden, die erforderlichen

Auskünfte nicht erteilt; dies in Bezug auf ihr Einkommen, ihre Vermögenswerte und ihre Liegenschaft.

Die Klägerin habe sich in ihrer letzten Steuererklärung 2010 als kaufmännische Angestellte und Hausfrau bezeichnet und als ihren Arbeitgeber die C. _____ GmbH in ... angegeben. Sie habe wohl kein eigenes Einkommen deklariert, aber Berufsauslagen von Fr. 3'200.– und einen Sonderabzug bei Erwerbstätigkeit bei der Ehegatten von Fr. 2'500.– geltend gemacht. Sie sei im Handelsregister als Gesellschafterin mit Einzelunterschrift eingetragen und auf der Homepage der C. _____ GmbH trete sie zudem zusammen mit ihrem Mann als für den Vertrieb, Service, Beratung und Verkauf zuständige Person auf. Auf diese Umstände hingewiesen, habe sie in ihrer Stellungnahme betont, dass sie keinen Lohn erhalte. Damit seien der Klägerin widersprüchliche und/oder unvollständige Angaben hinsichtlich ihrer Erwerbssituation und damit hinsichtlich ihres Einkommens vorzuwerfen (act. 10 S. 2 ff.).

Weiter führt die Vorinstanz aus, die Klägerin habe in der Steuererklärung 2006 ein bewegliches Vermögen von Fr. 7'218.– deklariert. Im Wertschriften- und Guthabenverzeichnis der Jahre 2008 und 2009 habe sie sodann einen Betrag von Fr. 132'903.– ausgewiesen. Im Jahre 2010 habe sie nur rund Fr. 8'000.– deklariert. Auf diese Umstände hingewiesen, habe die Klägerin geantwortet, dass sich die Reduktion der Barvermögenswerte aufgrund des Wegfalls der IV-Rente ergeben habe. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, dass eine Vermögensverminderung von rund Fr. 125'000.– nicht mit den Lebenshaltungskosten der fünf Monate ab dem Wegfall der IV-Rente per Ende Juli bis Ende Dezember 2010 erklärbar sei (act. 2 S. 4).

Hinsichtlich der Vermögenssituation macht die Vorinstanz weiter geltend, die Klägerin habe ihre Liegenschaft E. _____-Strasse 1 in F. _____ in den Steuererklärungen 2007 bis 2009 mit einem Steuerwert von Fr. 547'000.– aufgeführt. In der Steuererklärung 2010 habe sie dieselbe Liegenschaft noch mit einem Verkehrswert von Fr. 89'000.– aufgeführt. Gemäss Mitteilung des Gemeindesteueramtes F. _____ betreffe der Verkehrswert von Fr. 89'000.– die Liegenschaft E. _____-Strasse 2 in F. _____. Die Klägerin habe hinsichtlich des Verbleibs der Liegen-

schaft E. _____-Strasse 1 die von ihr verlangten Auskünfte verweigert. Der Nettoverkehrswert dieser Liegenschaft werde auf Fr. 180'000.– geschätzt (act. 10 S. 5 f.).

Zusammenfassend habe die Klägerin ab dem Jahr 2008 ein Vermögen von Fr. 132'903.– verschwiegen, obwohl sie darauf hingewiesen worden sei, dass ein Entzug der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege bei einer Veränderung der Verhältnisse vorbehalten bleibe. Die der Klägerin bewilligte unentgeltliche Rechtspflege sei damit aufgrund der fehlenden Deklaration dieses Vermögens gegenüber dem Gericht ab dem Jahr 2008 zu Unrecht aufrecht erhalten geblieben, weshalb der Entzug vorliegend rückwirkend auf diesen Zeitpunkt zu erfolgen habe. Zudem habe die Klägerin die Liegenschaft E. _____-Strasse 1 mit einem Nettoverkehrswert von rund Fr. 180'000.– in der Steuererklärung 2010 nicht mehr aufgeführt, weshalb sich der rückwirkende Entzug der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege rechtfertige (act. 10 S. 7).

2.2. Beschwerdebegründung der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, es liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Es sei aktenwidrig, dass sie darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass die eingereichten Belege unzureichend seien. Auch mit einem rückwirkenden Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege sei sie vorgängig nie konfrontiert worden. Aufgrund fehlender Einräumung des rechtlichen Gehörs sei der angefochtene Beschluss nichtig (act. 2 S. 3 f.).

Bezüglich dem angeblich verschwiegenen Vermögensanfall führt die Klägerin aus, dass sie in den Steuererklärungen der Jahre 2008 und 2009 ein Wertchriftenvermögen von Fr. 1'704.00 bzw. Fr. 1'801.00 deklariert habe. Die Vorinstanz habe vermutlich auf das mit eingereichte, aber eigens so bezeichnete "Beispiel" der Steuerbehörde zur Anleitung für das Ausfüllen der Steuererklärung abgestellt.

Die Klägerin führt weiter aus, es werde ihr unterstellt, dass sie heimlich ihr Wohnhaus verkauft und ein neues Haus gekauft habe. Dies sei aktenwidrig. Sie

wohne unverändert an der gleichen Adresse. Sie habe sich auf die offizielle Schätzungsmitteilung der Steuerbehörde verlassen und diesen Wert in die Steuererklärung übertragen. Offensichtlich habe es aber ein Versehen der Steuerbehörden gegeben, da ihr versehentlich eine Mitteilung zum Wert der Liegenschaft E. _____-Strasse 2 zugestellt worden sei. Das sei inzwischen mit der Steuerbehörde geklärt worden. Sie habe immer an der E. _____-Strasse 1 gewohnt, wozu auch die Garage gehöre. Wie mit der eingereichten Bescheinigung vom Steueramt bestätigt, sei der Steuerwert ihrer Liegenschaft inkl. Garage aktuell mit Fr. 636'000.– beziffert (act. 2 S. 5 f., act. 4/6d).

Die Klägerin macht betreffend der unterstellten Erwerbstätigkeit geltend, es sei ihr nie mitgeteilt worden, dass man die diesbezüglich erteilten Auskünfte nach wie vor als unzureichend betrachten würde. Es sei auch nie angetönt worden, dass ihr ein angeblich verheimlichtes Erwerbseinkommen angerechnet würde. Es hätte sich keine Besserung ihres Gesundheitszustandes eingestellt und sie sei nach wie vor nicht in der Lage zu arbeiten. Angesichts des durch die Steuererklärung ausgewiesenen fehlenden tatsächlichen Einkommens erscheine dieses Thema als konstruiert. Die Klägerin reichte dazu die zwischenzeitlich auch definitive Einschätzung des Kantonalen Steueramtes Zürich vom 11. November 2011 ein. Weiter verweist sie auf eine Bestätigung der Buchhalterin der C. _____ GmbH, woraus sowohl die fehlenden Bezüge wie auch die fehlende aktive Mitarbeit ebenfalls in aller Klarheit hervorgehen (act. 2 S. 7 ff.).

Bezüglich der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Verfahren verweise sie zu den finanziellen Verhältnissen auf die umfangreichen Akten, woraus ihre prekäre finanzielle Situation hervorgehe. Von einer Aussichtslosigkeit könne ohnehin nicht die Rede sein, allein schon unter dem Aspekt der Rückwirkung (act. 2 S. 10).

2.3. Erwerbseinkommen

Die Klägerin hält auch im Beschwerdeverfahren daran fest, dass sie – auch aufgrund ihres Gesundheitszustandes – nicht arbeiten könne und kein Einkom-

men erziele. Ihre Arbeitsuntätigkeit liess sie sich von der Sachbearbeiterin der C._____ GmbH, Frau D._____, schriftlich bestätigen (act. 4/5). Frau D._____ teilte der Kammer allerdings mit Eingabe vom 19. Dezember 2011 mit, dass die von ihr unterzeichnete Bestätigung nicht der Wahrheit entspreche und diese auf ausdrückliches Verlangen der Klägerin erstellt worden sei. Die Klägerin sei seit 2011 Lohnbezügerin und arbeite aktiv im Geschäft mit. Dies könne auch die Treuhänderin der C._____ GmbH jederzeit bezeugen (act. 7 und 8 S. 3). Diese Eingabe wurde den Parteien zur Stellungnahme zugestellt (act. 11). Der Beklagte meinte dazu, dass das Schreiben von Frau D._____ für sich spreche und somit davon auszugehen sei, dass die Klägerin grundsätzlich arbeitsfähig sei und ein Einkommen erziele (act. 13). Die Klägerin führte aus, sie könne aufgrund ihrer Schmerzen nicht arbeiten. Der Gegenanwalt sei mit seiner Auskunft an die falsche Person gelangt, da Frau D._____ in der Firma lediglich Büroarbeiten im administrativen Bereich auf Stundenbasis erledige und keine Unterschriftsberechtigung habe. Deshalb habe sie (die Klägerin) von dem Treuhandbüro ihres Mannes die massgeblichen Lohnjournale der letzten drei Jahre eingereicht. Sie sei weder Lohnbezügerin noch aktiv tätig. Sie könne aufgrund ihrer körperlichen Einschränkungen nicht einmal im Haushalt etwas erledigen, die Spitex komme wöchentlich (act. 20). Dazu reichte sie ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. G._____ ein, welcher zusammenfassend bestätigt, dass er im Zusammenhang mit ihren körperlichen Beschwerden sowie der gesamten psycho-sozialen Situation nicht glaube, dass die Klägerin trotz positivem Willen auf dem Arbeitsmarkt eine adäquate behinderungsangepasste Tätigkeit finden könne (act. 21).

Bezüglich dem ursprünglich eingereichten Schreiben der C._____ GmbH, Buchhaltung, von Frau D._____ unterschrieben und mit dem Titel "Bestätigung Arbeitsunfähigkeit", ist anzufügen, dass die Klägerin dieses selber einreichte und in der Beschwerdeschrift steht: "Ergänzend sei darüber hinaus nun aber auch noch auf die zusätzliche Bestätigung der Buchhalterin verwiesen, woraus sowohl die fehlenden Bezüge wie auch die fehlende aktive Mitarbeit ebenfalls in aller Klarheit hervorgehen" (act. 2 S. 9). Es drängt sich vorliegend die Frage auf, wieso die Klägerin einerseits zunächst Frau D._____ als Buchhalterin bezeichnet und eine von ihr unterzeichnete Bestätigung einreicht, um ihre Arbeitsunfähigkeit zu

belegen und später geltend macht, Frau D._____ – welche ihre Bestätigung von sich aus der Unwahrheit bezichtigt und ausführt, sie sei zur Unterschrift gedrängt worden – sei nicht fähig zu beurteilen, ob sie dort arbeite und einen Lohn beziehe. Die Klägerin geht fehl, wenn sie geltend macht, der Gegenanwalt habe Frau D._____ kontaktiert und eine Auskunft verlangt. Es ist unwahrscheinlich, dass er von dieser Bestätigung überhaupt Kenntnis hatte, bevor sie widerrufen wurde. Im Weiteren war es Frau D._____ selber, welche ihre Bestätigung vom 9. Dezember 2011 mit Schreiben vom 10. Dezember 2011, also einen Tag später, widerrief, weil sie – gemäss eigenen Angaben – als wahrheitsgetreuer Mensch solche falschen Tatsachen und Behauptungen nicht mit ihrem Gewissen vereinbaren und ein solches Vorgehen der Klägerin nicht unterstützen könne (act. 8 S. 3).

Dr. med. G._____ beschreibt in seinem ärztlichen Zeugnis die körperlichen Beschwerden der Klägerin und kommt zum Schluss, dass er bezweifle, dass die Klägerin auf dem Arbeitsmarkt eine adäquate behinderungsangepasste Tätigkeit finden könne. Vorliegend geht es jedoch nicht darum, ob die Klägerin auf dem freien Arbeitsmarkt eine Stelle finden könnte, sondern darum, ob sie tatsächlich in der Firma ihres Mannes arbeitet.

Es ist anzufügen, dass die Klägerin von der Vorinstanz auf die Unstimmigkeit hingewiesen wurde, wonach sie sich trotz geltend gemachter fehlender Erwerbstätigkeit in ihrer letzten Steuererklärung als kaufmännische Angestellte und Hausfrau aufführte und als ihren Arbeitgeber die C._____ GmbH angab. Sie wurde sogar aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen (act. 9/207). Die Ausführungen der Klägerin, wonach ihr diesbezüglich nie das rechtliche Gehör eingeräumt worden sei, gehen fehl.

2.4. Wertschriften und Guthaben

Die Klägerin hat ihre finanziellen Verhältnisse anhand der eingereichten Steuererklärungen bzw. der ergangenen Einschätzungsentscheide für die Jahre 2007 bis 2010 belegt. In Übereinstimmung mit ihren Ausführungen ist es tatsächlich so, dass die Vorinstanz für die Jahre 2008 und 2009 von den Zahlen aus dem Beispiel der Steuerbehörde zur Anleitung für das Ausfüllen der Steuererklärung ausgegangen ist (vgl. act. 9/220/5 S. 18 und 9/220/7 S. 17). Die Ausführungen

der Klägerin, wonach sie gemäss der Einschätzungsentscheide des Kantonalen Steueramtes Zürich für die Jahre 2008 und 2009 ein Wertschriftenvermögen von Fr. 1'704.00 (act. 4/3f S. 3) bzw. Fr. 1'801.00 (act. 4/3c S. 2) aufwies, sind zutreffend. Im Einschätzungsentscheid vom 18. März 2009 für das Jahr 2007 wies die Klägerin ein Wertschriften- und Guthaben von Fr. 5'700.– aus (act. 9/220/2 S. 3) und in demjenigen vom 11. November 2011 für das Jahr 2010 ein solches von Fr. 4'043.– (act. 4/6b S. 3).

Die Klägerin konnte belegen, dass die Steuerbehörde ihr für die Steuererklärung 2009 zunächst eine unvollständige Auskunft über den Vermögenssteuerwert der Liegenschaft zukommen liess, nämlich nur denjenigen der Unterniveaugarage. Dies veranlasste die Vorinstanz zur Annahme, sie habe die Liegenschaft verkauft. Dem ist nicht so. Der Klägerin hätte bei der Übernahme der Zahlen jedoch auffallen können, dass ihre Liegenschaft mit einem Wert von über Fr. 500'000.– nicht plötzlich einen Verkehrswert von nur noch Fr. 89'000.– aufweist.

Es ist demnach nicht so, dass sich das Wertschriftenvermögen der Klägerin seit der Bewilligung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege erheblich erhöht hätte, wie die Vorinstanz annahm. Es ist gerade umgekehrt, das Wertschriftenvermögen der Klägerin hat sich im Laufe der Jahre reduziert.

2.5. Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege

Da der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung primär das Recht auf Zugang zum Gericht schützt, ist die Bedürftigkeit auf Grund der wirtschaftlichen Umstände im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu beurteilen (BGE 101 Ia Erw. 2). Sind die Voraussetzungen, auf Grund derer die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden war, während des Verfahrens weggefallen, kann das Gericht die erteilte Bewilligung zurückziehen (vgl. § 91 ZPO/ZH). Nicht jede während des Verfahrens veränderte Voraussetzung darf zu einer Überprüfung des Entscheids über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege führen. Die Erfolgsaussichten einer Klage oder eines Rechtsmittels dürfen beispielsweise nur am Anfang des Verfahrens beurteilt werden, weil sie sich häufig nach Abschluss des Beweisverfahrens klären. Mit dieser Situation nicht vergleichbar ist dagegen der

Fall, wo die Bedürftigkeit während des Verfahrens wegfällt, weshalb der rückwirkende Entzug nicht von vornherein verfassungswidrig zu sein braucht. Denn es ist nicht so, dass die zu Beginn des Verfahrens festgestellte Bedürftigkeit während der ganzen Dauer des Prozesses als gegeben betrachtet werden müsste (BGE 122 I 5 Erw. 4a und b).

Der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege hat unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem er wirksam wird, zur Folge, dass die klagende Partei allenfalls sie treffende Gerichtskosten selber zu zahlen hat. Der rückwirkende Entzug der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist nur dann zulässig, wenn während des Prozesses die Mittellosigkeit der verbeiständeten Partei entfällt. Der rückwirkende Entzug der Bestellung hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Prozesshandlungen des Rechtsvertreters (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, N 1 ff. zu § 91 mit Hinweis auf ZR 96 Nr. 50).

Bereits mit Präsidialverfügung vom 12. September 2007 wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass ein Entzug der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege bei einer Veränderung ihrer finanziellen Verhältnisse vorbehalten bleibe (act. 9/15). Die Vorinstanz bewilligte das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege, obgleich die Klägerin in ihrer Steuererklärung 2006 ein steuerbares Vermögen in der Höhe von Fr. 76'009.– aufwies. Die Klägerin verfügte über Wertchriften und Guthaben in der Höhe von Fr. 7'218.– und über kein steuerbares Einkommen (act. 9/3/16). Das bedeutet, dass diese finanziellen Verhältnisse die Grundlage zur Bewilligung des Armenrechts bilden. Diese Grundlage ist wichtig, weil das Gericht – wie bereits ausgeführt – die erteilte Bewilligung zurückziehen kann, wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Vertretung im Laufe des Prozesses dahinfallen (§ 91 ZPO/ZH). Es ist daher zu prüfen, ob sich die finanziellen Verhältnisse der Klägerin im Laufe des Prozesses verändert haben und ihre Mittellosigkeit entfallen ist. Die Entziehung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung mit Rückwirkung ist allerdings unzulässig, wenn sie lediglich mit anderer Würdigung der Verhältnisse, die bei der Bewilligung bekannt waren, begründet wird (ZR 74 Nr. 76).

Die Klägerin war schon bei Bewilligung ihres Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Eigentümerin der von ihr bewohnten Liegenschaft, weshalb diese Position für die Beurteilung der Mittellosigkeit nicht zu berücksichtigen ist. Es ist an dieser Stelle jedoch darauf hinzuweisen, dass bei einem erneuten Armenrechtsgesuch geprüft werden sollte, ob eine Hypothekarerhöhung der Liegenschaft möglich wäre.

Die Klägerin konnte nicht mehr glaubhaft darlegen, dass sie im Jahre 2011 kein Erwerbseinkommen erzielte. Die Lohnbescheinigung für das Jahr 2010 ist von ihrem Ehemann unterschrieben und bezeugt nur, dass sie im Jahre 2010 kein Einkommen erzielte. Ob die Klägerin im Jahre 2011 einen Lohn erhielt, ist daraus nicht zu entnehmen (act. 4/6e). Hier interessiert jedoch, ob und wie viel die Klägerin im Jahre 2011 verdiente. Auch das ärztliche Zeugnis reicht nicht aus, um darzulegen, dass die Klägerin im Geschäft ihres Mannes nicht arbeitet. Es bräuchte aufgrund der geschilderten Umstände mehr um glaubhaft zu machen, dass sie nicht bei ihrem Mann in einem geschützten Arbeitsumfeld gegen Entgelt eine Tätigkeit zu verrichten.

Wie viel die Klägerin in diesem Jahr verdiente, ist unklar, da sie gegenüber der Steuerbehörde und dem Gericht eine Erwerbstätigkeit beharrlich abstritt. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Klägerin mit den vorliegenden Unterlagen ihrer Beweisführungspflicht bezüglich der Mittellosigkeit nicht Genüge getan hat. Die von der Klägerin ins Recht gelegten Unterlagen sind, wie gezeigt, nicht besonders aussagekräftig, sodass nicht gesagt werden kann, die Klägerin habe die zumutbaren Vorkehren zum Nachweis der Prozessarmut getroffen.

Der Klägerin ist die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen. Ein rückwirkender Entzug ist aufgrund der vorliegenden Verhältnisse jedoch nicht gerechtfertigt.

Aus den dargelegten Umständen ergibt sich, dass der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege per 28. November 2011 zu entziehen ist.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. In Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege werden, ausser bei Böswilligkeit und Mutwilligkeit, keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Die Kostenlosigkeit gilt auch für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 27 und Art. 121 N 10; OGerZH, NQ110017, Urteil vom 8. September 2011; OGerZH, PC110052, Verfügung vom 23. November 2011; a.M. BGer 5A_405/2011, Entscheid vom 27. September 2011 Erw. 6).

3.2. Die Klägerin stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie ebensolche Rechtsverteidigung (act. 2 S. 2). 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 Rechtsverteidigung 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 der Klägerin auf unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos, und das Gesuch ist entsprechend abzuschreiben.

3.3. Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Auch für das Rechtsmittelverfahren gilt, dass die Klägerin die ihr zumutbaren Vorkehren zur Glaubhaftmachung ihrer zivilprozessualen Bedürftigkeit nicht getroffen hat. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Rechtsmittelverfahren ist abzuweisen.

Obwohl die Klägerin teilweise obsiegt, ist ihr mangels gesetzlicher Grundlage keine Parteientschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen. Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist auch dem Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren der Klägerin um Befreiung von den Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Bestellung von Rechtsanwalt Dr. Z. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an Rechtsanwalt Dr. Z. _____ zusammen mit dem nachfolgenden Entscheid.
4. 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).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer 1 des Dispositivs des Beschlusses des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. November 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Klägerin wird die mit Verfügung vom 12. September 2007 bewilligte unentgeltliche Rechtspflege per 28. November 2011 entzogen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und der Entscheid der Vorinstanz bestätigt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von act. 20 und 21, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein 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: