

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE150007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

## Beschluss vom 30. September 2015

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

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

gegen

**Bezirksgericht Uster,**

Beschwerdegegner

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. April 2015 (EE140009-I)**

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil und Verfügung vom 7. April 2015 ordnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster Eheschutzmassnahmen an. Gleichzeitig wies es die Gesuche beider Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteistandung im vorinstanzlichen Verfahren ab (Urk. 88).

2.1 Gegen das Urteil und die Verfügung vom 7. April 2015 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 27. April 2015 innert Frist Berufung und stellte unter anderem den folgenden Antrag (Urk. 87 S. 3):

" 3. Es sei dem Beklagten für das erst- und oberinstanzliche Verfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu erteilen, für das oberinstanzliche Verfahren unter Beordnung des unterzeichnenden Rechtsvertreters als amtlicher Rechtsbeistand."

2.2 Für diesen Antrag wurde neben dem Berufungsverfahren (LE150023-O) das vorliegende Beschwerdeverfahren angelegt (vgl. Urk. 92 S. 2).

2.3 Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (Urk. 1 bis 86 in LE150023-O). Innert Frist (vgl. Urk. 92) ging keine Stellungnahme des Beschwerdegegners ein.

3. Mit Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige, das heisst willkürliche Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (vgl. Art. 320 ZPO). Das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln ist gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen.

4. Im angefochtenen Entscheid wird erwogen, der Beschwerdeführer sei als Miteigentümer der ehelichen Liegenschaft in B.\_\_\_\_\_ sowie der Ferienwohnung im Tessin in Bezug auf sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege seiner Mitwirkungspflicht nicht genügend nachgekommen. Unter Verweis auf seine Erwägungen zum Armenrechtsgesuch der Klägerin hält der Beschwerdegegner fest, es sei nicht dargelegt worden, weshalb eine (weitere) Belehnung der sich im Mitei-

gentum des Beschwerdeführers befindlichen Liegenschaften nicht möglich sein sollte. Da der Beschwerdeführer nicht dargetan habe, sämtliche Mittel zur Finanzierung des Verfahrens erschöpft zu haben, sei seine Mittellosigkeit zu verneinen (Urk. 88 E. III/A.3).

5. Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, namentlich der richterlichen Fragepflicht. So habe es der Beschwerdegegner unterlassen, ihn darauf hinzuweisen, welche Nachweise fehlten, um auf die Mittellosigkeit schliessen zu lassen (Urk. 87 S. 18).

6.1 Für das Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdeführer unter Hinweis auf das umfassende Novenverbot (Art. 326 ZPO) mit den erstmals vor Beschwerdeinstanz vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen nicht zu hören (vgl. vorstehend E. 3). Neu brachte der Beschwerdeführer ein, es stelle eine Erfahrungstat- sache dar, dass eine weitere Belehnung der Liegenschaft für Personen im (be- vorstehenden) Rentenalter praktisch aussichtslos sei und dass dies im besonde- ren Masse dann gelte, wenn kein gesichertes Einkommen erzielt werde und der Antragssteller hoch verschuldet sei. Vorliegend würde es sich um einen solchen Fall drehen (Urk. 87 S. 18). Auf diese neuen Vorbringen kann nicht eingegangen werden.

6.2 In Bezug auf die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung der un- entgeltlichen Rechtspflege ist vorab auf die zutreffenden Ausführungen im ange- fochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 88 E. III/A.1). Es obliegt dem Gesuchstel- ler, zur Darlegung seiner Bedürftigkeit seine Einkommens- und Vermögensver- hältnisse umfassend offenzulegen und möglichst zu belegen (BGer 4A\_645/2012 vom 19. März 2013 E. 3.3). Obschon für die Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, ist es grundsätzlich Sache der gesuchstellenden Partei, in Erfüllung ihrer Mitwirkungs- obliegenheit ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustel- len und soweit möglich auch zu belegen. Die mit dem Gesuch befasste Behörde ist nicht verpflichtet, den Sachverhalt von sich aus nach jeder Richtung hin abzu- klären. Auch muss sie nicht unbesehen alles, was behauptet wird, von Amtes we- gen überprüfen. Sie hat den Sachverhalt lediglich dort (weiter) abzuklären, wo

noch Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, sei es, dass sie von einer Partei auf wirkliche oder vermeintliche Fehler hingewiesen wird, sei es, dass sie solche selbst feststellt (BGer 8C\_777/2012 vom 7. Januar 2013 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Das Gericht hat allenfalls unbeholfene Personen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege benötigt (BGE 120 Ia 179 E. 3a; BGer 5A\_451/2012 vom 27. August 2012 E. 2.1; 4A\_675/2012 vom 18. Januar 2013 E. 7.2). Wer durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, kann nicht als unbeholfen gelten (BGer 5A\_382/2010 vom 22. September 2010 E. 3.2.2; 5A\_446/2009 vom 19. April 2013 E. 6.2.2). Entsprechend hat das Gericht gemäss Art. 97 ZPO die nicht anwaltlich vertretene Partei über die unentgeltliche Rechtspflege aufzuklären. Die Gerichte laden daher insbesondere nicht anwaltlich vertretene Gesuchsteller ein, unvollständige Angaben und Belege zu ergänzen (BGer 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2 mit weiteren Hinweisen). Von der Ausübung der richterlichen Fragepflicht kann dann abgesehen werden, wenn einem Gesuchsteller aus einem früheren Verfahren bekannt war, dass er seine finanziellen Verhältnisse umfassend offenlegen und belegen muss und er dies später unterlässt (BGer 5A\_267/2013 vom 10. Juni 2013 E. 8.2.2). Das entspricht dem Grundsatz, dass die richterliche Fragepflicht weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts ersetzen noch prozessuale Nachlässigkeiten ausgleichen soll (BGer 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.2 mit Hinweisen).

6.3 Der Beschwerdeführer war zu Beginn des Eheschutzverfahrens durch Rechtsanwalt Dr. iur. X'.\_\_\_\_\_ vertreten, wobei vor der Eheschutzverhandlung ein Anwaltswechsel erfolgte (Urk. 11) und der Beklagte neu von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ vertreten wurde. Mit Eingabe vom 19. August 2014 teilte dieser dem Beschwerdegegner die Mandatsniederlegung mit (Urk. 54). In der Folge wurde der Beschwerdeführer nicht mehr anwaltlich vertreten. Mit Eingabe vom 12. März 2015 stellte er schliesslich das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 83). Zur Begründung verweist er auf seinen Bedarf und offene Rechnungen gegenüber seinem ehemaligen Rechtsvertreter sowie gegenüber der gegnerischen Rechtsvertreterin und auf weitere offene Forderungen. Weiter offeriert er, allen-

falls notwendige Unterlagen wie Steuereinschätzungen etc. einreichen zu können (Urk. 83 lit. d).

Diese Angaben und Belege sind – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – ungenügend. So machte der Beschwerdeführer keine Angaben zum Umfang seines Vermögens, zum Wert der zwei Liegenschaften oder zu einer möglichen Belehnung der Miteigentumsanteile dieser Liegenschaften. Dabei ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer und dessen Ehefrau gemäss Einschätzungsentscheid vom 21. Juli 2014 im Jahre 2012 immerhin über ein steuerbares Vermögen im Kanton Zürich von Fr. 140'000.– und gemäss Steuererklärung 2013 über ein solches von Fr. 154'000.– verfügten (Urk. 77/1-2). Keinerlei Ausführungen machte der Beschwerdeführer zu den auf ihn lautenden und aus den Akten ersichtlichen Lebensversicherungen (gemeinsame Lebensversicherung bei den ... Versicherungen, Police Nr. ..., ausgelaufen am 31. August 2015 [Urk. 19/35]; ... Versicherungen, Police Nr. ... [Urk. 19/34]; sowie "eine weitere Lebensversicherung" [Urk. 18 S. 18]). Auch die mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege geltend gemachten Schulden blieben unbelegt. Entsprechend konnte sich der Beschwerdegegner kein umfassendes Bild darüber machen, inwiefern dem Beschwerdeführer eine Beanspruchung seines Vermögens zur Deckung von Gerichtskosten möglich und zumutbar ist. Er stellte somit in vertretbarer Weise fest, der Beschwerdeführer habe nicht genügend dargetan, sämtliche eigenen Mittel zur Finanzierung des Verfahrens erschöpft zu haben (Urk. 88 E. III/A.3).

Bei dieser Ausgangslage hätte der Beschwerdegegner den Beklagten jedoch ausdrücklich auf die ungenügenden und mangelhaft belegten tatsächlichen Behauptungen hinweisen und zur Substantiierung sowie zur Einreichung der fehlenden Unterlagen auffordern müssen. Der Beschwerdeführer war zum Zeitpunkt seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege nicht anwaltlich vertreten. Weiter hatte er weder ein solches Gesuch bisher bereits gestellt noch wurde er über die diesbezüglichen Voraussetzungen und damit über die vorzubringenden Angaben bzw. einzureichenden Belege aufgeklärt. Zwar war der Beschwerdeführer zu Beginn des vorinstanzlichen Verfahrens anwaltlich vertreten, lediglich aufgrund dieses Mandatsverhältnis kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass ihm

bekannt war, wie weit die ihn treffende Mitwirkungspflicht geht. Ihm kann insbesondere nicht unterstellt werden, im Wissen darüber gewesen zu sein, dass einem Grundeigentümer alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung oder Vermietung von Wohneigentum bzw. durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens grundsätzlich zumutbar sind und erst beim Nachweis, dass diese Möglichkeiten nicht zur Verfügung stehen, die Mittellosigkeit als erstellt gilt (vgl. Erwägungen in Urk. 88 E. III/A.3). Indem der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer nicht aufforderte, die notwendigen Angaben zu machen und nicht darlegte, welche Angaben bzw. Belege noch fehlten, hat er die richterliche Fragepflicht verletzt.

6.4 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 den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2, 132 V 387 E. 5.1). 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, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 326 N. 4). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.

Demzufolge ist die angefochtene Verfügung betreffend Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des entsprechenden Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dass der Beschwerdeführer in seinem Gesuch und in seiner Beschwerde den für das erstinstanzliche Verfahren zu bestellenden Rechtsbeistand nicht genannt hat (Urk. 83 S. 2, Urk. 87 S. 3), schadet ihm nicht. Das Gesetz gibt dem Gesuchsteller nur das Recht, nicht aber die Pflicht, den "gewünschten" Rechtsbeistand zu bezeichnen (Art. 119 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

7. Schliesslich sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestimmen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Überdies ist der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO und § 13 in Verbindung mit §§ 5, 9 sowie 10 AnwGebV mit Fr. 400.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.3.2).

8. Der Beschwerdeführer ersucht auch für das zweitinstanzliche Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Nachdem er keine Gerichtskosten zu tragen hat und für seine Aufwendungen entschädigt wird, erweist sich das Armenrechtsgesuch für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos.

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

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Dispositivziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. April 2015 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Der Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 400.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten bleiben bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens LE150023-O in dessen Akten.

6. 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, 30. September 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:  
mc