

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RB200017-O/U

Mitwirkend: Obergerichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Obergerichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## **Beschluss und Urteil vom 29. September 2020**

in Sachen

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

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_, Dr. iur., Willensvollstrecker im Nachlass von **C.** \_\_\_\_\_,

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom  
20. Juli 2020; Proz. CG190015**

## Erwägungen:

### I.

1. C.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ (Beklagte und Beschwerdeführerin, fortan Beklagte) waren Nachbarn. Ab dem 1. August 2016 bestand zwischen ihnen ein "Dienstleistungsverhältnis", gestützt auf welches die Beklagte für C.\_\_\_\_\_ nach seinen Bedürfnissen und in Absprache mit ihm tätig war. Namentlich hatte sie administrative Belange für ihn zu regeln und zu kontrollieren, ihn bei Auswärtsterminen zu begleiten, Lebensmitteleinkäufe und Botengänge für ihn zu erledigen, mehrmals täglich Kontrollgänge zum und im Haus durchzuführen und das Nachtessen zuzubereiten (act. 8/4/14 = act. 8/18/16). Am 18. Juli 2017 schenkte C.\_\_\_\_\_ der Beklagten Fr. 5'000'000.– und überwies diesen Betrag auf ein Konto der Beklagten. Am 6. November 2017 schenkte und überliess C.\_\_\_\_\_ der Beklagten zwei Bilder und eine Skulptur (act. 8/4/23–24; act. 8/4/31). Am 28. August 2018 reichte C.\_\_\_\_\_ Strafanzeige gegen die Beklagte wegen Betrugs ein (act. 8/4/41).

2.1. Nach Einreichung eines Schlichtungsgesuchs am 13. September 2018 und erfolglosem Schlichtungsverfahren (vgl. Klagebewilligung, act. 8/3) machte C.\_\_\_\_\_ am 2. September 2019 sodann eine (Zivil-)Klage beim Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) gegen die Beklagte anhängig und verlangte die (Rück-)Zahlung der Fr. 5'000'000.– sowie die Herausgabe der zwei Bilder und der Skulptur im Wert von zusammen geschätzt Fr. 25'000.–. Er macht im Wesentlichen geltend, in Bezug auf die Schenkung nicht urteils- und damit nicht handlungsfähig gewesen zu sein bzw. in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Beklagten gestanden zu haben. Überdies beruhe die Schenkung auf einer Täuschung durch die Beklagte, da diese ihm gegenüber vorgespielt habe, an einer lebensbedrohlichen Krankheit zu leiden und darum erwerbsunfähig und folglich finanziell unterstützungsbedürftig zu sein (vgl. act. 8/1, insb. Übersicht in Rz. 10 ff.).

Nachdem C.\_\_\_\_\_ am tt.mm.2020 verstorben war, verfügte die Vorinstanz am 15. Juli 2020 die Weiterführung der Klage mit Dr. iur. B.\_\_\_\_\_, Willensvollstrecker im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, als Kläger.

2.2. Bereits mit Eingabe vom 11. Dezember 2019 stellte die Beklagte vor Vorinstanz ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 8/10). Die Vorinstanz setzte der Beklagten daraufhin mit Verfügung vom 17. Dezember 2019 Frist an zur Ergänzung ihrer Darlegungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen (act. 8/13). Innert erstreckter Frist ergänzte die Beklagte ihr Gesuch daraufhin mit Eingabe vom 16. Januar 2020 (act. 8/15–18). Nach Einholen einer Stellungnahme des Klägers (act. 8/19, 8/21) und Zustellung derselben an die Beklagte, worauf diese wiederum Stellung nahm (act. 8/23–30), wies die Vorinstanz das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschluss vom 20. Juli 2020 ab (act. 4/6 = act. 7 = act. 8/37; nachfolgend zitiert als act. 7).

3.1. Dagegen erhebt die Beklagte rechtzeitig Beschwerde an die Kammer und stellt die folgenden Anträge (act. 2, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 8/38/1):

- " 1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. Juli 2020 im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. CG190015 sei aufzuheben.
2. a) Der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren mit der Geschäfts-Nr. CG190015 (und alle weiteren Verfahren im selben Zusammenhang) rückwirkend per 11. Dezember 2019 zu gewähren und es sei ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.  
b) Eventualiter sei die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7,7% MWST zu Lasten der Staatskasse, dies sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren.

Verfahrensantrag:

Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

3.2. Mit Verfügung vom 3. August 2020 trat die Kammer auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht ein (act. 5). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–38).

3.3. Beim Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich um ein Verfahren zwischen der Beklagten bzw. Beschwerdeführerin und dem Staat. Der Gegenseite des Hauptsachenprozesses kommt in diesem Verfahren

keine Parteistellung zu (vgl. BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2 m.w.H.; BGE 139 III 334, E. 4.2), weshalb von ihr keine Beschwerdeantwort einzuholen ist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif. Dem Kläger ist zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) zuzustellen.

## II.

Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen. Die beschwerdeführende Partei hat sich mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides im Einzelnen auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N 15 ff.).

Mit der Beschwerde kann 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 – es greift mithin die strikte Novenschränke (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch bei Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege, ungeachtet der im Rechtspflegeverfahren (durch die Mitwirkungsobliegenheit nur eingeschränkt) geltende Untersuchungsmaxime (BGer 5A\_14/2015 vom 16. Juli 2015 E. 3.2; in BGE 137 III 470 ff. nicht publizierte E. 4.5.3 von BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011).

Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sich die Beschwerdeinstanz auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

### III.

1.1. Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

1.2. Mittellos ist eine Partei, wenn sie die erforderlichen Gerichtskosten nur bezahlen kann, indem sie die Mittel heranzieht, die sie eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie braucht (z.B. BGE 128 I 225, E. 2.5.1 m.w.H.). Die sich aus den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ergebende Mittellosigkeit ist durch die gesuchstellende Partei umfassend, klar und gründlich offenzulegen, sowie möglichst zu belegen. Es trifft sie diesbezüglich eine umfassende Mitwirkungspflicht (BGer 4A\_563/2014, E. 2.1; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 119 N 6; ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 6 m.w.H.). Grundsätzlich gilt, dass je komplexer die Verhältnisse sind, desto höhere Anforderungen dürfen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation gestellt werden (vgl. BGer 5A\_810/2011 E. 3.2.2). Die Mitwirkungspflicht erschöpft sich damit nicht im Einreichen von Unterlagen, sondern erfordert auch erläuternde Anmerkungen dazu, ist es doch nicht Sache des Gerichts, in den eingereichten Unterlagen die relevanten Informationen herauszusuchen und zu interpretieren. Es ist Aufgabe der gesuchstellenden Partei – umso mehr, wenn sie anwaltlich vertreten ist – darzulegen, von welchem Einkommen und von welchem Existenzminimum sie ausgeht und ob sie über Vermögen verfügt. Die Verhältnisse sind dann eindeutig und vollständig dargestellt, wenn das Gericht ohne aufwändige Nachforschungen einen Überblick über die finanzielle Gesamtsituation der gesuchstellenden Partei erhält (vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 790 f. u. 794 ff., m.w.H.). Kommt die gesuchstellende Partei ihrer Mitwirkungspflicht ungenügend nach, ist ihr grundsätzlich eine Frist zur Ergänzung des Gesuchs anzusetzen. Dies gilt indes nicht bei anwaltlich vertretenen Parteien; in ihrem Fall ist die Mitwirkungspflicht insofern verschärft, als ihnen bei mangelhaften Gesuchen keine Nachfrist zur Verbesserung zu gewähren ist (vgl. z.B. BGer 4A\_44/2018 vom 5. März 2018, E. 5.4; BGer 5A\_536/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 4.1.2 m.w.H.). Legt die gesuchstellen-

de Partei ihre finanziellen Verhältnisse (auch innert Nachfrist) nicht offen und kommt damit ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht nach, so kann die Bedürftigkeit ohne Verletzung des Willkürverbots verneint werden und das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen (BGE 125 IV 161, E. 4a; BGE 120 Ia 179 E. 3a).

2.1. Die Vorinstanz kam im Rahmen ihres Entscheides im Wesentlichen zum Schluss, dass sich aus den Unterlagen der Beklagten neben anderen Ungereimtheiten ein erheblicher, nicht schlüssig nachvollziehbarer Vermögensschwund ergebe. Sie wies das Gesuch der Beklagten letztlich ab, da selbst unter Berücksichtigung der Ergänzung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege vom 16. Januar 2020 und der Stellungnahme der Beklagten vom 23. April 2020 deren wirtschaftlichen Verhältnisse – trotz entsprechendem Hinweis – unklar geblieben seien, mithin weder umfassend noch schlüssig dargelegt worden seien, und damit die Bedürftigkeit zu verneinen sei (act. 7, E. 2., insb. E. 2.5; vgl. hiernach E. III./4.2.1).

2.2. Die Beklagte führt vor der Kammer im Wesentlichen aus, aus den eingereichten Unterlagen ergäbe sich ihre Mittellosigkeit zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, habe sie da doch weder über Einkommen noch über flüssige Mittel verfügt. Ausserdem sehe sie sich bei einem Streitwert von Fr. 5'000'000.– exorbitanten Gerichtskosten gegenüber; ein rechtsmissbräuchliches bzw. verschwenderisches Verhalten könne ihr zudem im Hinblick auf ihren Vermögensverbrauch nicht vorgeworfen werden. Bereits gestützt auf diese Umstände wäre – so die Beklagte – ihre Mittellosigkeit zu bejahen gewesen. Stattdessen habe aber die Vorinstanz ihre Bankkontoauszüge einer eingehenden Prüfung unterzogen und regelrecht nach Gründen gesucht, ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (act. 2, insb. Rz. 26 ff.).

3. Im Rahmen dieser Argumentation übersieht die Beklagte, dass es regelmässig nicht ausreicht, zum Nachweis der Mittellosigkeit einzig auf den aktuellen Vermögensstand und das Einkommen zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen. So steht der Anspruch der unentgeltlichen Rechtspflege namentlich unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB), und ist insbe-

sondere dann zu verweigern, wenn die gesuchstellende Person gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf ein Einkommen verzichtet oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert hat, nur um auf Staatskosten zu prozessieren (vgl. BGer 4A\_264/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 3.1 f.; so im Übrigen auch die Beklagte, vgl. act. 2 Rz. 39). Um sich im Rahmen einer umfassenden Prüfung auch zu dieser Frage ein Bild machen zu können, bedarf das Gericht selbstredend der Kenntnis über die Vermögenslage bzw. die finanzielle Situation der gesuchstellenden Partei in der Vergangenheit, und Entsprechendes wäre von der Beklagten schlüssig und umfassend darzulegen gewesen. Insbesondere kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, relevant seien einzig die Vermögensverhältnisse zum aktuellen Zeitpunkt. Vielmehr hat sie in Nachachtung ihrer Mitwirkungspflicht auch ein schlüssiges Bild ihrer finanziellen Verhältnisse vor Rechtshängigkeit des Verfahrens abzugeben.

Soweit die Beklagte also die "eingehende Prüfung" ihrer Bankkontoauszüge durch die Vorinstanz moniert (vgl. act. 2 Rz. 26) und dieser unterstellt, geradezu nach Gründen für die Abweisung des Gesuchs gesucht zu haben, übersieht sie, dass es letztlich ihre Aufgabe ist, konkret und unter Hinweis auf die entsprechenden Belege ihre finanziellen Verhältnisse schlüssig und umfassend darzutun.

4. Dass die Beklagte in Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht ihre finanziellen Verhältnisse nicht schlüssig dargelegt hat und damit ihre Bedürftigkeit nicht belegt hat, erkannte die Vorinstanz zudem zu Recht, wie nachfolgen zu zeigen ist:

4.1.1 Die Beklagte begründete ihre Mittellosigkeit im Rahmen ihres Gesuchs vom 11. Dezember 2019 (vgl. act. 8/10) damit, dass sie seit dem 31. Mai 2018 über keine Einkommensquelle verfüge, weshalb sie ihren Lebensunterhalt seither aus ihren Ersparnissen bestreite. Damit sowie mit einem Privatdarlehen von Fr. 100'000.– habe sie ihre Anwaltskosten für die laufende rechtliche Auseinandersetzung bezahlt und per Ende Dezember 2018 noch über Vermögen von rund Fr. 40'000.– verfügt. Dieses Geld wie auch das Darlehen seien zum heutigen Zeitpunkt (11. Dezember 2019) aufgebraucht. Das Geld aus der Schenkung und die Kunstgegenstände – mithin das einzige Vermögen, das sie noch habe – seien im Rahmen der Strafuntersuchung beschlagnahmt worden und damit nicht ver-

füßbar. Zudem habe sie Steuerschulden aufgrund der Schenkung, namentlich für die Schenkungs- und Vermögenssteuern. Damit sei es ihr zur Zeit nicht möglich, ihren Lebensunterhalt zu finanzieren, und sie lebe unterhalb des Existenzminimums (act. 8/10 u.H.a. act. 8/12/3–10).

4.1.2 In der daraufhin ergangenen Verfügung, mit welcher der Beklagten Frist zur Ergänzung des Gesuchs angesetzt worden war (vgl. E. I./2.2), erzog die Vorinstanz unter dem Hinweis, die Vermögenssituation der Beklagten sei bisher nicht schlüssig dargelegt u.a., es fehlten in ihrem Gesuch Angaben zur konkreten Lebens- und Wohnsituation, ebenso wie zu einem allfälligen Ersatzeinkommen, bzw. weshalb ein solches nicht ausgerichtet werde. Es fehle an Angaben zu den Ersparnissen der Beklagten auf all ihren Konten im Juni 2018 und an näheren Angaben zu den Gründen für ihren Vermögensschwund, sei doch ein Vermögensschwund von Fr. 140'000.– in rund elf Monaten weiter zu erläutern. Die Aufforderung zur Ergänzung des Gesuchs erfolgte unter Hinweis auf die Mitwirkungspflicht der Beklagten, namentlich, dass bei Verweigerung bzw. Nichtvorlage der zur Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen erforderlichen Angaben die Mittellosigkeit verneint und die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werden könne (vgl. act. 8/13 insb. E. 2 f.).

4.1.3 In der Ergänzung ihres Gesuchs führte die Beklagte daraufhin aus, weder über Einkommen noch über Erwerbsersatz zu verfügen und aufgrund ihrer Erwerbsfähigkeit von lediglich 30% nicht in der Lage zu sein, eine neue Arbeitsstelle zu finden. Sie wohne mit ihren zwei Kindern und ihrem Lebenspartner zusammen, wobei sie das Wohnen Fr. 1'300.– koste. Krankheits- und Unfallkosten sowie Versicherungsprämien beliefen sich auf rund Fr. 5'000.– im Jahr. Das Darlehen von Fr. 100'000.– habe sie von ihrem Lebenspartner erhalten, nachdem der Kläger im September 2018 Strafanzeige und Zivilklage gegen sie anhängig gemacht habe. Sie habe sich gezwungen gesehen, zur bestmöglichen Interessenwahrung einen Rechtsbeistand zu mandatieren. Das Darlehen sei ihr in der Steuerperiode 2018 überwiesen worden. Das in der Steuererklärung ausgewiesene Guthaben von Fr. 38'000.– stamme aus diesem Darlehen. Sämtliche verfügbaren flüssigen Mittel habe sie für den Unterhalt ihrer Familie, die Steuerrechnungen 2017 und 2018

sowie diverse Rechtsstreitigkeiten betreffend die Schenkung ausgeben müssen, wobei diese Rechtsstreitigkeiten und Verfahren Kosten von über Fr. 100'000.– verursacht hätten (act. 8/17).

4.1.4 Nachdem der Kläger in einer Stellungnahme insbesondere auf den seiner Ansicht nach nicht nachvollziehbaren Vermögensschwund hingewiesen und geschlossen hatte, die Beklagte habe wohl nicht sämtliche ihrer Einkommensquellen offengelegt und vermutlich Vermögenswerte von den deklarierten Bankkonten abgezogen, es seien zu viele Fragen bezüglich der Verwendung der Vermögenswerte offen geblieben (act. 8/21), nahm die Beklagte mit Eingabe vom 23. April 2020 unaufgefordert Stellung (act. 8/29). Sie reichte der Vorinstanz zwei detaillierte, teilweise geschwärzte Bankauszüge ihres Kontos bei der Migrosbank für die Zeit von Oktober 2018 bis Dezember 2019 ein (vgl. act. 8/30/29–30), welche – so die Beklagte – belegten, dass sie die aus dem Privatdarlehen stammenden flüssigen Mittel ausgegeben habe und nicht – wie der Kläger behaupte – in einem Bankschliessfach verwahre.

4.2.1 Die Vorinstanz wies daraufhin im Rahmen ihres Entscheides zur Begründung, weshalb die finanziellen Verhältnisse nicht schlüssig dargelegt seien, insbesondere auf den nach wie vor unklar gebliebenen Vermögensschwund der Beklagten hin: So habe die Beklagte von ihrem Lebenspartner am 21. August 2018 Fr. 5'000.– und am 9. Oktober 2018 Fr. 94'000.– auf ihr Migrosbankkonto überwiesen erhalten (u.H.a. Anhänge zu act. 8/18/21), wovon sie Ende Dezember 2018 noch rund Fr. 38'000.– auf ihrem Konto gehabt habe. Dies ergebe einen Vermögensverzehr in der Zeit von Oktober bis Dezember 2018 von rund Fr. 18'700.– monatlich. Die Beklagte habe zu den Gründen des Vermögensschwundes auf Steuerrechnungen 2017 und 2018, Anwaltskosten sowie Lebenshaltungskosten für sich und die Kinder hingewiesen. Aus den Belegen sei indes nirgends ersichtlich, dass die Steuern 2017 und 2018 zum genannten Vermögensschwund beigetragen hätten. Auch seien in den eingereichten Belegen keine Belastungen für Haushaltskosten des gemeinsamen Haushaltes mit dem Lebenspartner (Miete, Krankenkasse, Telefon, Versicherung etc.) ersichtlich – es sei unklar, ob und wenn ja, welche Lebenshaltungskosten die Beklagte überhaupt selbst

oder allenfalls ihr Lebenspartner bezahlt habe. Aus den Unterlagen ergäben sich zudem monatliche Zahlungen des Lebenspartners an die Beklagte von Fr. 600.–, wozu sich die Beklagte nicht geäussert habe. Überdies könnten auch die Lebenshaltungskosten der Kinder nicht zum Vermögensschwund der Beklagten beigetragen haben, ergebe sich doch, dass deren Bedarf mittels Alimentenzahlungen und Einkommen der Tochter hätten gedeckt werden können. Damit verbleibe einzig eine Anwaltsrechnung, welche aus dem Jahr 2018 stamme und nachweislich vom genannten Konto bezahlt worden sei (u.H.a. act. 30/29 S. 3). Selbst nach Abzug dieses Betrages bliebe aber immer noch ein Vermögensschwund von rund Fr. 25'000.– in drei Monaten, mithin Fr. 8'300.– monatlich, welcher sich weder mit den Angaben der Beklagten noch mit den eingereichten Unterlagen hinreichend erklären lasse. Es fielen zudem in den Kontounterlagen diverse Bankomatbezüge vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2018 von insgesamt Fr. 15'700.– auf, wobei die Beklagte eine Erklärung für die Verwendung dieser Gelder schuldig geblieben sei.

Die gleiche Situation zeige sich grundsätzlich im Jahr 2019: Die Beklagte habe da neben den monatlichen Zahlungen von Fr. 600.– (Fr. 7'200.–/Jahr) von ihrem Lebenspartner Darlehen im Umfang von Fr. 16'400.– erhalten, zudem sei am 9. August 2019 ein Zahlungseingang von Fr. 10'000.– verbucht (u.H.a. act. 8/30/30 S. 15). Nach Abzug der erwiesenermassen bezahlten Anwaltskosten von Fr. 12'376.05 von den Eingängen im Jahr 2019 sei unklar, wofür die Beklagte die übrigen Fr. 21'223.92, mithin rund Fr. 1'770.– monatlich, verwendet habe. Es sei in den Kontounterlagen nicht ersichtlich, dass sich der da erfolgte Vermögensschwund mit Lebenshaltungskosten der Beklagten und der Kinder oder der Zahlung von Steuerschulden erklären liesse. Auffallend seien zudem auch im Jahr 2019 Barbezüge im Umfang von Fr. 23'300.–, betreffend welcher die Beklagte eine Erklärung schuldig geblieben sei. Damit sei auch für das Jahr 2019 die wirtschaftliche Situation der Beklagten unklar geblieben (act. 7 E. 2.).

4.2.2 Neben dem, dass die Beklagte sich wie gezeigt auf den Hauptstandpunkt stellt, die Vorinstanz hätte ihre Mittellosigkeit bereits mangels Einkommen und flüssiger Mittel und der anstehenden, hohen Verfahrenskosten zu bejahen gehabt (vgl. oben E.III./2.2.), setzt sie dem eigentlichen Grund der Abweisung ihres Gesuchs – wie gezeigt – nichts entgegen und macht insbesondere nicht geltend, ih-

rer Mitwirkungspflicht vor Vorinstanz hinreichend nachgekommen zu sein und ihre finanzielle Situation umfassend und schlüssig dargelegt zu haben.

Eine Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid erfolgt immerhin insoweit, als die Beklagte punktuell Ausführungen zu einzelnen Erwägungen der Vorinstanz macht. Indes vermögen auch die Einwände der Beklagten – auf welche nachfolgend insoweit einzugehen ist, als sie von Relevanz sind – nichts daran zu ändern, dass ihre finanziellen Verhältnisse unklar geblieben sind und sie ihrer Mitwirkungspflicht vor Vorinstanz nicht hinreichend nachgekommen ist.

4.3.1 Aus den Ausführungen der Beklagten zu ihren Lebenshaltungskosten vor Vorinstanz ergibt sich, dass sie Fr. 1'300.– an ihren Lebenspartner für die Miete zu leisten hat, wovon ihr nach Abzug des nicht bestrittenen Mietkostenanteils der Tochter aus deren Lehrlingslohn von Fr. 280.– noch Fr. 1'020.– anzurechnen sind (vgl. act. 8/17 Rz. 6; act. 8/18/19; act. 7 E. 2.2.2 S. 8), sowie Fr. 420.– monatlich für Krankheits- und Unfallkosten sowie Versicherungsprämien (act. 8/17 Rz. 7 und act. 8/18/12). Mehr machte die Beklagte nicht geltend (vgl. act. 8/17 S. 2). Rechnet man der Beklagten zusätzlich zum Behaupteten einen Grundbetrag von Fr. 1'375.– an (Fr. 1'100.– plus Zuschlag von 25%, vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 287 f.), ergibt dies einen Bedarf von monatlich Fr. 2'815.–. Die Bedarfe der Kinder sind nicht zu berücksichtigen – die Vorinstanz erwog wie gezeigt, dass diese durch die Alimentenzahlungen und den Lehrlingslohn gedeckt seien (act. 7 E. 2.2.2 S. 7 f.) und der Beklagten keine Mehrkosten verursachten, was diese im Rahmen ihrer Beschwerde nicht in Frage stellt.

4.3.2 Neben ihrem Bedarf begründete die Beklagte vor Vorinstanz den Vermögensschwund wie gezeigt zusätzlich mit Anwaltskosten und Steuern 2017 und 2018 (act. 8/17 Rz. 10 ff.). Dass die Steuern nicht zum Vermögensschwund auf dem Konto der Migrosbank beigetragen haben, erkannte die Vorinstanz zu Recht und dies wird von der Beklagten im Rahmen der Beschwerde nicht in Frage gestellt. Die Anwaltskosten trugen zwar – so auch die Vorinstanz – in gewissem Umfang zum Vermögensverbrauch bei. Mit den zu berücksichtigenden Anwaltskosten

und den Lebenshaltungskosten der Beklagten lassen sich aber – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – die erheblichen Ausgaben bzw. der erhebliche Vermögensverzehr der Beklagten nicht erklären.

So zeigt sich, dass das Migrosbankkonto der Beklagten bei einem Anfangssaldo per 1. Oktober 2018 von Fr. 116.30 in den Monaten Oktober bis Dezember 2018 Zahlungseingänge von gesamt rund Fr. 96'000.– aufweist (Darlehen des Lebenspartners von Fr. 94'000.–, monatliche Zahlungen des Lebenspartners à Fr. 600.– von gesamt Fr. 1'800.–), gegenüber Belastungen von insgesamt Fr. 60'000.–. Diese Belastungen lassen sich lediglich im Umfang von Fr. 30'900.– (Anwaltsrechnung vom 25. Oktober 2018, vgl. act. 8/18/24 letztes Blatt; Valuta vom 06.11.18, vgl. act. 8/30/29 S. 3) konkret mit einem von der Beklagten in erster Linie für den Vermögensschwund geltend gemachten Grund (vgl. act. 8/17 Rz. 10 ff.) erklären. Damit stehen die genannten Lebenshaltungskosten von Fr. 2'815.– – geht man entgegen der Vorinstanz davon aus, dass diese vollumfänglich von der Beklagten selbst getragen wurden – einem Verbrauch von Fr. 9'700.– monatlich gegenüber, wobei die Beklagte im Rahmen ihrer Eingaben eine Erklärung für diese erhebliche Differenz von fast Fr. 7'000.– schuldig geblieben ist.

Im Jahr 2019 verbrauchte die Beklagte sodann – soweit aufgrund der eingereichten Unterlagen ersichtlich – insgesamt einen Betrag von Fr. 69'300.– (Anfangssaldo Migrosbankkonto von rund Fr. 35'700.– [act. 8/30/30 S. 1], Darlehen ihres Lebenspartners von Fr. 16'400.– [act. 8/30/30: Fr. 5'000.– am 09.07.19, Fr. 3'700.– am 27.08.19, Fr. 6'300.– am 25.10.19, Fr. 1'400.– am 03.12.19], 'Rückzahlung von Fr. 10'000.– am 09.08.19, vgl. act. 8/30/30 S. 15, monatliche Zahlungen ihres Lebenspartners à Fr. 600.– zu insgesamt Fr. 7'200.–). Selbst wenn man davon Fr. 12'370.– abzieht, welche offenbar für die Bezahlung von Anwaltsrechnungen verwendet wurden (act. 8/30/30: Fr. 1'859.75 am 12.02.19, Fr. 848.10 am 12.02.19, Fr. 9'668.20 am 12.02.19), ergibt dies immer noch einen zusätzlichen Verbrauch von Fr. 56'920.– im Jahr 2019, bzw. von Fr. 4'740.– monatlich, welche dem Bedarf von Fr. 2'815.– gegenüberstehen, was wiederum eine nicht geklärte Differenz von fast Fr. 2'000.– monatlich ergibt.

4.3.3 Zu diesen Unklarheiten kommt hinzu, dass sich der Vermögensschwund bzw. die Kontobelastungen in erheblichen Umfang mit Barbezügen begründen, welche in den Bankunterlagen der Migrosbank ersichtlich sind und auf welche bereits die Vorinstanz hingewiesen hat: Die Vorinstanz errechnete solche im Umfang von Fr. 15'700.– für die Zeit von Oktober bis Dezember 2018 und von Fr. 23'300.– für das Jahr 2019. Tatsächlich dürften es für die Monate Oktober bis Dezember 2018 gar rund Fr. 18'400.– sein (vgl. act. 8/30/29, teilweise geschwärzt, aber lesbar: Fr. 8'000.– am 09.10.18, Fr. 815.85 am 09.10.19 [Bezug EUR], Fr. 500.– am 17.10.18, Fr. 700.– am 21.10.18, Fr. 1'000.– am 22.10.18, Fr. 300.– am 30.10.18, Fr. 800.– am 06.11.18, Fr. 400.– am 11.11.18, Fr. 300.– am 16.11.18, Fr. 2'000.– am 23.11.18, Fr. 400.– am 08.12.18, Fr. 320.– am 21.12.18, Fr. 2'880.– am 21.12.18), für das Jahr 2019 gar rund Fr. 34'000.– (vgl. act. 8/30/30: Fr. 300.– am 10.01.19, Fr. 1'500.– am 30.01.19, Fr. 1'200.– am 13.02.19, Fr. 1'500.– am 20.02.19, Fr. 2'200.– am 25.03.19, Fr. 400.– am 13.04.19, Fr. 2'000.– am 25.04.19, Fr. 200.– am 22.05.19, Fr. 5'000.– am 23.05.19, Fr. 200.– am 12.06.19, Fr. 3'500.– am 09.07.19, Fr. 200.– am 24.07.19, Fr. 200.– am 25.07.19, Fr. 333.– am 14.08.19 [Bezug EUR], Fr. 100.– am 14.08.19, Fr. 2'500.– am 20.08.19, Fr. 200.– am 22.08.19, Fr. 3'100.– am 27.08.19, Fr. 332.85 am 06.09.19 [Bezug EUR], Fr. 300.– am 06.09.19, Fr. 167.25 am 15.09.19 [Bezug EUR], Fr. 100.– am 15.09.19, Fr. 166.95 am 02.10.19 [Bezug EUR], Fr. 300.– am 02.10.19, Fr. 100.– am 11.10.19, Fr. 111.25 am 11.10.19 [Bezug EUR], Fr. 111.25 am 11.10.19 [Bezug EUR], Fr. 400.– am 21.10.19, Fr. 336.60 am 25.10.19, Fr. 4'500.– am 30.10.19, Fr. 600.– am 17.11.19, Fr. 1'900.– am 03.12.19). Für diese erheblichen Barbezüge blieb die Beklagte vor Vorinstanz eine Erklärung schuldig, und es mutet überdies merkwürdig an, dass die Barbezüge in den Kontounterlagen des Jahres 2018 teilweise geschwärzt wurden. Unter diesen Umständen drängt sich unweigerlich die Frage auf, was die Beklagte dem Gericht damit zu verbergen versuchte. Wenn sie nun vor der Kammer geltend macht, dieses Geld sei für die Lebenshaltungskosten verwendet worden, namentlich für die Bezahlung entsprechender Rechnungen (vgl. act. 2 Rz. 46, wobei diese Behauptung gänzlich unbelegt bleibt), so erfolgt

dieses Vorbringen nicht nur verspätet und ist damit nicht beachtlich, sondern es überzeugt auch inhaltlich nicht.

4.3.4 So ergeben sich im Jahr 2018 Barbezüge von monatlich durchschnittlich Fr. 6'130.– und im Jahr 2019 Barbezüge von durchschnittlich Fr. 2'830.– monatlich, welche den genannten Lebenshaltungskosten von monatlich Fr. 2'815.– gegenüberstehen, zudem macht die Beklagte vor der Kammer (neu, und damit ebenfalls grundsätzlich unbeachtlich) geltend, in den Bankkontounterlagen fänden sich – unabhängig von den Barbezügen – bereits Positionen des täglichen Bedarfs, beispielsweise Lebensmittel- und Medikamenteneinkäufe von Fr. 1'383.90 von Oktober bis Dezember 2018 und Fr. 4'820.85 im Jahr 2019 (vgl. act. 2 Rz. 41 u. act. 4/5). Damit ergibt sich bereits aus den Ausführungen der Beklagten selbst, dass sie ihre geltend gemachten Lebenshaltungskosten eben gerade nicht vollständig aus den Barbezügen zahlte. Überdies unterlässt es die Beklagte gänzlich, darzutun, welche Positionen in welchem betragsmässigem Umfang aus den Barbezügen bezahlt worden sein sollen.

4.3.5 Die Beklagte blieb es damit schuldig, den Grund für den erheblichen Verbrauch und die erheblichen Barbezüge – trotz expliziter Aufforderung durch die Vorinstanz (act. 8/13, insb. S. 4) – schlüssig zu erklären und verletzte damit ihre Mitwirkungspflicht. Selbst unter Berücksichtigung der neuen (grundsätzlich verspäteten) Vorbringen der Beklagten im Rahmen der Beschwerde kann der erhebliche Vermögensverbrauch und auch die in dessen Rahmen erfolgten Barbezüge nach wie vor nicht nachvollzogen werden.

4.3.6 Zu diesem erheblichen, nicht nachvollziehbaren Verbrauch von flüssigen Mitteln vom Konto der Migrosbank kommt – in Ergänzung der Erwägungen der Vorinstanz – hinzu, dass für die genannte Zeitspanne nichts zu einem allfälligen Vermögensverbrauch bzw. zu Zahlungseingängen auf den übrigen Konten der Beklagten (Raiffeisenbank, Postfinance) bekannt ist. Die Beklagte hat es unterlassen, trotz Aufforderung durch die Vorinstanz (act. 8/13 S. 3 unten und S. 4 oben), Kontoauszüge, welche eine umfassende Kenntnis ihres Vermögensstandes per Juni 2018 zulassen würden, einzureichen, und hat ihre Mitwirkungspflicht auch in diesem Punkt verletzt.

Damit ist nicht nur unklar, wofür die Beklagte derart viel Geld von ihrem Migrosbankkonto verwendet hat, sondern auch, ob die tatsächlichen Ausgaben letztendlich gar noch höher waren, als in den eingereichten Unterlagen ersichtlich – ein umfassendes Bild über die finanziellen Verhältnisse der Beklagten ist damit nicht möglich.

4.3.7 Auch in weiteren Punkten verletzte die Beklagte ihre Mitwirkungspflicht: So äusserte sie sich im Rahmen ihrer Eingaben vor Vorinstanz mit keinem Wort zu den monatlichen Überweisungen ihres Lebenspartners von Fr. 600.–. Soweit sie vor der Kammer erklärt, diese Zahlungen erfolgten, weil sich die Kinder ihres Lebenspartners zwei bis drei Mal pro Woche im gemeinsamen Haushalt aufhalten würden (act. 2 Rz. 50), ist dieses Vorbringen nicht nur verspätet, sondern ändert auch an ihrer ungenügenden Mitwirkung vor Vorinstanz nichts: Es hätte selbstredend zu einer umfassenden Darlegung ihrer finanziellen Verhältnisse dazugehört, diese regelmässig erfolgenden Zahlungen vor Vorinstanz von sich aus zu erwähnen und deren Hintergrund zu erläutern. Dies tat sie nicht, sondern sie stellte sich vor Vorinstanz – vor dem Hintergrund dieser Zahlung in aktenwidriger Weise – auf den Standpunkt, über keinerlei Einkommen zu verfügen (vgl. act. 8/17 Rz. 1 ff.). Im Übrigen unterliess es die Beklagte auch – trotz expliziter Aufforderung durch die Vorinstanz (vgl. act. 8/13 S. 3 unten) – darzulegen, weshalb sie kein Ersatz-einkommen (zu denken sind hier insbesondere an Zahlungen der Invalidenversicherung) zu Gute habe, macht sie doch geltend, seit mindestens Februar 2018 zu 70% arbeitsunfähig zu sein (act. 8/17 Rz. 2 und act. 8/18/15).

4.4. Die Vorinstanz kam damit zu Recht zum Schluss, die finanziellen Verhältnisse der Beklagten seien nicht schlüssig dargetan. Die Beklagte kam ihrer diesbezüglichen Mitwirkungspflicht nicht nach. Sie unterliess es zum einen, ihren Vermögensverbrauch – wie von der Vorinstanz gefordert – schlüssig zu erklären, und zum andern, die von der Vorinstanz geforderten Unterlagen einzureichen. Daran, dass die Beklagte bereits vor Vorinstanz ihre Mitwirkungspflicht verletzte, vermag auch das im Rahmen der Beschwerde (teilweise neu) Vorgetragene nichts zu ändern.

Ist die Mitwirkungspflicht verletzt und die finanziellen Verhältnisse für das

Gericht unklar geblieben, ist es selbstredend auch nicht möglich, die finanziellen Verhältnisse den zu erwartenden Verfahrenskosten gegenüberzustellen. Auf die entsprechenden Vorbringen der Beklagten (act. 2 Rz. 62 ff.) braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden. Es steht ihr aber jederzeit offen, ein neues Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu stellen und dabei ihre finanziellen Verhältnisse lückenlos zu dokumentieren.

4.5. An diesem Ergebnis ändert auch die Kritik der Beklagten an den vorinstanzlichen Erwägungen, es sei davon auszugehen, ihr Lebenspartner komme für ihren Lebensunterhalt auf bzw. könne ihr allenfalls ein weiteres Darlehen gewähren, nichts.

Zwar ist es zutreffend, dass den Konkubinatspartner keine Unterstützungspflicht trifft, und eine solche wäre bei der Beurteilung der Mittellosigkeit auch nicht zu berücksichtigen (vgl. die entsprechenden Ausführungen der Beklagten, act. 2 Rz. 27 u. 55 ff.). Überdies entbehrt die Annahme der Vorinstanz, der Lebenspartner der Beklagten komme wohl für deren Lebenshaltungskosten auf und die Zahlung von Fr. 600.– monatlich erfolge für Luxusgüter (vgl. act. 7 E. 2.2.2 S. 6 unten und E. 2.3), konkreter Anhaltspunkte in den vorhandenen Unterlagen und erscheint damit willkürlich. Indes ändert all dies nichts an den oben dargelegten Unklarheiten und daran, dass die Beklagte ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist.

5. Aufgrund des Dargelegten ist die Beschwerde abzuweisen.

#### IV.

1. Die Beklagte stellt – zumindest sinngemäss (vgl. act. 2 S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2.a) – für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich das Rechtsmittel von vornherein als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren ist daher bereits aus diesem Grund abzuweisen.

2. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO im Grundsatz keine Gerichtskosten zu erheben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung auf das kantonale Beschwerdeverfahren nicht anwendbar (vgl. BGE 137 III 470 ff., E. 6.5), weshalb für das vorliegende Verfahren Kosten zu erheben sind.

Da die Beklagte im Beschwerdeverfahren unterliegt, wird sie für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert der Hauptsache von über Fr. 5'000'000.– ist die Entscheidunggebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebVO auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen.

3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, und dem Kläger nicht, weil er im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht unmittelbar betroffene Gegenpartei ist und ihm daher keine Kosten entstanden sind, die zu entschädigen wären.

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

1. Das Gesuch der Beklagten und Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und der Beklagten und Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Winterthur, 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. Der Streitwert liegt über Fr. 5'000'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: