

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE110009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny.

## Urteil vom 5. Dezember 2011

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 8. Juli 2011 (EE100106)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Verfügungen vom 8. Juli 2011 ordnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach in Abänderung der Verfügung vom 18. November 2009 neue Eheschutzmassnahmen an. Gleichzeitig hiess es das Gesuch der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und wies dasjenige des Beklagten und Beschwerdeführers (fortan Beklagter) ab (Urk. 81). Mit Eingabe vom 22. Juli 2011 erhob der Beklagte rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 80 S. 2):

"1. Es sei Dispositiv Ziffer 2. der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 8. Juli 2011 aufzuheben und dem Beschwerdeführer sei stattdessen für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Eventualiter sei die Sache im Sinne der nachfolgenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Für das Beschwerdeverfahren sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse."

Innert Frist ging keine Beschwerdeantwort der Klägerin ein (Urk. 84). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz wurde verzichtet (Art. 324 ZPO).

2. Das Verfahren wird androhungsgemäss ohne Beschwerdeantwort weitergeführt (Urk. 84) und erweist sich als spruchreif.

### **II.**

1. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO, Art. 405 Abs. 1 ZPO). Diesem Recht unterstehen Kognition und Vorgehen bei der Prüfung, mithin das Rechtsmittelverfahren als solches. Materiell werden indes die nach altem Recht

ergangenen Entscheide in Anwendung der bisherigen Bestimmungen (ZPO/ZH und GVG/ZH) überprüft.

2. Mit der Beschwerde werden unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts gerügt (Art. 320 ZPO). Während Ersteres der freier Kognition unterliegt, gilt für Letzteres eine beschränkte Überprüfungsbefugnis im Sinne einer qualifiziert fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz (Willkür, Art. 9 BV; vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 3 ff zu Art. 320 ZPO). Es herrscht ein umfassendes Novenverbot, auch - wie vorliegend - in Verfahren mit (beschränkter) Untersuchungsmaxime (vgl. Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO zur Publikation bestimmter BGE 5A\_405/2011, Erw. 4.5.3).

3. Im angefochtenen Entscheid wird erwogen, der Beklagte habe seine wirtschaftliche Situation nur lückenhaft belegt. So habe er eine unvollständige und nicht aktuelle Steuererklärung eingereicht, lediglich den Saldo eines seiner drei Bankkonti mit Kontoauszug belegt sowie keinerlei Unterlagen zu seinem in der C.\_\_\_\_\_ [Staat] befindlichen Kulturland von 4'500 m<sup>2</sup> und der dortigen Genossenschaftswohnung zu den Akten gereicht. Dabei gewichtete die Vorinstanz insbesondere das Fehlen der Kontoauszüge zum Nachteil des Beklagten, weil er nicht habe schlüssig erklären können, wovon er und die Tochter seit dem Konkurs seines Unternehmens leben würden und der dringende Verdacht entstehe, er verschleierte seine tatsächliche finanzielle Situation. Entsprechend wies sie sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten ab (Urk. 78 S. 25 f.)

4. Der Beklagte rügt mit seiner Beschwerde die Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, namentlich der richterlichen Fragepflicht. So habe es der Vorderrichter unterlassen, ihn vor der Verweigerung des prozessualen Armenrechts zur Darlegung seiner finanziellen Verhältnisse mittels richterlichen Fristansetzung aufzufordern (Urk. 80 S. 4, 7). Neu führt der Beklagte an, die aktuelle Steuererklärung 2010, welche von einem beauftragten Treuhandbüro erstellt werde, liege ihm auch heute noch nicht vor und der Umstand, dass das Schuldenver-

zeichnis der Steuererklärung 2009 fehle, sei auf ein Versehen des Sekretariats des Rechtsvertreters zurückzuführen (Urk. 80 S. 4 f.). Ferner reicht er der urteilenden Kammer das vor Vorinstanz fehlende Schuldenverzeichnis der Steuererklärung 2009 (Urk. 83/2), eine schriftliche Erklärung betreffend ein ihm von einem Bekannten gewährtes Darlehen (Urk. 83/3), einen Kontoauszug des Sparkontos der Parteien bei der D.\_\_\_\_\_ (Urk. 83/7), Fotos des behaupteten Kulturlandes in der C.\_\_\_\_\_ (Urk. 83/4) sowie Unterlagen zur Wohnung in E.\_\_\_\_\_ [Stadt], C.\_\_\_\_\_ (Urk. 83/5+6), ins Recht.

5.1. Für das Beschwerdeverfahren ist der Beklagte unter Hinweis auf das umfassende Novenverbot mit den erstmals vor dieser Instanz vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen und eingereichten Unterlagen nicht zu hören (vgl. vorstehend Ziffer 2.). Auf den neu eingeführten Sachverhalt, namentlich zu den ihm gewährten Darlehen (Urk. 80 S. 5), dem Grundstück, dem behaupteten Nutzungsrecht an einer 2-Zimmerwohnung in der C.\_\_\_\_\_ (Urk. 80 S. 5 f.) sowie zu den Bankkonten in der Schweiz (D.\_\_\_\_\_) und der C.\_\_\_\_\_ (Urk. 80 S. 6 f.) kann somit nicht eingegangen werden.

5.2. Mit Bezug auf die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 78 S. 24). Wie im angefochtenen Entscheid ausgeführt, obliegt es dem Gesuchsteller, zur Darlegung seiner Bedürftigkeit seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend offenzulegen und möglichst zu belegen (BGE 4A\_87/2007 E. 2.1, 2.5, 5D.144/2007 mit Verweis). Ist sein Armenrechtsgesuch zu wenig aufschlussreich oder unzureichend dokumentiert, ist nach ständiger Praxis der Zürcher Gerichte eine Nachfrist für die Einreichung der erforderlichen Belege anzusetzen oder der Gesuchsteller ist vorzuladen und zu seinen ökonomischen Verhältnissen zu befragen. Erst wenn er die verlangten Auskünfte nicht erteilt oder die verlangten Ausweise nicht beibringt, kann ihm die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung verweigert werden (ZR 90 Nr. 57, BGE 120 Ia 179 E. 3.a). Unterlässt dies das Gericht, kommt die Verletzung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH einer Verweigerung des rechtlichen Ge-

hört gleich (Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 55 ZPO/ZH).

5.3. Der Beklagte stellte sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 8. April 2011 (Urk. 1/62 S. 3) und verwies zur Begründung auf sein fehlendes Erwerbseinkommen und verwertbares Vermögen (Urk. 1/62 S. 17 f.).

Die von ihm eingereichten Urkunden sind - wie die Vorinstanz zutreffend festhielt - lückenhaft. So wird aus der Steuererklärung 2009 zwar das einzig aus Wertschiftertrag versteuerte Einkommen von Fr. 26.- ersichtlich (Urk. 1/63/2) und aus der aktuellen Beitragsverfügung 2011 erhellt weiter, dass der Beklagte gegenüber der Ausgleichskasse aus selbständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen von weniger als Fr. 9'300.- deklariert (Urk. 1/63/6). Die Vermögens- resp. Verschuldungssituation des Beklagten bleibt indes - mit Ausnahme der Hypothekarbelastung der im Miteigentum stehenden Eigentumswohnung der Parteien in F.\_\_\_\_ - nur mangelhaft belegt und weitgehend unklar (Urk. 1/63/3/1-3). Widersprüchlich erweisen sich namentlich seine Angaben zum Kulturland in der C.\_\_\_\_, führte er doch einerseits anlässlich seiner persönlichen Befragung aus, er könne ein Stück Land in der C.\_\_\_\_ verpfänden (Prot. Vi S. 31), andererseits liess er anlässlich der nämlichen Verhandlung durch seinen Rechtsvertreter die fehlende Verwertbarkeit dieses Grundstückes behaupten (Urk. 62 S. 18). Ausserdem fehlen Angaben zum Kontostand resp. die entsprechenden Belege des Kontos bei der D.\_\_\_\_, ..., (Urk. 1/63/2) sowie seines Guthabens bei der G.\_\_\_\_ [Bank] in E.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ (vgl. Prot. Vi S. 35). Entsprechend konnte sich die Vorinstanz kein umfassendes Bild darüber machen, inwiefern dem Beklagten eine Beanspruchung seines Vermögens zur Deckung von Gerichts- und Anwaltskosten möglich und zumutbar sei. Sie stellte somit in vertretbarer Weise fest, dessen finanzielle Situation bleibe weitgehend im Dunkeln (Urk. 78 S. 26), mithin liege ein unzureichend begründetes und belegtes Armenrechtsgesuch vor.

5.4. Bei dieser Ausgangslage hatte die Vorinstanz den Beklagten ausdrücklich auf die widersprüchlichen und mangelhaft belegten tatsächlichen Behauptungen

hinzuweisen und zur Substanziierung sowie zur Einreichung der fehlenden Belege aufzufordern.

Anlässlich der Verhandlung vom 8. April 2011 wurde der Beklagte kurz zu seiner finanziellen Situation vor dem Konkurs seiner Gesellschaft bis heute befragt, wobei er verschiedene Angaben machte, so auch zur Verpfändbarkeit seines Grundstückes in C.\_\_\_\_\_ (Prot. Vi S. 31, vgl. auch Prot. S. 35 f.). Die Vorinstanz ging jedoch weder auf den erwähnten Widerspruch zu den Ausführungen seines Rechtsvertreters ein, noch forderte sie ihn zur Nachreichung der Belege auf (Prot. Vi S. 31, 35). Die anlässlich der Verhandlung geäusserte Aufforderung der Gegenpartei (Prot. Vi S. 35) genügt den Anforderungen an die richterliche Fragepflicht nicht (Rechenschaftsbericht Kassationsgericht 2008 Nr. 57). Auch im Nachgang an die Verhandlung erfolgte keine entsprechende Aufforderung des Gerichts, weder mit Verfügung vom 24. Mai 2011 (Urk. 1/73) noch zu einem anderen Zeitpunkt. Die Vorinstanz hat es demnach unterlassen, den Beklagten vor der Fällung ihres Entscheides auf seine widersprüchlichen und mangelhaft belegten tatsächlichen Behauptungen zur Begründung seines Armenrechtsgesuchs hinzuweisen sowie zur Substanziierung und Einreichung der fehlenden Belege aufzufordern. Indem sie sein Gesuch in der Folge gestützt auf die Verletzung seiner Mitwirkungspflichten abwies, verletzte sie die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH. Die Beschwerde des Beklagten erweist sich insofern als begründet.

5.5. Die Verletzung der richterlichen Fragepflicht als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nach der Rechtsprechung kann die Heilung einer Verletzung erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern. Voraussetzung ist indes, dass diese Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2., 132 V 387 E. 5.1., 127 V 431 E. 3.d.aa). Dies ist vorliegend hinsichtlich des Sachverhalts nicht der Fall. Es besteht denn auch kein Raum für neue Tatsachenbehauptungen, was im umfassenden Novenverbot seinen Ausdruck findet (vgl. Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 5 zu Art. 320 ZPO, N 4 zu Art. 326

ZPO). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.

Demzufolge ist die angefochtene Verfügung betreffend Abweisung des Gesuchs des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des entsprechenden Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.1. Der Beklagte verlangt auch für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung verweist er auf seine Ausführungen vor Vorinstanz und die dieser eingereichten Unterlagen (Urk. 1/62 S. 17 f.; Urk. 1/63/2-7) sowie auf die im Beschwerdeverfahren gemachten Behauptungen und eingereichten Urkunden (Urk. 80 S. 8). Diese teilweise neuen Vorbringen sind für das Gesuchsverfahren vor zweiter Instanz zuzulassen (vgl. Emmel in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 5 zu Art. 119 ZPO).

6.2. Indes erweisen sich auch die neu eingereichten Urkunden als lückenhaft. Zwar liegen nun ein Vertrag bezüglich der Nutzung der nicht im Eigentum des Beklagten stehenden Wohnung in E.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, sowie eine Rechnung betreffend Nutzungskosten im Recht (Urk. 83/5+6). Ebenfalls belegt sind nunmehr das auf beide Parteien lautende Sparkonto ... bei der D.\_\_\_\_ mit einem Saldo per 31. Dezember 2010 von Fr. 51.65 (Urk. 83/7) und - mittels schriftlicher Erklärung - ein dem Beklagten gewährtes Darlehen von Fr. 130'000.- (Urk. 83/3). Unterlagen zum ursprünglichen Darlehen, welches durch das vorliegende abgelöst worden sei, würde er keine mehr besitzen (Urk. 80 S. 5). Ebenso wenig verfüge er über Dokumente zum Wert des Kulturlandes in der C.\_\_\_\_, ein Grundstück, welches aus einer unnutzbaren, an einem Hang liegenden Naturwiese mit Bäumen bestehe (Urk. 80 S. 6). Diesbezüglich ist die Sachlage nach wie vor unklar. Die eingereichten Fotografien sind unbehelflich (Urk. 83/4), sagen sie doch über die Nutzbarkeit des fraglichen Grundstückes nichts aus. Auch die hierzu erfolgten Ausführungen des Beklagten führen nicht weiter, zumal eine Wiese in Hanglage nicht per se ohne nutzbaren Wert ist. Schliesslich bleibt er sämtliche Belege zu seinem in der C.\_\_\_\_ befindlichen Konto schuldig, da sich die entsprechenden Dokumente in der C.\_\_\_\_ befinden würden und nur von ihm persönlich vor Ort erhältlich ge-

macht werden könnten (Urk. 82 S. 6 f.). Dies erscheint nicht glaubhaft, ist doch nicht einzusehen, weshalb die Kontounterlagen nicht von der Schweiz aus, sei es per Post oder auf elektronischem Weg, zu beschaffen sind. Insgesamt sind daher die ausländischen Vermögenswerte des Beklagten in ihrem Wert und ihrer Verwertbarkeit nach wie vor nicht bestimmbar. Der Beklagte hat es unterlassen, ungeachtet des entsprechenden Vorhalts der Vorinstanz (Urk. 78 S. 25 f.) das Versäumte nachzuholen und die fraglichen Belege beizubringen resp. die entsprechenden Behauptungen aufzustellen. Somit trifft ihn der Vorwurf, seine finanziellen Verhältnisse nicht in rechtsgenügender Weise offengelegt und damit seine Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Da er bereits durch den Vorderrichter auf die mangelhaft erfüllte Mitwirkungspflicht hingewiesen worden ist und seine Unterlassungen aus dem angefochtenen Entscheid im einzelnen zu entnehmen sind, braucht ihm keine Nachfrist zu Ergänzung seiner Vorbringen angesetzt zu werden (ZR 104 Nr. 14). Vielmehr ist sein Armenrechtsgesuch wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen.

### III.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 ZPO). Da der Beklagte mit seiner Beschwerde in der Hauptsache obsiegt und sich die Klägerin mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteientschädigung ist mangels gesetzlicher Grundlage nicht geschuldet.

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

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 der Erst-Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 8. Juli 2011 aufgehoben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Bülach, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:

ss