

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB130047-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

## Urteil vom 25. März 2014

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**Bezirksgericht Meilen,**

Beschwerdegegner

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Bezirksamtes Meilen, Abteilung, vom 10. Oktober 2013 (CG130025-G)**

## Erwägungen:

### I.

1. Der Beschwerdeführer und Kläger (fortan Kläger) erhob bei der Vorinstanz am 9. September 2013 Aberkennungsklage gegen eine Forderung betreffend nachehelichen Unterhalt (Urk. 6/1), für welche der Beklagten im Hauptsachenprozess im vorgängigen Rechtsöffnungsverfahren provisorische Rechtsöffnung erteilt worden war (Urk. 6/4, EB130219). Nachdem der Kläger von der Vorinstanz mit Verfügung vom 23. September 2013 zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert worden war (Urk. 6/6), ersuchte er mit Eingabe vom 7. Oktober 2013 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/13 S. 2). Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2013 ab (Urk. 2 und 6/16).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 21. Oktober 2013 rechtzeitig (Urk. 1 S. 1, 6/17/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides seien aufzuheben;
2. Es sei dem Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm der Unterzeichnende als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben;
3. Es sei dem Beschwerdeführer die Frist und die Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses gemäss Verfügung vom 23. September 2013 abzunehmen;
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin."

Überdies stellte der Kläger ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde (Urk. 1 S. 2), welches von der erkennenden Kammer mit Verfügung vom 30. Oktober 2013 abgewiesen wurde (Urk. 8).

3. Der Beklagten im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGer 5A\_381/2013 E. 3.2, BGE 139 III 334 E. 4.2.), weshalb von ihr keine Beschwerdeantwort einzu-

holen ist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf ihre Anhörung im Sinne von Art. 119 Abs. 3 ZPO sowie auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz (Art. 324 ZPO) wird verzichtet.

## II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Werden keine, unzulässige oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar, welcher keine Nachfrist zur ergänzenden Begründung auslöst (vgl. Art. 132 ZPO e contrario), sondern zur Abweisung der Beschwerde führt. Ferner herrscht ein umfassendes Novenverbot, welches sowohl echte als auch unechte Noven beinhaltet und ebenso diejenigen Fälle umfasst, in denen die Untersuchungsmaxime gilt (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGE 5A\_405/2011, E. 4.5.3.).

2. Für die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 ff. E. 3+4).

## III.

1. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege zum einen wegen mangelhafter Substantiierung seiner Behauptungen zu seinen Vermögensverhältnissen ab. Zum anderen sei seine Mittellosigkeit mit Blick auf die mutmasslichen Prozesskosten von Fr. 28'650.– und einem von ihm behaupteten Vermögen von rund Fr. 640'000.– nicht glaubhaft (Urk. 2 S. 8). Der Repartitionswert (durchschnittlicher Verkehrswert) des Stockwerkeigentums

des Klägers in B.\_\_\_\_\_ von Fr. 908'500.– entspreche im Gegensatz zum Steuerwert von Fr. 790'000.– eher dem Marktwert der Wohnung. Dem Kläger erscheine daher die Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zur Deckung der Prozesskosten zumutbar und möglich (Urk. 2 S. 5 f.). Auch eine Veräusserung der Wohnung sei dem im Ausland wohnhaften Kläger mangels Ausführungen dazu, wie oft und für wie lange er in der Schweiz weile und dafür die Wohnung in B.\_\_\_\_\_ benötige, zumutbar (Urk. 2 S. 6 f.). Überdies verfüge er nach eigenen Angaben über weitere Vermögenswerte mit steuerrechtlichem Wert von Fr. 358'628.–, deren Liquidität aber mangels näherer Angaben nicht beurteilt werden könne (Urk. 2 S. 7).

2. Der Kläger rügt mit seiner Beschwerde, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, er sei in Bezug auf die Frage, ob und in welchem Umfang die Liegenschaft in B.\_\_\_\_\_ zusätzlich belastet werden könne sowie in Bezug auf die übrigen Vermögenswerte im Ausland seiner Substantiierungsobliegenheit nicht genügend nachgekommen. Vielmehr habe er sämtliche erforderlichen Angaben geliefert. Da aber die Vorinstanz zur Ansicht gelangt sei, er habe seine Bedürftigkeit nicht zufriedenstellend nachweisen können, hätte sie ihn zur Nachreichung der erforderlichen Belege anhalten müssen. Indem sie dies nicht getan habe, habe sie die richterliche Fragepflicht verletzt (Art. 56 ZPO, Urk. 1 S. 12 f Rz. 29 ff.). Mit der Annahme einer zusätzlichen hypothekarischen Belastung der Liegenschaft in B.\_\_\_\_\_ habe sie überdies gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung verstossen, wonach an den Nachweis der fehlenden Möglichkeit zusätzlicher hypothekarischer Belastung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürften. Schliesslich habe sie damit sowie mit der angenommenen Möglichkeit einer Veräusserung weiterer Vermögenswerte (Schiff mit Ausstattung, Schiffsanlegeplatz und einzelne Erbstücke, "insbesondere Bilder und Gegenstände"; Urk. 2 S. 7, 6/13 S. 4 Rz 6) nachweislich und aktenkundig illiquide Vermögenswerte in die Beurteilung der verfügbaren Mittel miteinbezogen und dadurch Art. 117 ff. ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV verletzt (Urk. 1 S. 14).

3.1. Wie im angefochtenen Entscheid zutreffend festgehalten wird, ist es Sache der gesuchstellenden Partei, in Erfüllung ihrer Mitwirkungsobliegenheit ihre

Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen. Die mit dem Gesuch befasste Behörde hat danach weder den Sachverhalt von sich aus nach jeder Richtung hin abzuklären, noch unbesehen alles, was behauptet wird, von Amtes wegen zu überprüfen. Sie muss den Sachverhalt nur dort (weiter) abklären, wo noch Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, sei es, dass sie von einer Partei auf solche hingewiesen wird, sei es, dass sie sie selbst feststellt. Allenfalls unbeholfene Rechtsuchende hat die Behörde auf die Angaben hinzuweisen, die sie zur Beurteilung des Gesuchs benötigt (Urteil 8C\_777/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2. mit weiteren Hinweisen). Wer, wie vorliegend der Kläger, durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, kann nicht als unbeholfen gelten (Urteil 5A\_382/2010 vom 22. September 2010 E. 3.2.2.; Urteil 5A\_446/2009 vom 19. April 2013 E. 6.2.2). In seinen neueren Entscheiden hält das Bundesgericht ausdrücklich an seiner Praxis betreffend die behördliche Unterstützung der prozessual unbeholfenen Partei fest (vgl. Urteil 5A\_446/2009 vom 19. April 2013, E. 6.2.2), während es die Frage, inwiefern auch die anwaltlich vertretene Partei zur Glaubhaftmachung ihrer Bedürftigkeit zur Nachreichung von Urkunden anzuhalten ist, bislang offengelassen hat (vgl. Urteil 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2). Dies gilt insbesondere auch für den vom Kläger angeführten Entscheid (Urteil 5A\_382/2010 vom 22. September 2010, E. 3.4.2, Urk. 1 S. 13 Rz 32), weshalb dieser zur Stützung seines Rechtsstandpunkts nicht weiterhilft. Namhafte Kommentatoren befürworten indes die Ausübung der richterlichen Fragepflicht auch beim rechtskundig vertretenen Gesuchsteller (vgl. Bühler, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2013, N 109 zu Art. 119 ZPO mit weiteren Hinweisen). Diese Auffassung überzeugt. In Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege gilt die Untersuchungsmaxime, welche von der unter Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung umfassenden Mitwirkungsobliegenheit der gesuchstellenden Partei (Art. 119 Abs. 2 ZPO) zwar eingeschränkt, jedoch nicht gänzlich aufgehoben wird. Entsprechend hat die das Gesuch beurteilende Behörde in Ausübung ihrer richterlichen Fragepflicht bei Unklarheiten beim Gesuchsteller nachzufragen, was im Grundsatz auch für rechtlich vertretene Parteien zu gelten hat. Gegenteiliges findet sich weder im Gesetz noch

in den Materialien zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7303).

Aufgrund der vom Bundesgericht in den zitierten Entscheiden stets getroffenen Unterscheidung zwischen der prozessual unbeholfenen und der rechtlich beratenen Partei erscheint es jedoch gerechtfertigt, bei Letzterer hinsichtlich der richterlichen Fragepflicht strengere Massstäbe anzusetzen. Der Sachverhalt sollte von der vertretenen Partei zumindest im Ansatz behauptet sein, damit das Gericht den Gesuchsteller zu dessen Klärung anhält. Soll die Fragepflicht doch weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts ersetzen noch prozessuale Nachlässigkeiten ausgleichen (Urteil 4A\_114/2013 vom 20 Juni 2013 E. 4.3.2 mit weiteren Hinweisen zu Judikatur und Lehrmeinungen).

3.2. Mit seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bringt der Kläger vor, er verfüge über einzelne Vermögenswerte im Ausland, namentlich ein "Schiff mit Ausstattung, einen Schiffsanlegeplatz etc. und einzelne Erbstücke (insb. Bilder, persönliche Gegenstände) mit steuerrechtlichem Wert von maximal Fr. 358'628.-". Diese Vermögenswerte seien allerdings illiquid bzw. nur mit grossem Verlust (Sammlerwert / emotionaler Wert) verwertbar (Urk. 6/13 S. 4 Rz. 6, Urk. 6/15/5). Nähere Angaben zu den Vermögenswerten werden nicht vorgebracht. Während die im Gesuch angeführten Stichworte "Sammlerwert / emotionaler Wert" (Urk. 6/13 S. 4 Rz 6) bei grosszügiger Auslegung allenfalls den Bildern und persönlichen Gegenständen zugeordnet werden können, fehlen Behauptungen zur fehlenden Verwertbarkeit des Schiffes und des Anlegeplatzes vollends (Urk. 6/13 S. 4 Rz. 6). Die mangelnde Verwertbarkeit dieser Vermögenswerte erschliesst sich denn auch nicht aus den übrigen Behauptungen des Klägers. Vielmehr führt er an anderer Stelle aus, seit dem erlittenen doppelten Hirnschlag könne er keine Skippertätigkeit mehr ausüben und mit deren Wegfall seien auch die Beratungsleistungen, welche als Folgeaufträge der Skippertätigkeit anfallen würden, massiv zurückgegangen bzw. heute quasi nicht mehr vorhanden (Urk. 6/13 S. 5 Rz 10). Dies spräche gerade *für* einen Verkauf von Schiff und Anlegeplatz. Die neuen Vorbringen in der Beschwerdeschrift, wonach deren Verkauf nicht innert weniger Wochen und ebenfalls nur mit grossen Verlust realisierbar sei

(Urk. 1 S. 9 Rz 20), sowie dass der Kläger sie (trotz Aufgabe seiner Skippertätigkeit, Urk. 6/13 S. 5 Rz. 10) für den Kontakt mit potentiellen Kunden und zur Vermittlung von Geschäften gegen Provision weiterhin benötige (Urk. 1 S. 10 Rz 24), sind mit Hinweis auf das umfassende Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Art. 326 Abs. 1 ZPO) verspätet und damit nicht zu hören. Selbst wenn sie beachtet werden könnten, wären sie sodann dem klägerischen Standpunkt nicht förderlich. Zum einen steht die Behauptung der Notwendigkeit von Schiff und Anlegeplatz zur Einkommensgenerierung im Widerspruch zu seinen Vorbringen im Gesuch, wo er noch behauptete, die Beratungsaufträge seien seit der Aufgabe der Skippertätigkeit quasi nicht mehr vorhanden (Urk. 6/13 S. 5 Rz. 10). Zum anderen liegt die Geschäftstätigkeit des Klägers mit dem pauschalen Hinweis auf eine "Kontaktaufnahme zu potentiellen Kunden" und die Vermittlung von Geschäften gegen Provision nach wie vor im Dunkeln, was umso bemerkenswerter ist, da dem Kläger nunmehr die Problematik der umfassenden Offenlegung seiner Erwerbs- und Vermögensverhältnisse bekannt war. Festzuhalten bleibt, dass gestützt auf die einzig relevante Behauptungs- und Aktenlage vor Vorinstanz keinerlei Anhaltspunkte bestehen, weshalb die vom Kläger behaupteten Vermögenswerte im Ausland im Wert von rund Fr. 350'000.– nicht verwertbar sind. Fehlen aber wie vorliegend die rechtsgenügenden Behauptungen vollends, ist das Gericht nicht gehalten, den Sachverhalt von sich aus festzustellen. Vielmehr durfte die Vorinstanz bei dieser Ausgangslage ohne die Einholung einer Substantiierungseingabe des anwaltlich vertretenen Klägers festhalten, er sei im Zusammenhang mit den Vermögenswerten im Ausland seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen. Eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht resp. des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Insofern erweist sich die Rüge des Klägers als unbegründet.

3.3. Der erneute Hinweis des Klägers, die Verwertung der Vermögenswerte im Ausland seien ihm nicht zumutbar, da sie seine einzige Altersvorsorge darstellten und er sie in Anbetracht seiner gesundheitlichen Verfassung/Arbeitsunfähigkeit fortlaufend zur Sicherung seiner Existenz benötige (Urk. 1 S. 10 Rz 23), ist unbehelflich. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend auf den Effektivitätsgrundsatz verwiesen sowie auf den Umstand, dass nach herrschender

Auffassung auch die Barauszahlung einer Freizügigkeitsleistung im Sinne von Art. 5 FZG als Vermögen in die Beurteilung der Mittellosigkeit miteinzubeziehen ist (Urk. 2 S. 7 f., vgl. Rüegg, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 16 zu Art. 117 ZPO). Der Kläger setzt sich in seiner Beschwerdeschrift mit diesen Erwägungen nicht auseinander, sondern übt lediglich appellatorische Kritik. Mit Hinweis auf die im Beschwerdeverfahren geltende Rügepflicht erübrigen sich daher weitere Erwägungen zu diesem Punkt.

3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem Kläger nicht gelungen ist, die fehlende Verwertbarkeit seiner Vermögenswerte im Ausland glaubhaft zu machen. Vielmehr erscheint ihm diese gemäss vorstehender Erwägungen sowohl möglich als auch zumutbar. Den Wert beziffert er mit (maximal) Fr. 358'628.– (Urk. 6/13 S. 4 Rz 6). Gemäss unangefochten gebliebener Schätzung der Vorinstanz belaufen sich die anfallenden Prozesskosten (mutmassliche Gerichtskosten zuzüglich Entschädigung des eigenen Rechtsvertreters) auf Fr. 28'650.– (Urk. 2 S. 4). Selbst wenn die Veräusserung der Vermögenswerte unter hohen Verlusten erfolgen sollte, erscheint die Deckung der mutmasslichen Prozesskosten um ein Mehrfaches gewährleistet. Unter diesen Umständen kann der Kläger auch unter Berücksichtigung eines ihm anzurechnenden Notgroschens nicht als mittellos bezeichnet werden. Es bleibt sodann darauf hinzuweisen, dass ihm neben den zu versilbernden Vermögenswerten überdies die beiden Liegenschaften in C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ verbleiben, welche ihm ebenfalls zum Zwecke der Altersvorsorge dienen würden (Urk. 6/13 S. 6 Rz 12). Nachdem dem Kläger die Mittellosigkeit bereits aufgrund der liquiden Vermögenswerte im Ausland abzusprechen ist, erübrigen sich weitere Erwägungen zu seinen Rügen betreffend das Stockwerkeigentum in B.\_\_\_\_\_.

3.5. Die Rüge des Klägers schliesslich, die Vorinstanz habe ihm keine angemessene Frist zur Verwertung der fraglichen Vermögenswerte eingeräumt (Urk. 1 S. 14 Rz 36), greift ebenfalls nicht. Mit seiner Gesuchseinreichung beantragte er eventualiter im Falle einer Abweisung seines Armenrechtsgesuchs eine Fristerstreckung zur Leistung des Kostenvorschusses von 20 Tagen (Urk. 6/13 S. 2 und 10 Rz 28 ff.). Damit machte er selbst kein höheres Zeiterfordernis gel-

tend. Die Vorinstanz entsprach seinem Antrag vollumfänglich (Urk. 2 S. 9). Folglich bestand für sie keinerlei Anlass, dem Kläger über dessen Antrag hinaus mehr Zeit zur Mittelbeschaffung einzuräumen.

4. Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

#### IV.

Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein Beschwerdeverfahren darüber (BGE 137 III 470). Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren sind in Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 auf Fr. 1'200.– festzusetzen (§ 9 Abs. 1 und § 12 GebV OG) und ausgangsgemäss dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen (BGE 139 III 334). Ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wurde nicht gestellt (Urk. 1 S. 2).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Dem Kläger wird eine einmalige Nachfrist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides angesetzt, um den mit Präsidialverfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 23. September 2013 (CG130025) einverlangten Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 12'750.– zu leisten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.

5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Beklagte im Verfahren CG130025 unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 200'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
mc