

Strafe, unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB) unerlässlich ist, damit dem Angeklagten eine nicht gänzlich ungünstige Prognose gestellt werden kann.

OGer 08.12.2009

2.3 Zivilprozess

3539

Unentgeltliche Rechtspflege (Art. 87 ff. ZPO). Entzug. Die unentgeltliche Rechtspflege kann einer Partei rückwirkend entzogen werden, wenn die Voraussetzungen dafür im Laufe des Verfahrens dahin gefallen sind und auch künftig nicht mehr gegeben sind. Hingegen besteht der Honoraranspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters gegenüber der Staats- bzw. Gerichtskasse im Falle des rückwirkenden Entzugs seiner Bestellung bis zum Entscheid darüber weiter. Nach Abschluss des Verfahrens wird indessen zu prüfen sein, ob die betroffene Partei dem Staat die Auslagen für ihren Rechtsvertreter gestützt auf Art. 91 ZPO zurückzuerstatten hat.

Aus den Erwägungen:

Auch S.M. wurde mit Verfügung des Obergerichtspräsidenten vom 20. Dezember 2006 die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gewährt. Als unentgeltlicher Rechtsbeistand wurde RA lic. iur. E. eingesetzt.

Anlässlich der abschliessenden Beratung gelangte das Obergericht zum Schluss, dass (auch) bei S.M. die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung nicht (mehr) gegeben sind und es erwog, die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung rückwirkend per Einleitung des Appellationsverfahrens zu entziehen. Es gewährte dem Appellaten daher im Urteil vom 23. März 2009 Gelegenheit, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen. RA lic. iur. E. liess sich mit Eingabe vom 6. April 2009 vernehmen.

Dabei brachte er im Wesentlichen vor, das Obergericht sei gegenüber der Vorinstanz von einem höheren monatlichen Nettoeinkommen ausgegangen. Abgesehen von einer teuerungsbereinigten Lohnerhöhung von CHF 96.00 seien dem Appellaten jedoch keine zusätzlichen Leistungen zugekommen. Teuerungsbedingt seien jedoch auch die Ausgaben wie Krankenkasse, Steuern etc. angestiegen. Der Wochenend- und Nachtdienst falle unregelmässig aus resp. es bestehe kein Anspruch darauf; die entsprechenden Zulagen dürften deshalb nicht berücksichtigt werden. An der Unterhaltsverpflichtung des Appellaten habe sich gegenüber der vorsorglichen Massnahmeverfügung vom 19. Januar 2006 nichts geändert. Es sei nicht ersichtlich, was sich seit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege am 20. Dezember 2006 geändert habe. Art. 88 Abs. 3 ZPO besage, dass die Bewilligung widerrufen werden könne, wenn sich nachträglich ergebe, dass die Voraussetzungen nicht oder nicht mehr gegeben seien. Wäre das Obergericht im Laufe des Verfahrens zum Ergebnis gelangt, die Voraussetzungen seien nicht mehr gegeben, so hätte der Entzug der Bewilligung ab dato der Androhung des Entzuges diskutiert werden können. Der nun angedrohte Entzug ex tunc verstosse gravierend gegen Treu und Glauben. Dies würde im Klartext bedeuten, dass die Voraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung schon im Jahre 2006 nicht (mehr) gegeben gewesen wären. Die unentgeltliche Rechtsverbeiständung bilde für den beauftragten Anwalt eine Zusage, dass er ein Mandat trotz nicht vorhandener finanzieller Ressourcen beim Mandanten führen könne. Müsse er – ohne dass irgendein Hinweis diesbezüglich bestünde – mit einem nachträglichen Widerruf ex tunc rechnen, so würde das Institut der unentgeltlichen Verbeiständung ad absurdum geführt. Ein nachträglicher Widerruf ex tunc sei nur denkbar, wenn ein Mandant dem Gericht etwa bedeutende Einkommens- oder Vermögenswerte verschwiegen hätte, was hier nicht der Fall sei.

Ein Prozessbeteiligter gilt nach konstanter Rechtsprechung als bedürftig, wenn er die erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel angreift, die er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (BGE 124 I 2). Für die Bedürftigkeit sind die augenblicklichen Finanzverhältnisse massgebend (BGE 104 Ia 34). Dabei darf nicht nur auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt werden. Der zivilprozessuale Zwangsbedarf liegt nach der Praxis etwa 10–20 % über dem betrei-

bungsrechtlichen Existenzminimum (*Alfred Bühler*, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, SJZ 1998, S. 229). Nebst dem Einkommen des Gesuchstellers ist auch dessen Vermögen zu beachten (BGE 124 I 2), wobei nach der Ausserrhoeder Praxis ein sogenannter „Notgroschen“ von bis zu CHF 10'000.00 keine Berücksichtigung findet.

Nach Auffassung des Obergerichtes trifft es nicht zu, dass sich seit dem Urteil des Kantonsgerichtes beim Einkommen und Bedarf des Appellaten keine massgeblichen Veränderungen ergeben haben. So erzielt S.M. pro Monat ein – gegenüber dem von der Vorinstanz angenommenen – um rund CHF 450.00 höheres Einkommen. Kommt hinzu, dass sein Bedarf trotz höherer Ausgaben für das Wohnen, die Krankenkasse und die Steuern und in Berücksichtigung eines gemäss obiger Praxis erhöhten Grundbedarfes insgesamt abgenommen hat. Denn laut dem Urteil des Obergerichtes vom 23. März 2009 erhält S.M. als Sorgeberechtigter künftig nebst der Kinderzulage auch die Kinderrenten für A., insgesamt einen Betrag von CHF 1'196.00 pro Monat. Dem steht derzeit ein monatlicher Bedarf des Kindes von CHF 1'331.00 gegenüber. Das heisst, dass der Appellat lediglich noch im Umfang von CHF 135.00 und ab dem 28. September 2012 im Umfang von CHF 221.00 für A. aufzukommen hat. In Berücksichtigung dieser Tatsachen beläuft sich sein – nach den Kriterien über die unentgeltliche Rechtspflege erweiterter – Bedarf maximal auf CHF 3'753.00. Dem Appellaten wird damit künftig ein Überschuss von mindestens CHF 965.00 pro Monat verbleiben.

Die ausserrhoedische Zivilprozessordnung kennt keine explizite Regelung für den Fall, dass die Bedürftigkeit einer Partei mit unentgeltlicher Rechtspflege während des Verfahrens dahin fällt. Kommt die Partei mit unentgeltlicher Rechtspflege durch den Ausgang des Verfahrens oder auf anderem Wege in günstige wirtschaftliche Verhältnisse, so hat sie dem Staat die erlassenen amtlichen Kosten jedoch nachzuzahlen und die Auslagen zurückzuerstatten. Ausserdem ist sie im Verfahren betreffend Nachzahlung bzw. Rückerstattung zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Vorliegend haben sich die finanziellen Verhältnisse des Appellaten während des Verfahrens verbessert, und sie werden sich aufgrund des Urteils des Obergerichtes künftig noch weiter verbessern, sodass ihm jeden Monat über seinen nach den Kriterien über die unentgeltliche Rechtspflege errechneten, erweiterten Bedarf mehrere hundert

Franken zur freien Verfügung stehen. Kommt hinzu, dass die Appellantin die Liegenschaft in Bosnien gemäss der Vereinbarung der Parteien an Schranken vor der ersten Instanz längst hätte veräussern müssen. Nach Auffassung des Obergerichtes kann es nicht sein, dass eine Partei nach Abschluss des Verfahrens zur Rückerstattung verpflichtet werden kann, ihr die unentgeltliche Prozessführung aber nicht rückwirkend entzogen werden kann, wenn die Voraussetzungen dafür im Laufe des Prozesses dahingefallen und auch künftig nicht mehr gegeben sind (BGE 122 I 5 E. 4 mit Verweis auf BGE 111 Ia 276 E. 2a).

Zusammenfassend ist der Appellat nach Meinung des Gerichtes also ohne weiteres in der Lage, seinen Anteil an den amtlichen Kosten, der im übrigen erst nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils fällig wird und praxisgemäss in Raten abbezahlt werden kann, zu tragen (vgl. auch ZR 96 [1997] Nr. 50). Betreffend die Nebenfolgen der Ehescheidung ist S.M. die unentgeltliche Prozessführung somit rückwirkend per Einleitung des Appellationsverfahrens zu entziehen.

Beizupflichten ist RA lic. iur. E. indessen insofern, als er geltend macht, die Rechtsverteidigung stelle für den beauftragten Anwalt eine Zusicherung dar, dass er ein Mandat trotz nicht vorhandener finanzieller Ressourcen beim Mandanten führen könne. Müsse er mit einem nachträglichen Widerruf ex tunc rechnen, so würde das Institut der unentgeltlichen Verteidigung ad absurdum geführt.

Nach *Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer* (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2000, N 1 zu § 91 ZPO ZH) ist der rückwirkende Entzug der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters nur dann zulässig, wenn während des Prozesses die Mittellosigkeit der verbeiständeten Partei entfällt, nicht jedoch dann, wenn sich im Verlauf des Verfahrens die Aussichtslosigkeit ihres Standpunktes ergibt. Der rückwirkende Entzug der Bestellung hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Prozesshandlungen des Rechtsvertreters. Der Honoraranspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters gegenüber der Staats- bzw. Gerichtskasse besteht im Falle des rückwirkenden Entzugs seiner Bestellung bis zum Entscheid darüber weiter (vgl. auch ZR 96 [1997] Nr. 50).

Nach dem Gesagten ist RA lic. iur. E. für seine Bemühungen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Appellaten im Appellationsverfahren also mit CHF 14'465.60 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Staatskasse zu entschädigen. Nach Abschluss des Verfah-

rens wird indessen zu prüfen sein, ob S.M. dem Staat die Auslagen für seinen Rechtsvertreter gestützt auf Art. 91 ZPO zurück zu erstatten hat.

OGer, 19.05.2009

3540

Revision (Art. 148 ZGB und Art. 274 ff. ZPO). Ergänzung eines unvollständigen Urteils. Eine Scheidungskonvention ist nicht mangelhaft und es liegt kein Revisionsgrund vor, wenn die Ehegatten resp. ein Ehegatte bei der Ehescheidung bewusst Schulden verschweigen und diese im Scheidungsurteil daher unberücksichtigt bleiben. Im Übrigen sind Scheidungsurteile im Zweifel als erschöpfend anzusehen und nachträgliche Ansprüche in der Regel als ausgeschlossen zu betrachten.

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger lässt vorbringen, die Ehegatten hätten im früheren Instruktionsverfahren (K1Z 04 20) gemeinsame eheliche Schulden von rund Fr. 230'000.00 nicht deklariert, weshalb diese dann vom Gericht unberücksichtigt geblieben seien. Die Beklagte sei daher zu verpflichten, ihm den hälftigen Betrag der von ihm übernommenen Schulden, mithin Fr. 115'000.00, zu bezahlen. Insbesondere habe bei der Credit Suisse ein Konsumkredit in der Höhe von Fr. 53'000.00 bestanden, welchen er Ende des Jahres 2004 zurückbezahlt habe. Daneben habe seine Mutter eine weitere Hypothek auf ihrer Liegenschaft aufgenommen, damit er die gesamten Fr. 230'000.00 habe zurückzahlen können. Gleichzeitig habe er sich in einem Darlehensvertrag ihr gegenüber verpflichtet, für die Zinskosten von dann zumal 3¼ %, somit Fr. 7'475.00 pro Jahr, aufzukommen und eine jährliche Amortisation von Fr. 6'000.00 zu leisten. Die Restanz des Darlehensbetrages müsse er sich als Erbvorbezug anrechnen lassen.

Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch und lässt ausführen, dass „andere vermögensrechtliche Ansprüche“ als Rentenansprüche nicht der nachträglichen Abänderung unterlägen. Eine Überprüfung der rechtskräftig abgeschlossenen güterrechtlichen Auseinandersetzung sei – wenn überhaupt – nur noch im Rahmen einer Revision gemäss