



---

Kass.-Nr. AA080026/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## **Zirkulationsbeschluss vom 23. Dezember 2008**

in Sachen

X.,

...,

...,

Gesuchstellerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwältin ...

gegen

Y.,

...,

Gesuchsteller, Rekursgegner und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 2008 (LQ070099/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien stehen seit Juli 2006 im Scheidungsverfahren vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur. Beide Parteien beantragten, es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Mit Verfügung vom 30. November 2006 wies der Einzelrichter beide Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Dagegen rekurrierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht. Dieses wies mit Beschluss vom 20. Februar 2007 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren wie auch den Rekurs selbst ab und bestätigte insofern die einzelrichterliche Verfügung vom 30. November 2006. Soweit mittlerweile der Einzelrichter der Beschwerdeführerin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin für das vorsorgliche Massnahmeverfahren bestellt hatte, schrieb das Obergericht das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt ab.

Gegen diesen Entscheid gelangte die Beschwerdeführerin mit Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht, worin sie beantragte, es sei ihr sowohl für das erstinstanzliche wie auch für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen. Mit Beschluss vom 14. November 2007 hiess das Kassationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob den Beschluss des Obergerichts vom 20. Februar 2007 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (act. 11 in Kass.-Nr. AA070047 [= KG act. 8/2]).

2. Mit Beschluss vom 8. Januar 2008 (KG act. 2) entschied das Obergericht gleich wie zuvor am 20. Februar 2007, indem es den Rekurs der Beschwerdeführerin und auch deren Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rekursverfahren erneut abwies.

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin dessen Aufhebung sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für sämtliche Instanzen beantragt (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9); eine Beschwerdeantwort ist nicht eingegangen.

## II.

1. In seinem Rückweisungsentscheid vom 14. November 2007 hatte das Kassationsgericht festgehalten, die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin dürfe nicht mit der Begründung verneint werden, sie habe keinen Prozesskostenvorschuss vom Beschwerdegegner beantragt, weshalb Ungewissheit darüber herrsche, ob sie einen solchen erhältlich machen könnte. Mit dieser Begründung verletze die Vorinstanz die für das Gericht im Rahmen des prozessualen Armenrechts geltende Oficialmaxime (Beschluss S. 5 f.).

Mit seinem neuen, nunmehr angefochtenen Beschluss begründet das Obergericht die Verweigerung des Armenrechts damit, dass gemäss wiederholten und seitens der Beschwerdeführerin unbestritten gebliebenen Ausführungen des Beschwerdegegners die gemeinsame Wohnung in Portugal verkauft bzw. belehnt werden könne. Damit müsse der Anteil der Beschwerdeführerin als im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorhandenes und verfügbares Vermögen berücksichtigt werden, welches zur Deckung der Verfahrenskosten belastet oder auch veräussert werden könne. Somit ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin als nicht mittellos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO zu betrachten sei (Beschluss S. 7 ff., 9).

2. Unter dem Titel "Verletzung der Oficialmaxime" macht die Beschwerdeführerin geltend, dieses Vorgehen erfülle den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (§ 281 Ziff. 1 ZPO). Weiter beruft sie sich auf aktenwidrige bzw. willkürliche tatsächliche Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

2.1 Im Einzelnen führt die Beschwerdeführerin aus (Beschwerde S. 9 ff.), die Vorinstanz hätte feststellen müssen, dass nicht nur die Beschwerdeführerin die

Aussagen des Beschwerdegegners bestritten habe, sondern dass auch dieser selbst zur ehelichen Vermögenssituation diametrale Angaben gemacht habe, was im Einzelnen durch Aktenhinweise belegt wird (Beschwerde Ziff. 6, S. 10 ff.). Im Rahmen der Oficialmaxime hätte daher die Vorinstanz – so die Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. 7, S. 11) – weitere Abklärungen vornehmen müssen, um die "absolut widersprüchlichen Aussagen des Beschwerdeführers" zur Belehnbarkeit der Wohnung in Portugal zu überprüfen bzw. zu verifizieren. Indem die Vorinstanz stattdessen lediglich auf eine einzige Aussage des Beschwerdegegners abgestellt habe, habe sie die Oficialmaxime verletzt und zudem den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO erfüllt.

Ergänzend hält die Beschwerdeführerin fest, die Vorinstanz verkenne, dass eine angemessene Berücksichtigung allfälligen Vermögens voraussetze, dass dieses im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Prozesses oder zumindest im Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits vorhanden bzw. verfügbar sei und nicht erst nach Abschluss des Verfahrens realisiert werden könne, was bei einer sich im Ausland befindlichen, bereits hypothekarisch belasteten Wohnung nicht der Fall sei. Ausserdem gelte die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO, sollte die Beschwerdeführerin nach Ausgang des Prozesses durch den Verkauf der Liegenschaft wider Erwarten in günstige wirtschaftliche Verhältnisse gelangen.

2.2a) Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz hinsichtlich der Frage der Verkäuflichkeit bzw. Belehnbarkeit von unbestritten gebliebenen Vorbringen des Beschwerdegegners ausgehen durfte. An der Verhandlung vom 23. November 2006 vor Einzelrichter war seitens der Beschwerdeführerin vorgebracht worden, es sei "nicht so klar", wie weit die Wohnung in Portugal überhaupt einen Vermögenswert darstelle (Prot. ER S. 22). In seiner Rekursantwort vom 22. Januar 2007 liess der Beschwerdegegner ausführen, es erscheine als wahrscheinlich, dass die Wohnung mit Gewinn verkauft oder belehnt werden könne, zumal sich die Beschwerdeführerin einem solchen Vorgehen auch nicht widersetzt habe (OG act. 8 S. 1/2). Zuvor – im Wiedererwägungsgesuch vom 11. Dezember 2006 – hatte der Beschwerdegegner demgegenüber noch selber eingeräumt, dass für eine Hypothekbelastung den Parteien die Kreditwürdigkeit fehle (ER act. 30 S. 2).

Aus diesen Aktenstellen ergibt sich, dass zwar einerseits die Beschwerdeführerin die Belehnbarkeit der Wohnung in Frage gestellt hatte, dies jedoch in vager und nicht näher substantiierter Form. Weshalb die Wohnung in Portugal (überhaupt) keinen Vermögenswert darstellen soll, wurde nicht gesagt und ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Auf der anderen Seite trifft zu, dass auch die Vorbringen des Beschwerdegegners in dieser Hinsicht nicht von Klarheit und Konsistenz geprägt sind und Zweifel offen lassen. Die Feststellung, wonach die Vorbringen des Beschwerdegegners von der Beschwerdeführerin nicht (hinreichend substantiiert) bestritten wurden, wird aber jedenfalls nicht als aktenwidrig oder geradezu willkürlich widerlegt.

b) Damit stellt sich die weitere Frage, ob die Vorinstanz gestützt auf die vorliegenden Akten und im Lichte von § 84 Abs. 2 ZPO davon ausgehen durfte, es bestehe für die Beschwerdeführerin effektiv die Möglichkeit der Veräusserung bzw. Belehnung ihres Anteils an der Eigentumswohnung in Portugal.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen des Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung gilt gemäss § 84 Abs. 2 ZPO eine beschränkte Officialmaxime. Danach sind die Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechts grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen, sofern ein entsprechender Antrag gestellt wird und unter Vorbehalt gewisser Mitwirkungspflichten der gesuchstellenden Partei (zum Vorstehenden ZR 90 Nr. 57 m.w.H.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, § 84 N 3 ff.; STEFAN MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 77). Bei der Mittellosigkeit ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine negative Tatsache handelt, für die kein strikter Beweis verlangt werden darf, sondern deren Glaubhaftmachung genügt (ZR 90 Nr. 57 Erw. 6.1.5 a.E.; MEICHSSNER, a.a.O., je m.w.H.). In rechtlicher Hinsicht ist dem Obergericht zwar darin zu folgen, dass von einem Grundeigentümer verlangt werden kann, einen Kredit auf sein Grundstück aufzunehmen, soweit dieses noch belastet werden kann (BGE 119 Ia 11). Letzteres – die Möglichkeit einer weiteren Belehnung – ist vorliegend aber nicht näher geklärt, wobei hinsichtlich der Frage der Möglichkeit (bzw. Unmöglichkeit) der weiteren Belastung eines Grundstücks im Aus-

land keine allzu hohen Anforderungen an den Gesuchsteller gestellt werden dürfen (ZR 95 Nr. 92). Mit anderen Worten bedarf es insoweit für die Verneinung der Mittellosigkeit gesicherte Anhaltspunkte dafür, dass eine Veräusserung bzw. weitere Belehnung innert nützlicher Frist effektiv möglich ist. Allein aus dem Umstand, dass entsprechende Vorbringen der Gegenseite nicht (klar) bestritten wurden, kann unter der Officialmaxime nicht der Schluss gezogen werden, die weitere Belastung einer solchen Wohnung in Portugal sei zur Zeit ohne weiteres möglich, zumal die eigenen Vorbringen des Beschwerdegegners diesbezüglich – wie gezeigt – ebenfalls nicht über alle Zweifel erhaben und nicht weiter belegt sind. Bleibt die Sachlage bezüglich der Frage, ob sich aus einem ausländischen Grundstück flüssige Mittel in benötigtem Umfang wirklich beschaffen lassen, nach Abnahme der Beweismittel zweifelhaft, ist die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (ALFRED BÜHLER, Die Prozessarmut, in: Chr. Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung [SWR Heft 3], Bern 2001, S. 150); umso weniger kann sie verweigert werden, bevor in dieser Hinsicht konkrete Abklärungen getroffen wurden.

2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Entscheid gegen ihre Abklärungspflicht gemäss § 84 Abs. 2 ZPO verstossen und insofern den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO erfüllt hat. Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

1. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 2).

Die Beschwerdeführerin obsiegt im Kassationsverfahren, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist demzufolge gegenstandslos geworden. Hingegen wird der Antrag um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung als Folge des Obsiegens nicht gegenstandslos. Der Beschwerdegegner hat sich am Kassationsverfahren

nicht beteiligt, weshalb er nicht als unterliegende Partei gilt und somit weder kosten- noch entschädigungspflichtig wird (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO). Im Falle der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wäre die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin demzufolge aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Angesichts der finanziellen Verhältnisse der Parteien und nachdem die Beschwerde nicht aussichtslos ist, erscheint es als angezeigt, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Katja Ammann eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Ihre Entschädigung bemisst sich nach der von ihr eingereichten Honorarnote (KG act. 3).

2. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, hätte das Bundesgericht zu entscheiden.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Kassationsverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Der Beschwerdeführerin wird für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin ..... eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.

3. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin, Rechtsanwältin ....., wird für ihre Bemühungen und Aufwendungen im Kassationsverfahren mit Fr. 2'072.50.-- (inkl. Barauslagen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Entscheides des Obergerichtes vom 8. Januar 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (Proz.-Nr. FE060300), je gegen ES.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär:

