



---

Kass.-Nr. AA080091/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli und der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 19. Mai 2009**

in Sachen

**X.**

Gesuchstellerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

**Z.**

Gesuchsteller, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

**unentgeltliche Prozessführung / unentgeltliche Rechtsvertretung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2008 (LQ080006/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien stehen in einem Scheidungsprozess vor dem Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_. Sie stellten die Gesuche, es sei ihnen für diesen Prozess die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu gewähren (OG act. 3 S. 2). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2007 wies der Einzelrichter diese Gesuche ab (OG act. 3). Dagegen rekurrierte die Beschwerdeführerin ans Obergericht des Kantons Zürich. Dessen I. Zivilkammer wies den Rekurs mit Beschluss vom 23. April 2008 ab (KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 23. April 2008 reichte die Beschwerdeführerin innert Frist (OG act. 20/2, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie im Wesentlichen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und es sei ihr für die vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Ferner beantragt sie auch für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 1 S. 2). Auf Ersuchen der Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 2, act. 10) und im Einverständnis mit dem Beschwerdegegner (KG act. 11) wurde mit der Einholung der Beschwerdeantwort bis zum 30. Juni 2008 zugewartet (KG act. 5, act. 12). Mit seiner Beschwerdeantwort vom 30. Juli 2008 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde (KG act. 17). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 19, act. 20/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht. Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9).

**II.**

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Ein solcher ist nur unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1

ZPO selbständig (d.h. unabhängig vom Endentscheid) anfechtbar. Diese Voraussetzungen sind bei einer Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung regelmässig erfüllt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5b zu § 282; Kass.-Nr. AA080058 vom 16.2.2009 mit weiteren Hinweisen). Unter diesem Aspekt ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten.

2. Die Vorinstanz erwog, unumstrittenerweise verfügten die Parteien über Vermögen in Form der ehelichen Liegenschaft (Einfamilienhaus; KG act. 2 S. 3 Erw. 2.a). Nach konstanter vorinstanzlicher Praxis seien Parteien, welche ihr Vermögen in Sachwerten, namentlich Immobilien, angelegt hätten, in Bezug auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht besser zu stellen als solche, welche ihr Vermögen auf ein Sparbuch gelegt oder in Wertschriften angelegt hätten und von denen ohne weiteres erwartet werde, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses sofort das Geld abheben oder die Wertschriften veräusserten. Wenn das Vermögen in Form von Grundstücken vorhanden sei, müsse daher verlangt werden, dass diese belehnt oder nötigenfalls verkauft würden. Dies gelte auch, wenn die Liegenschaft von einer Partei selbst bewohnt werde. Allerdings setze die Berücksichtigung jeglichen Vermögens voraus, dass dieses bei Anhängigmachung des Prozesses verfügbar sei (KG act. 2 S. 4 Erw. 3.a). Wer einen Prozess führen wolle - wie vorliegend die Parteien ihren Ehescheidungsprozess auf gemeinsames Begehren -, habe zuerst selber dafür Sorge zu tragen, dass er die für die Führung des Prozesses nötigen Geldmittel aufbringen könne. Dazu gehöre auch die Verwertung vorhandener Vermögenswerte, vorliegend die Liquidierung der in der Liegenschaft enthaltenen Eigenmittel. Es gehe nicht an, diese Verwertung vor Prozessbeginn zu unterlassen, weil die Beschwerdeführerin das Haus behalten möchte, um sich dann vom Staat den Prozess finanzieren zu lassen (KG act. 2 S. 4 Erw. 2.b). Es sei von einem Verkehrswert der Liegenschaft von mindestens Fr. 780'000.-- auszugehen. An Passiven seien hypothekarische Darlehen von Fr. 500'000.-- und grundsätzlich eine weitere Darlehenschuld von Fr. 150'000.-- gegenüber der Mutter (recte wohl: Schwiegermutter; OG act. 5/3, act. 5/5 S. 6, S. 16 f., act. 5/6) der Beschwerdeführerin sowie eine Rückzahlungsverpflichtung für vorbezogene Pensionskassen-

gelder von rund Fr. 50'000.-- belegt. Die Beschwerdeführerin wolle noch eine offene Handwerkerrechnung über Fr. 27'600.-- abgezogen haben. Aufgrund des Zeitablaufs sei davon auszugehen, dass diese Schuld verjährt sei. Daher sei sie für die Frage der Mittellosigkeit nicht zu berücksichtigen. In der ehelichen Liegenschaft sei somit ein (Netto-)Vermögen von mindestens Fr. 80'000.-- enthalten. Bei einer hälftigen Teilung resultiere für jede Partei ein Betrag von mindestens Fr. 40'000.--. Dieser Betrag sei für die Führung eines vernünftig geführten Scheidungsprozesses bei weitem ausreichend. Daher sei (auch im Rekursverfahren) die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin zu verneinen und ihr Armenrechtsgesuch abzuweisen (KG act. 2 S. 5 f.). Dieses Gesuch wäre - so die weiteren Erwägungen der Vorinstanz - auch aus einem weiteren Grund abzuweisen. Die Beschwerdeführerin habe vor Erinstanz vortragen lassen, sie wolle die eheliche Liegenschaft zu Alleineigentum übernehmen. Sie habe die Zusage von Freunden und der Familie, das für die Ausgleichszahlung an den Beschwerdegegner und die Rückzahlung des Darlehens ihrer (recte: Schwieger-)Mutter nötige Geld aufbringen zu können. Nach ihrer eigenen Vorstellung betrage die Ausgleichszahlung an den Beschwerdegegner rund Fr. 20'000.--. Das Darlehen der Schwiegermutter betrage Fr. 150'000.--. Die Beschwerdeführerin sei demnach offenbar in der Lage, innert nützlicher Frist Kredite von rund Fr. 170'000.-- erhältlich zu machen. Auch aus diesem Grund könnte sie somit nicht als mittellos angesehen werden (KG act. 2 S. 6 f.).

3. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, mit Eheschutzverfügung vom 20. Februar 2006 sei ihr die eheliche Liegenschaft für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung für sich und die Kinder zugewiesen worden. Im Eheschutzverfahren sei sie nicht darauf hingewiesen worden, dass die Liegenschaft verkauft werden müsse. Vielmehr sei ihr in jenem Verfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt worden (KG act. 1 S. 4). Nach Ablauf der zweijährigen Trennungsdauer habe der Beschwerdegegner die Scheidungsklage eingereicht (KG act. 1 S. 5). Weil gemäss Art. 114 ZGB ein Ehegatte nach einer mindestens zweijährigen Trennungsdauer die Scheidung verlangen könne, habe die Beschwerdeführerin ihr Einverständnis mit der Ehescheidung unterzeichnet und damit ein gemeinsames Scheidungsbegehren ermöglicht (KG act. 1 S. 5 f.).

Tatsächlich handle es sich aber mit Ausnahme der Frage der Scheidung als solcher um einen strittigen Scheidungsprozess, in welchem sie Beklagte sei. Die vorinstanzliche Feststellung, sie führe einen Scheidungsprozess auf gemeinsames Begehren, und die daraus gezogene Folgerung (sie hätte vor Einleitung des Prozesses allenfalls durch Verkauf der Liegenschaft dafür Sorge tragen müssen, die für die Führung des Prozesses nötigen Geldmittel aufbringen zu können), seien willkürlich bzw. § 84 ZPO verletzend (KG act. 1 S. 6). Ein allfälliges Vermögen sei nicht innert angemessener Frist verfügbar oder realisierbar (KG act. 1 S. 7). Es lasse sich nicht mit § 84 ZPO vereinbaren, von einer Partei zu verlangen, zuerst zu sparen, bevor sie einen Prozess führe; schon gar nicht, wenn sie sich wie vorliegend gegen die Führung eines Prozesses gar nicht wehren könne und Beklagte sei. Die Vorinstanz spreche der Beschwerdeführerin im Ergebnis das Recht ab, im Scheidungsprozess die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft zu verlangen. Damit nehme die Vorinstanz in unzulässiger Weise die Entscheidung im Scheidungsprozess vorweg (KG act. 1 S. 8). Überdies sei es willkürlich, dass die Vorinstanz davon ausgehe, die offene Rechnung der A. AG über Fr. 27'000.-- sei verjährt (KG act. 1 S. 9). Aktenwidrig und willkürlich seien auch die vorinstanzlichen Erwägungen dazu, dass die Beschwerdeführerin Kredite für die Prozessführung erhältlich machen könne. Die Vorinstanz habe dabei die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Finanzierung der ehelichen Liegenschaft bei einer Übertragung in ihr Alleineigentum nur unvollständig bzw. teilweise gar nicht berücksichtigt. Sie habe vor Erstinstanz ausführen lassen, dass sie sich eine Entlastung durch einen weiteren Vorbezug ihrer Pensionskasse nach Erhalt des Anteils vom Beschwerdegegner verspreche. Es sei von einem solchen Anspruch ihrerseits von über Fr. 50'000.-- auszugehen (KG act. 1 S. 10). Die vorinstanzliche Annahme, die Beschwerdeführerin könne sich einfach Kredite in beliebiger Höhe unabhängig von der Verwendung des Geldes beschaffen, sei willkürlich. Die Kredite seien ihr, wie sie in ihrem Plädoyer vor Erstinstanz dargelegt habe, einzig für die Übernahme der Liegenschaft in Aussicht gestellt worden, nicht für die Bezahlung von Gerichts- und Anwaltskosten (KG act. 1 S. 11). Die Beurteilung, eine Partei, welche für die Übernahme eines Vermögenswertes (i.c. den Miteigentumsanteil des Beschwerdegegners an der

ehelichen Liegenschaft) bereit sei, weitere Schulden zu machen, müsse auch bereit und in der Lage sein, sich zur Führung und Finanzierung eines ordentlichen Zivilprozesses zu verschulden, widerspreche § 84 ZPO. Diese Bestimmung garantiere mittellosen Parteien die unentgeltliche Prozessführung, und es könne von einer Partei nicht verlangt werden, zur Führung eines Prozesses vorweg Schulden zu machen. Zwar könne von einer Partei verlangt werden, den Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage besitze, auszuschöpfen. Einen solchen Kredit besitze die Beschwerdeführerin entgegen der willkürlichen Annahme der Vorinstanz aber nicht, und es dürfe von ihr im Lichte von § 84 ZPO nicht verlangt werden, dass sie sich neben dem für die Übernahme der Liegenschaft notwendigen Geld zusätzlich für die Führung des Prozesses vorweg verschulde (KG act. 1 S. 11). Die vorinstanzliche Erwägung bedeute, dass jede Partei, welche unentgeltliche Prozessführung verlange, zuerst beweisen und belegen müsste, dass sie nicht irgendwo, sei es bei Freunden, Verwandten oder einem Kreditinstitut, ein Darlehen aufnehmen könne (KG act. 1 S. 11 f.).

4. Tatsächlich erscheinen die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb abzuweisen sei, weil in Form der ehelichen Liegenschaft verwertbares Vermögen vorhanden sei und die Beschwerdeführerin diese Liegenschaft zur Prozessfinanzierung vor Einleitung des Scheidungsprozesses hätte verkaufen müssen, wenn sie die für den Prozess benötigten Mittel nicht anderweitig erhältlich machen konnte, ohne Ansetzung einer angemessenen Frist zum Verkauf der Liegenschaft und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bis zum Ablauf dieser Frist (vgl. dazu etwa ZR 96 [1997] Nr. 51 und Urteil des Bundesgerichts 5A\_294/2008 vom 18.8.2008 [in SZPP 1/2009 S. 41 ff.]), als zweifelhaft. Die Hinweise der Beschwerdeführerin darauf, dass sie vor Prozessbeginn nicht damit rechnen musste, die Liegenschaft zur Prozessfinanzierung verkaufen zu müssen, weil ihr diese Liegenschaft ja gemäss eheschutzrichterlicher Verfügung vereinbarungsgemäss für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung für sich und die Kinder überlassen wurde, der Eheschutzrichter ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt hatte, ohne dass von einem nötigen Verkauf der Liegenschaft zur Prozessfinanzierung die Rede gewesen wäre (vgl. KG act. 3/2), und

dass ja nicht etwa sie, sondern der Beschwerdegegner den Scheidungsprozess eingeleitet hatte (KG act. 3/4), sie bezüglich der streitigen Fragen wohl in der Beklagtenrolle ist (KG act. 3/4 und 3/5) und sie damit kaum die Möglichkeit hatte, mit der Prozesseinleitung bis zum Verkauf der Liegenschaft zuzuwarten, scheinen begründet und berechtigt (vgl. Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 88). Der Einwand des Beschwerdegegners, bereits im Eheschutzverfahren sei die Notwendigkeit eines Verkaufs des Einfamilienhauses festgehalten worden (KG act. 17 S. 2 Ziff. 3), ist nicht begründet. Der von ihm dazu angerufene Protokollauszug aus einer Eheschutzverhandlung vom 23. November 2005 (KG act. 18/2) beinhaltet lediglich eine Befragung von ihm mit der Äusserung seiner eigenen Meinung, dass sich die Parteien das Haus nicht leisten könnten und es gut wäre, es gemeinsam ab April 2006 zum Verkauf auszuschreiben. Daraus musste die Beschwerdeführerin nicht entnehmen, dass sie die schliesslich mit Vereinbarung vom 24. Januar 2006 ihr zur Benutzung mit den Kindern überlassene Liegenschaft (KG act. 3/2 S. 2 f.) zur Finanzierung der Prozesskosten eines allfälligen künftigen Scheidungsprozesses hätte veräussern müssen. Fehl geht demgegenüber auch die Beschwerdeführerin mit der Auffassung, das Nettovermögen der ehelichen Liegenschaft dürfe ihr grundsätzlich nicht bei der Prüfung ihrer für das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geltend gemachten Mittellosigkeit angerechnet werden und ihr Wille zur alleinigen Übernahme der ehelichen Liegenschaft gehe der Obliegenheit der Ausnützung der eigenen Leistungsfähigkeit vor Inanspruchnahme staatlicher Unterstützung vor. Die Beschwerdeführerin scheint der Auffassung zu sein, der Staat habe ihr den Erwerb des Miteigentumsanteils des Beschwerdegegners an der ehelichen Liegenschaft durch Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu ermöglichen. Das liegt indes nicht im Sinn und Zweck dieses Instituts.

Diese Fragen brauchen aber im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geklärt zu werden, da sich aus einem andern Grund erweist, dass die Beschwerde abzuweisen ist:

5. Den Vorinstanzen hatte die Beschwerdeführerin ein Schreiben der B. AG vom 10.1.2008 eingereicht. Demnach hatte die Beschwerdeführerin diese Bank zwecks Abgeltung von güterrechtlichen Forderungen und/oder Rückzahlung des Darlehens ihrer Schwiegermutter (C.) angefragt, ob nebst einem Übertrag der Grundpfanddarlehen (auf die Beschwerdeführerin als alleinige Schuldnerin) auch eine gleichzeitige Erhöhung derselben möglich wäre. Dies bezeichnete die B. AG als gänzlich ausgeschlossen (OG act. 5/3). Vor Erstinstanz hatte die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit ihrem Antrag auf Zuweisung der ehelichen Liegenschaft zu Alleineigentum unter Übernahme der darauf bestehenden Schulden und Lasten und gänzlicher Freihaltung des Beschwerdegegners offeriert, die Ausgleichszahlung (an den Beschwerdegegner von nach ihrer Rechnung der Hälfte von Fr. 53'000.--) nach Rechtskraft der Scheidung und Übertragung der Liegenschaft in ihr Alleineigentum sofort vorzunehmen, ebenso wie die sofortige Rückzahlung des Darlehens der Mutter des Beschwerdegegners. Sie (die Beschwerdeführerin) habe die Zusage von Freunden und der Familie, dass sie dieses Geld aufbringen könne, ebenso habe sie die mündliche Zusage der Bank, dass sie weiterhin auch alleine Schuldnerin bleiben könne, wenn angemessene Unterhaltsbeiträge festgesetzt würden. Zudem verspreche sie sich eine gewisse Entlastung durch einen weiteren Vorbezug ihrer Pensionskasse nach Erhalt des Anteils vom Gesuchsteller (OG act. 5/5 [= ER act. 26] S. 17).

a) Zu Recht nahm die Vorinstanz gestützt auf diese Ausführungen an, die Beschwerdeführerin sei demnach offenbar in der Lage, innert nützlicher Frist Kredite von rund Fr. 170'000.-- erhältlich zu machen. Genau das ist nämlich der Inhalt der zitierten Ausführungen der Beschwerdeführerin selber. Im Gegensatz zur Behauptung in der Beschwerde hatte sie mit ihren Ausführungen auf S. 17 der Plädoyernotizen ER act. 26 nicht geltend gemacht, der ihr zustehende Anteil an der Austrittsleistung des Beschwerdegegners (seiner Pensionskasse) sei von den Fr. 170'000.-- vorweg in Abzug zu bringen. Vielmehr hatte sie behauptet, für "dieses Geld", nämlich die "Ausgleichszahlung" an den Beschwerdegegner von nach ihrer Berechnung rund Fr. 20'000.-- sowie das Darlehen ihrer Schwiegermutter von Fr. 150'000.--, insgesamt Fr. 170'000.--, habe sie die Zusage von Freunden und der Familie. "Zudem" - das ist zu verstehen als daneben, überdies,

neben dem bisher Ausgeführten, d.h. neben den Zusagen für diese Fr. 170'000.--  
- verspreche sie sich "eine gewisse Entlastung" durch einen weiteren Vorbezug  
ihrer Pensionskasse nach Erhalt des Anteils vom Beschwerdegegner (ER act. 26  
S. 17).

b) Zwar hatte die Beschwerdeführerin nicht erklärt, sie könne "dieses Geld"  
auch für die Finanzierung des Scheidungsprozesses erhältlich machen. Eben-  
sowenig hatte sie aber erklärt, sie könne diese Gelder nicht für die Finanzierung  
des Scheidungsprozesses erhältlich machen bzw. die Zusagen für diese Gelder  
seien zweckgebunden für die Übernahme der Liegenschaft und die Zusagen nur  
auf diesen Zweck beschränkt. Erklärte die Beschwerdeführerin (im Zusammen-  
hang mit ihrer Offerte für die Übernahme der Liegenschaft in ihr Alleineigentum),  
von Freunden und der Familie - also von verschiedenen Personen - sofort  
Fr. 170'000.-- erhältlich machen zu können, durfte die Vorinstanz daraus zulässi-  
gerweise annehmen, dass die Beschwerdeführerin auch - ganz wesentlich tiefere  
- Kredite für die Finanzierung des Scheidungsprozesses (evtl. statt für die Über-  
nahme der Liegenschaft) erhältlich machen kann, soweit das für sie nötig ist.

c) Die Beschwerdeführerin hat vor Inanspruchnahme staatlicher Hilfe für die  
Prozessführung den Kredit auszuschöpfen, den sie aufgrund ihrer Vermögens-  
lage erwarten darf (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 84; vgl. nachfolgend  
lit. f). Ihre Vermögenslage (Anteil am Nettowert der ehelichen Liegenschaft)  
ermöglicht grundsätzlich einen Kredit in der Grössenordnung bis mindestens  
Fr. 40'000.-- (welchen Betrag die Vorinstanz - insoweit von der Beschwerdeführe-  
rin unbeanstandet - als für die Führung eines vernünftig geführten Scheidungs-  
prozesses bei weitem ausreichend bezeichnete; KG act. 2 S. 6 lit. c) (vgl. auch  
dazu nachfolgend lit. f). Zwar machte die Beschwerdeführerin glaubhaft, dass die  
Bank, bei welcher die Parteien die bestehenden Hypotheken haben, zu keinem  
weiteren Kredit bereit ist. Handkehrum erklärte sie aber, von privater Seite Kredite  
von Fr. 170'000.-- erhältlich machen zu können. Damit machte sie nicht glaubhaft,  
dass es ihr auf keine Weise möglich sei, einen ihrer Vermögenslage entsprechen-  
den Kredit erhältlich machen zu können (vgl. auch dazu nachfolgend lit. e). In  
zulässiger Weise ging die Vorinstanz deshalb davon aus, die Beschwerdeführerin

könne "innert nützlicher Frist" einen Kredit erhältlich machen, mit welchem sie ihre Prozessführung finanzieren kann.

d) Zwar erscheint es als fraglich, ob eine im Übrigen bedürftige Partei zur Prozessfinanzierung Schulden begründen muss, welche ihr Nettovermögen übersteigen (falls sie überhaupt eine solche Möglichkeit hat). Grundsätzlich setzt Mittellosigkeit als eine Bedingung der unentgeltlichen Prozessführung voraus, dass die antragstellende Partei vorher ergebnislos alle ihre Hilfsmittel zur Finanzierung ihres Prozesses ausgeschöpft hat, auch ihre Arbeitskraft und selbst ihren Kredit, den sie genießt bzw. erhältlich machen kann, ohne dadurch in eine finanzielle Notlage zu geraten (vgl. ZR 68 [1969] Nr. 102; Beat Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, Diss. Aarau 1990, S. 89 - 91; Barbara Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Bern 2007, N 11.b zu § 80). Andererseits wird in der Lehre der Effektivitätsgrundsatz erwähnt, nach dem nur die eigenen und gegenwärtigen Mittel, die dem Gesuchsteller tatsächlich zur Verfügung stehen, berücksichtigt werden dürfen und Vermögenswerte effektiv vorhanden sein müssen, damit sie zur Bestreitung der Prozesskosten in die Beurteilung einbezogen werden dürfen; eine Verpflichtung, Schulden einzugehen, widerspreche dem Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege (Meichssner, a.a.O., S. 79, S. 87, mit Hinweisen; vgl. auch Andreas Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in AJP 1995 S. 181). In der Gerichtspraxis wird erwähnt, dass zur Bestimmung der Bedürftigkeit zwar auch das Vermögen und v.a. allfällige Immobilien zu berücksichtigen sind, dass sich die den Rechtsbeistand verweigernde kantonale Behörde aber der Willkür schuldig mache, wenn das Grundeigentum nicht mehr belastet werden könne (BGE 119 Ia 11 = Pra 84 [1995] Nr. 21). In der Regel wird einem Gesuchsteller bei der Berücksichtigung des Vermögens gar ein gewisser Notgroschen gelassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 362/05 vom 9.8.2005 Erw. 5.3), was impliziert, dass er zumindest nicht mehr als sein Nettovermögen einsetzen muss.

Auch diese Frage - ob ein Gesuchsteller vor Inanspruchnahme der staatlichen unentgeltlichen Rechtspflege eine Schuld eingehen bzw. einen Kredit auf-

nehmen muss, auch wenn er kein Nettovermögen hat und dadurch eine "Nettoschuld" begründete, wenn ihm dies (ausnahmsweise) möglich wäre - kann vorliegend aber offen gelassen werden. Die Beschwerdeführerin verfügt über Nettovermögen in Form der ehelichen Liegenschaft. Zwar gewährt die Bank darauf keinen weiteren Kredit; gemäss eigener Aussage kann aber die Beschwerdeführerin von privater Seite einen Kredit erhältlich machen, was ihr grundsätzlich bis zur Höhe des in der Liegenschaft gebundenen Nettovermögens auch zumutbar ist (dass sie dadurch wegen eventueller Kreditzinsen - welche sie ebenfalls nicht geltend machte - in eine Notlage geriete, behauptete sie nicht). Die vorinstanzliche Erwägung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Sachwerten angelegt haben, nicht besser zu stellen seien als solche, welche ihr Vermögen auf ein Sparbuch gelegt oder in Wertschriften angelegt haben (KG act. 2 S. 4 Erw. 3.a), ist angebracht und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht beanstandet. Was gewiss nicht angeht, ist das Ansinnen der Beschwerdeführerin, ihr durch Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu ermöglichen, weiteres Vermögen (nämlich den Miteigentumsteil des Beschwerdegegners an der ehelichen Liegenschaft) zu erwerben.

e) Die Beschwerdeführerin hatte im erstinstanzlichen Verfahren ausführen lassen, dass der Verkehrswert des Einfamilienhauses der Parteien gemäss einer von ihr eingereichten Verkehrswertschätzung (ER act. 23/35) Fr. 780'000.-- betrage. Bei der Berechnung einer Ausgleichszahlung (an den Beschwerdegegner bei der beantragten Übernahme des Hauses in ihr Alleineigentum) seien die Bankschulden von Fr. 500'000.--, die Darlehensschulden bei der Mutter des Beschwerdegegners von Fr. 150'000.--, ein Vorbezug aus ihrer Pensionskasse von rund Fr. 50'000.-- sowie eine offene Handwerkerrechnung von Fr. 27'000.-- in Abzug zu bringen. Daraus resultiere ein Betrag von Fr. 53'000.-- (damit gemeint: das Nettovermögen in Form des Einfamilienhauses, von welchem sie bei einer Übernahme in ihr Alleineigentum die Hälfte dem Beschwerdegegner auszuzahlen einverstanden war) (ER act. 26 S. 17).

aa) Die Vorinstanz durfte im Rahmen der Prüfung der beantragten unentgeltlichen Rechtspflege davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin zumindest

kein tieferes Nettovermögen hat, als sie selber angegeben hatte. Einerseits hatte die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin ein Interesse daran, ihr Vermögen, insbesondere in Form des Einfamilienhauses, das sie ganz in ihr Alleineigentum zu übernehmen beabsichtigt, zumindest nicht zu hoch zu schildern. Andererseits sind keine Anhaltspunkte für eine zu hohe Schilderung bzw. Bewertung ersichtlich.

bb) Die Vorinstanz durfte deshalb von einem Verkehrswert des Einfamilienhauses von (mindestens) Fr. 780'000.-- ausgehen sowie davon, dass die Beschwerdeführerin alle davon in Abzug zu bringenden Passiva geltend gemacht hatte.

cc) Die Vorinstanz brachte bei der Prüfung der Höhe des Vermögens vorab belegte Darlehensschulden von Fr. 500'000.-- und Fr. 150'000.-- in Abzug (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.b).

dd) Sodann brachte die Vorinstanz bei der Prüfung der Höhe des Nettovermögens eine "rekursweise geltend gemachte Rückzahlungsverpflichtung für die vorbezogenen Pensionskassengelder von rund Fr. 50'000.--" in Abzug (KG act. 2 S. 5 Erw. 4.b). Dabei handelt es sich um eine Auszahlung der D. Freizügigkeitsstiftung 2. Säule zulasten des Freizügigkeitskontos der Beschwerdeführerin auf das Baukonto mit Anmerkung im Grundbuch gemäss Schreiben der Stiftung vom 7. Mai 2001 (ER act. 23/34/2). Im Grundbuch ist eine diesbezügliche Veräusserungs- und Belastungsbeschränkung "gemäss Art. 30 BVG" vermerkt (ER act. 20/6). Es erscheint als durchaus richtig, bei der Prüfung der Mittel, über welche die Parteien bei einer Veräusserung des Einfamilienhauses verfügen könnten, diese rund Fr. 50'000.-- auszuklammern (bzw. vom Nettowert in Abzug zu bringen), wie das die Vorinstanz getan hat, da diese rund Fr. 50'000.-- bei einer Veräusserung gebunden sind und die Parteien darüber nicht verfügen können, sondern sie in die Vorsorgeeinrichtung zurückbezahlen müssen (Art. 30d Abs. 1 BVG). Hingegen ist es fraglich, ob diese Fr. 50'000.-- auch bei einer Prüfung des Nettovermögens der Parteien bzw. der Beschwerdeführerin bzw. bei der Frage, ob die Parteien oder die Beschwerdeführerin überhaupt ein Nettovermögen haben und in welcher Höhe, in Abzug gebracht werden müssen.

Immerhin handelt es sich um einen Vermögensbestandteil, auch wenn dieser gebunden ist. Auch diese Frage kann indes vorliegend offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin auch ohne Berücksichtigung dieser Fr. 50'000.-- bzw. auch dann, wenn auch diese Fr. 50'000.-- vom Nettovermögen der Parteien in Abzug gebracht werden, ein Nettovermögen hat, das bei der Möglichkeit des Krediterhalts die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausschliesst.

ee) Die Beschwerdeführerin machte geltend, aus dem Umbau des Einfamilienhauses sei noch eine Handwerkerrechnung in der Grössenordnung von Fr. 27'000.-- offen (ER act. 26 S. 16 f.) bzw. vom Verkehrswert sei auch "die offene Handwerkerrechnung von Fr. 27'000.-- in Abzug zu bringen" (ER act. 26 S. 17). Damit meinte sie die vom Beschwerdegegner eingereichte Schlussrechnung der A. AG vom 23.11.2001 (ER act. 20/9; OG act. 2 S. 4). Handwerkerrechnungen verjähren mit Ablauf von 5 Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR). Dass die Verjährungsfrist gegenüber der A. AG irgendwann unterbrochen worden wäre, behauptete die Beschwerdeführerin nicht, substantiierte sie nicht und belegte sie nicht. Dass die Vorinstanz bei der Prüfung des Vermögens der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit ihrem Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Entscheid vom 23. April 2008 - also mehr als 6 Jahre nach Ausstellung der Schlussrechnung - diese Fr. 27'000.- mit dem Hinweis auf die Verjährung nicht als glaubhaft gemachte vermögensreduzierende Schuld in Anrechnung brachte, ist deshalb nicht zu beanstanden. Damit wird im Gegensatz zur Behauptung der Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 9 Ziff. 9.2) auch in keiner Weise ein allfälliger Gerichtsentscheid zwischen den Parteien und der A. AG vorweggenommen, zumal die Beschwerdeführerin nicht einmal behauptete, dass die A. AG irgendwelche rechtlichen Schritte zur Einforderung dieser Fr. 27'000.-- eingeleitet hatte, geschweige denn dass diesbezüglich ein Gerichtsverfahren hängig ist.

ff) Selbst wenn die fraglichen Fr. 50'000.-- Vorbezug aus der Pensionskasse der Beschwerdeführerin nicht als Vermögen angerechnet bzw. vom Nettovermögen in Abzug gebracht werden, ist die vorinstanzliche Feststellung, dass in der ehelichen Liegenschaft ein den Parteien (bei der Prüfung der unentgeltlichen

Rechtspflege) anzurechnendes Nettovermögen von mindestens Fr. 80'000.-- enthalten ist (KG act. 2 S. 6 lit. c), mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet.

gg) Ist damit von einem Nettovermögen der Parteien von mindestens Fr. 80'000.-- auszugehen, ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin - bei der zulässigen Feststellung einer grundsätzlichen Möglichkeit, Kredit in dieser Grössenordnung erhältlich zu machen - eine Kreditmöglichkeit im Umfang einer allfälligen Vorschusspflicht für den Scheidungsprozess und der Anwaltskosten dafür anrechnet, sie deshalb nicht als mittellos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO ansah (KG act. 2 S. 7 oben) und deshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abwies.

f) Bei den Umständen des vorliegenden Falles geht auch der Einwand der Beschwerdeführerin fehl, diese Rechtsanwendung bedeute, dass jede Partei, welche unentgeltliche Prozessführung verlange, zuerst beweisen und belegen müsste, dass sie nicht irgendwo, sei es bei Freunden, Verwandten oder einem Kreditinstitut, ein Darlehen aufnehmen könne (KG act. 1 S. 11 f.). Liegen keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche Möglichkeit vor, hat eine Partei keinen solchen Negativbeweis zu erbringen. Im vorliegenden Fall verfügen aber die Parteien über ein Nettovermögen von mindestens Fr. 80'000.-- und erwähnte die Beschwerdeführerin selber, Zusagen für Kredite im Umfang von Fr. 170'000.-- zu haben. Aufgrund dieser eigenen Sachdarstellung der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass sie auf ihrem Nettovermögen im Umfang des für die Prozessführung Benötigten Kredit erhalten kann. Unter diesen speziellen Umständen wäre es an der Beschwerdeführerin gelegen, zur Glaubhaftmachung ihrer Behauptung, dass sie trotzdem im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO mittellos sei, darzutun, dass diese Kreditmöglichkeiten nur zweckgebunden für den Erwerb des Anteils des Beschwerdegegners am Einfamilienhaus zugesagt wurden und sie für die Prozessführung keinen Kredit (dieser grundsätzlichen Kreditmöglichkeit) erhältlich machen kann. Diese Annahme aufgrund der speziellen konkreten Umstände beinhaltet keineswegs die von der Beschwerdeführerin gerügte Konsequenz (dass jede Partei, welche unentgeltliche Prozessführung verlangt, zuerst

beweisen und belegen müsste, dass sie nicht irgendwo, sei es bei Freunden, Verwandten oder einem Kreditinstitut, ein Darlehen aufnehmen kann).

6. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe schliesslich (im Rekursverfahren) geltend gemacht, die Erstinstanz habe sich überhaupt nicht mit den Einkommens- und Bedarfsverhältnissen auseinandergesetzt. Es bleibe aber unklar, was die Beschwerdeführerin daraus ableiten wolle. Denn die Erstinstanz habe die Mittellosigkeit ja nicht deswegen verneint, weil die Beschwerdeführerin mit ihren laufenden Einkünften zur Prozessfinanzierung in der Lage sei, sondern wegen des Vorhandenseins von Vermögen. Auf dieses Vorbringen sei daher nicht weiter einzugehen (KG act. 2 S. 7 Erw. 6.a). Gleichwohl ging die Vorinstanz im Folgenden mit der Einleitung "Im Übrigen" auch darauf ein (KG act. 2 S. 7 ff. Erw. 6.b).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe auch bei der Gegenüberstellung von Einkünften und Bedarf ihre Armenrechtsgesuche abgewiesen. Dabei habe sie sich nicht konkret mit den Einkünften und dem Bedarf der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Die vorinstanzliche Begründung dafür sei mangelhaft und verletze einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 12). Sodann sei die Annahme einer Haushaltsgemeinschaft der Beschwerdeführerin mit ihrem Freund E. aktenwidrig und willkürlich (KG act. 1 S. 13 - 15).

b) Die Vorinstanz wies das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege schon deshalb ab, weil sie für die Prozessführung Kredite erhältlich machen könne. Diesbezüglich wies die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nach. Deshalb kommt es auf die zusätzlichen Erwägungen der Vorinstanz zu Einkommen und Bedarf nicht mehr an. Selbst wenn diese mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet wären, könnte dies nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen, da die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen des erstgenannten Grundes bestehen bliebe. In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin durch die zusätzliche Begründung nicht belastet, erfolgte diese nicht im Sinne von

§ 281 ZPO zu ihrem Nachteil und ist auf die dagegen gerichteten Rügen nicht weiter einzugehen.

7. Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin bei der vorinstanzlichen Alternativbegründung für die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege, nämlich dass sie Kredite für die Finanzierung ihrer Prozessführung erhältlich machen könne und ihr dies bei ihrem Vermögen zumutbar sei, keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb abzuweisen. Aus dem gleichen Grund ist auch das von der Beschwerdeführerin speziell auch für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels Mittellosigkeit abzuweisen. Aufgrund der Abweisung der Beschwerde ist das vom Beschwerdegegner nur für den gegenteiligen Fall ebenfalls gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 17 S. 3) obsolet.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der im Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegner legte nicht substantiiert dar, dass ihm durch das Beschwerdeverfahren ein Schaden entstand. Für im Sinne von § 69 ZPO zu schätzende Druck-, Kopier- und Portospesen ist er von der Beschwerdeführerin mit Fr. 100.-- zu entschädigen.

### IV.

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 nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.-- zu bezahlen.
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. Es handelt sich um ein Scheidungsverfahren und damit um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (FE070072), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: