

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV190012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss und Urteil vom 12. Februar 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Vollstreckung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts Audienz am
Bezirksgericht Zürich vom 18. Dezember 2019 (EZ180012-L)**

Erwägungen:

1.1. Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) steht seit dem 21. September 2016 vor Vorinstanz in einem Vollstreckungsverfahren (Urk. 7/1). Am 23. November 2016 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 7/16):

- "1. Dem Gesuchsteller wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Sein Vertreter, Rechtsanwalt X._____, wird ihm als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Sorgt die Gesuchsgegnerin nicht dafür, dass der Gesuchsteller das in der Scheidungsvereinbarung vom 10. November 2015, Ziffer 3 (Persönlicher Verkehr) Abs. 1, Besuchsrecht ausüben kann, wird sie wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB mit Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft.
3. Im Übrigen wird das Gesuch abgewiesen.
- 4./5./6./7. [...]"

Nach dem Weiterzug dieses Entscheides durch die vier Kinder des Gesuchstellers (Verfahrensbeteiligte im Hauptsachenprozess) und B.____ (Gesuchsgegnerin im Hauptsachenprozess) und Rückweisung der Sache durch die Rechtsmittelinstanzen (vgl. insb. Urk. 7/18, Urk. 7/26) hatte sich die Vorinstanz im Rahmen der Fortsetzung ihres Verfahrens erneut mit dem Anspruch des Gesuchstellers auf unentgeltliche Rechtspflege zu befassen. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. 1 und 3 = Urk. 7/102 E. 1 und 3). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2019 entzog die Vorinstanz, welche unangefochten davon ausging, dass die dem Gesuchsteller seinerzeit für das erstinstanzliche Verfahren bewilligte unentgeltliche Rechtspflege weitergalt (vgl. Urk. 7/95 S. 2), dem Gesuchsteller diese für die Zukunft (ex nunc; Urk. 2).

1.2. Am 29. Dezember 2019 erhob der Gesuchsteller hiergegen rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

1. Die Verfügung vom 18. Dezember 2019 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Es sei dem Beschwerdegegner [recte Beschwerdeführer] weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren;

3. Es sei dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege sowie der unentgeltliche Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-103). Der Gesuchsgegnerin im Hauptsachenprozess kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2; BGE 139 III 334 E. 4.2), weshalb von ihr keine Beschwerdeantwort einzuholen ist. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz (Art. 324 ZPO) ist zu verzichten.

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), 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. Was nicht gerügt wird, hat grundsätzlich Bestand (*OGer ZH RB140009 vom 11.06.2014, E. 3.1*).

2.2. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3 f.).

3. Die Vorinstanz begründete den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege des Gesuchstellers damit, dass seit der Einleitung des Verfahrens um Vollstreckung mehr als drei Jahre verstrichen seien. Zudem hätten sich die Verhältnisse des Gesuchstellers verändert: Damals habe er sich im Gefängnis befunden und nach eigenen Angaben nur über sein Peculium verfügt. Heute sei er ein freier Mann und wohne – wiederum nach seiner eigenen Darstellung – in C. _____. Dennoch

tue er nicht dar, über welches Vermögen er verfüge (Aktiven) noch welche Mittel er benötige (Notbedarf) oder aus welchen Quellen er nach seiner Freilassung aus dem Strafvollzug seine Mittel im Einzelnen beziehe (Einkünfte). Er äussere sich auch nicht zu seiner früheren Arbeitstätigkeit und den möglicherweise in diesem Zusammenhang angesparten Mitteln, etwa jenen aus der beruflichen Vorsorge. Dem Gesuchsteller könne mit anderen Worten der Vorwurf nicht erspart bleiben, es unterlassen zu haben, seine Vermögensverhältnisse aufzuzeigen, die einzelnen Aktiven und Passiven zu benennen, den Grundbedarf unter Darlegung sämtlicher relevanten Positionen zu erläutern und den finanziellen Verpflichtungen und Ausgaben gegenüberzustellen. Zu seinen ohnehin spärlichen und unsubstantiierten Ausführungen habe er schliesslich auch keine Unterlagen eingereicht, sei mit anderen Worten auch der Obliegenheit nicht nachgekommen, seine Angaben soweit möglich zu belegen. Bei dieser Sachlage sei davon auszugehen, dass der Gesuchsteller über hinreichende Mittel zu Finanzierung des Prozesses und den mit der Rechtsvertretung verbundenen Auslagen verfüge. Damit rechtfertige es sich, ihm die unentgeltliche Prozessführung zu entziehen (Urk 2 E. 4).

4.1. Der Gesuchsteller macht mit seiner Beschwerde geltend, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege entzogen (Urk. 1 Rz. 6 ff.).

4.2. Vorab ist festzuhalten, dass entgegen der vom Gesuchsteller in Rz. 6 f. seiner Beschwerde (Urk. 1) vertretenen Auffassung aus der vorstehend wiedergegebenen Erwägung der Vorinstanz und im Übrigen auch aus dem erstinstanzlichen Rubrum (vgl. Urk. 2) klar hervorgeht, dass die Vorinstanz von einem (derzeitigen) Aufenthalt des Gesuchstellers in der Schweiz ausging.

4.3. Nach Art. 120 ZPO entzieht das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hat. Insofern konkretisiert Art. 120 ZPO lediglich Art. 256 Abs. 2 ZPO, wonach eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amtes wegen oder auf Antrag hin aufgehoben oder abgeändert werden kann (vgl. BGE 141 I 241 E. 3.1). Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 120 ZPO, namentlich unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes, gebietet, dass sich der Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege nach derselben Interessensabwägung richtet wie der Widerruf von verwaltungs-

rechtlichen Verfügungen über Dauerleistungen. Somit ist das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz gegenüberzustellen und je nachdem, welches Interesse überwiegt, die Rechtmässigkeit eines Widerrufs zu bejahen oder nicht. Der Vertrauensschutz hat ferner zur Folge, dass ein Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege grundsätzlich nur mit Wirkung *ex nunc et pro futuro* erfolgen kann (BGE 141 I 241 E. 3.1 f.; *OGer ZH PF150026 vom 20.05.2015, E. 2.4*, mit Hinweis auf BK ZPO-Bühler, Art. 120 N 3, 9 und 22). Die gesuchstellende Person trifft im Verfahren bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Sie hat nach Art. 119 Abs. 2 ZPO ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Person dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind. Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtssuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn die anwaltlich vertretene Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. statt vieler BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.2, m.w.H.). Eine fehlende Mitwirkung kann bei einem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege dann in Frage kommen, wenn es eine Partei versäumt (nach Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege), auf erneute Aufforderung hin die erforderlichen Belege nachzureichen (*OGer ZH PC190021 vom 08.08.2019, E. 4.1*, mit Hinweis auf *OGer ZH PC130028 vom 06.06.2013, E. 2.3*).

4.4. Mit der Wiederholung seiner vorinstanzlichen Vorbringen (vgl. Urk. 7/101 S. 1), wonach er über kein Vermögen verfüge, mangels Aufenthaltsbewilligung keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und auch kein Bankkonto eröffnen könne (Urk. 1 Rz. 9 f.), vermag der Gesuchsteller nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

Insbesondere vermag er damit die zutreffende vorinstanzliche Feststellung, dass er seine Mitwirkungspflicht verletzt habe, indem er – trotz ausdrücklicher Aufforderung durch die Vorinstanz mit Verfügung vom 25. September 2019 (Urk. 7/95) – nicht dargetan geschweige denn belegt habe, welche Mittel er benötige (Notbedarf) oder aus welchen Quellen er nach seiner Freilassung aus dem Strafvollzug seine Mittel im Einzelnen beziehe (Einkünfte), nicht zu entkräften. Geht man mit dem Gesuchsteller davon aus, dass er weder einer Erwerbstätigkeit nachgeht noch über Vermögen verfügt, bleibt völlig im Dunkeln, wie er in den nunmehr doch rund 19 Monaten seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug schon nur seine existenziellsten Bedürfnisse (Obdach, Nahrung) zu decken vermochte.

Der Gesuchsteller macht mit seiner Beschwerde neu geltend, er wolle angesichts der fehlenden Aufenthaltsbewilligung keine näheren Angaben zu seiner Wohnsituation machen. Dies könne allenfalls insofern zu seinem Nachteil gewürdigt werden, als ihm nur der halbe Grundbetrag eines Ehepaars (Fr. 850.–) angerechnet werde. Weitere Bedarfspositionen mache er nicht geltend, da er gegenwärtig weder Krankenkasse, Miete etc. bezahle. Mangels eines Erwerbseinkommens halte er sich gegenwärtig mit Beträgen in der Grössenordnung der Nothilfe für abgewiesene Asylbewerber über Wasser. Diese Hilfe sowie die Unterkunft würden ihm von Bekannten gewährt, welche jedoch in diesem Verfahren nicht genannt werden möchten (Urk. 1 Rz. 11). Diese Ausführungen sind mit Blick auf das geltende Novenverbot unzulässig und damit unbeachtlich (vgl. E. 2.2).

4.5. Ins Leere zielen schliesslich auch die Ausführungen des Gesuchstellers in Rz. 17 seiner Beschwerdeschrift (Urk. 1), wonach dem zu vollstreckenden Entscheid zu entnehmen sei, dass er mangels Leistungsfähigkeit nicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet worden sei und er auch zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet würde, sollte sich seine finanzielle Situation verbessern. Das vom 10. November 2015 datierende Scheidungsurteil (Urk. 7/3/1), auf welches der Gesuchsteller verweist, vermag ohnehin nichts über seine aktuellen finanziellen Verhältnisse auszusagen. Dass ein aktuellerer Abänderungsentscheid vorliegen würde, macht der Gesuchsteller sodann gerade nicht geltend. Ohnehin würden für die Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit (Kin-

der-)Unterhaltsbeiträgen und im Zusammenhang mit der Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege unterschiedliche Massstäbe gelten.

4.6. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen.

5.1. Im Verfahren um die Gewährung der unentgeltlichen 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 zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Gesuchsteller ist für das Beschwerdeverfahren infolge seines Unterliegens keine Parteienschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2. Der Gesuchsteller ersucht auch im Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsvertretung (Urk. 1 S. 2). Zuzufolge Aussichtslosigkeit seiner Beschwerde (Art. 117 lit. b ZPO, vgl. obige Erwägungen) ist dieses Gesuch jedoch abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien im Beschwerdeverfahren, sowie an die Gesuchsgegnerin im Hauptverfahren, je gegen Empfangsschein.

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

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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Februar 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:

sn