

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV170003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Urteil vom 22. Juni 2017

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Meilen

betreffend **Vollstreckung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 11. April 2017 (EZ170001-G)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1.1. Die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren-Nr. EZ170001-G (A. \_\_\_\_\_ [vormals B. \_\_\_\_\_], Gesuchstellerin, und C. \_\_\_\_\_, Gesuchsgegner) wurden mit Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 13. Dezember 2006 geschieden. Gemäss genehmigter Vereinbarung der Parteien vom 31. August 2006 wurde das dazumal im Miteigentum der Parteien stehende Grundstück am D. \_\_\_\_\_-Weg ... in E. \_\_\_\_\_ mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils in das Alleineigentum des Gesuchsgegners übertragen (Urk. 4/3/1 S. 5, Dispositivziffer 3/16 lit. a). Im Weiteren verpflichtete sich der Gesuchsgegner dazu, mit der Gesuchstellerin einen Mietvertrag über die Liegenschaft abzuschliessen, wobei die Konditionen betreffend Vertragsdauer, Mietzins und Nebenkosten explizit in der Vereinbarung festgelegt wurden. Es wurde festgehalten, dass die Miete im Grundbuch vorgemerkt werde. Die Kosten der Vormerkung seien von den Parteien je zur Hälfte zu tragen (Urk. 4/3/1 S. 6, Dispositivziffer 3/16 lit. c). Sodann wurde vereinbart, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin ein bis am 31. Dezember 2020 befristetes Vorkaufsrecht an der Liegenschaft in E. \_\_\_\_\_ einräumt. Das Vorkaufsrecht werde unter hälftiger Übernahme der Kosten von den Parteien öffentlich beurkundet und im Grundbuch vorgemerkt (Urk. 4/3/1 S. 7, Dispositivziffer 3/16 lit. d). Zudem verpflichtete sich der Gesuchsgegner dazu, der Gesuchstellerin zur Abgeltung ihrer güter- und vorsorgerechtlichen Ansprüche eine Ausgleichszahlung in der Höhe von Fr. 90'000.- bzw. Fr. 20'449.- zu leisten. Die Gesuchstellerin verzichtete bis zum Verkauf der Liegenschaft bzw. bis zu ihrem Auszug aus dieser auf die Geltendmachung der Beträge. Der Gesuchsgegner verpflichtete sich, zulasten der Liegenschaft "ein entsprechendes Grundpfand zugunsten der Gesuchstellerin zu errichten" (Urk. 4/3/1 S. 7, Dispositivziffer 3/16 lit. e). Der Bestand der Ansprüche der Gesuchstellerin gemäss Scheidungsurteil ist unbestritten. Seit der Rechtskraft des Scheidungsurteils am 19. Januar 2007 wurde indes weder die Miete noch das Vorkaufsrecht im

Grundbuch vorgemerkt. Auch das Grundpfandrecht zulasten der Liegenschaft wurde nicht errichtet.

1.2. Mit Eingabe vom 17. Januar 2017 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Vollstreckungsgesuch. Sie beantragte, es sei das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ anzuweisen, die Ansprüche (Miete, Vorkaufsrecht) gemäss Scheidungsurteil im Grundbuch vorzumerken und es sei dem Gesuchsgegner unter Strafan drohung nach Art. 292 StGB und unter Androhung einer Ordnungsbusse zu befehlen, das Grundpfand gemäss Scheidungsurteil zu errichten (Urk. 4/1 S. 2 f., Anträge 1 bis 3). Weiter ersuchte die Gesuchstellerin um Erlass von superprovisorischen Massnahmen (Urk. 4/1 S. 4). Mit Verfügung vom 18. Januar 2017 wurde (unter anderem) das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen abgewiesen (Urk. 4/6). Ein von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 19. Januar 2017 diesbezüglich gestelltes Wiedererwägungsgesuch wurde mit Verfügung vom 23. Januar 2017 ebenfalls abgewiesen (Urk. 4/10; Urk. 4/11). Mit Verfügung vom 10. Februar 2017 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 7'750.- zu leisten (Urk. 4/17 S. 3, Dispositivziffer 2). In der Folge stellte sie mit Eingabe vom 21. Februar 2017 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 4/19 S. 1). Mit Verfügung vom 3. März 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin "um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege" zufolge Aussichtslosigkeit der anhängig gemachten Begehren ab (Urk. 4/21 S. 6 ff. und S. 11, Dispositivziffer 1). Sie setzte ihr erneut Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an (Urk. 4/21 S. 11, Dispositivziffer 3). Mit Eingabe vom 24. März 2017 änderte die Gesuchstellerin ihre Vollstreckungsanträge ab (Urk. 4/24 S. 1 f.). Gleichzeitig stellte sie das Gesuch, es sei die Verfügung vom 3. März 2017, was die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege betreffe, in Wiedererwägung zu ziehen und das entsprechende Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, einschliesslich der unentgeltlichen Verbeiständung gutzuheissen. Im Eventualstandpunkt ersuchte die Gesuchstellern um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Urk. 4/24 S. 3). Mit Verfügung vom 11. April 2017 wies die Vorinstanz das Wiederer-

wägungsgesuch sowie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab (Urk. 3 S. 5, Dispositivziffer 1).

2. Gegen die vorgenannte Verfügung hat die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Beschwerdeführerin) innert Frist Beschwerde erhoben (Urk. 1; Urk. 4/27/1). Sie stellt den folgenden Antrag (Urk. 1 S. 2):

"Es sei Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 11. April 2017 aufzuheben und der Beschwerdeführerin in Gutheissung des neuerlichen Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Verbeiständung durch den Unterzeichneten zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt) zu Lasten des Staates."

Mit Verfügung vom 26. April 2017 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 6 S. 3, Dispositivziffer 1). Mit der vorliegenden Beschwerde nicht angefochten wurde die Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs durch die Vorinstanz.

3. Dem Gesuchsgegner im Hauptverfahren kommt im Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2 m.Hinw.), weshalb von ihm keine Beschwerdeantwort einzuholen ist (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Auf das Einholen einer Stellungnahme der Vorinstanz (Art. 324 ZPO) ist zu verzichten.

4. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3 m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1

ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven. Sie müssen aber zumindest so weit vorgebracht werden können, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1 m.Hinw. auf BGE 139 III 466 E. 3.4).

5. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin ist nachfolgend nur soweit notwendig einzugehen.

## II.

1. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die für die Prozessführung erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer summarischen Prüfung nach den Verhältnissen zur Zeit, zu der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird (BGE 138 III 217 E. 2.2.4).

2. Die Vorinstanz hielt dafür, die Beschwerdeführerin begründe ihr neuerliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege damit, dass sich die beiden An-

nahmen in der Verfügung vom 3. März 2017 (fehlende Mitwirkung der Beschwerdeführerin und Kooperationsbereitschaft des Gesuchsgegners), mit welchen die Aussichtslosigkeit des Vollstreckungsgesuchs begründet worden sei, als unzutreffend erweisen würden. Gemäss Vorinstanz stellt nicht jede Urkunde, welche ein neueres Datum [als der gefällte erste Entscheid] trägt, ein Novum im rechtlichen Sinne dar. Vielmehr umfasse der Begriff der Noven erstmalige Sachvorbringen (neue Tatsachen oder Beweismittel), welche nach Eintritt der Novenschranke vorgebracht würden und dazu dienen, die gestellten Sachanträge in Form von Rechtsbehauptungen zu begründen und zu beweisen. Die neuen Vorbringen der Beschwerdeführerin und die neu eingereichten Unterlagen würden zwar allenfalls etwas über die (fehlende) Kooperationsbereitschaft des Gesuchsgegners - dies allerdings einzig in Bezug auf die Eintragung des bestehenden Mietvertrags - aussagen, sie würden jedoch nichts Neues hinsichtlich der im Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2006 fehlenden einseitigen, unbedingten Verpflichtung des Gesuchsgegners vorbringen. Die Aussichtslosigkeit des Vollstreckungsgesuchs sei in der Verfügung vom 3. März 2017 in erster Linie damit begründet worden, dass aus dem Wortlaut des Scheidungsurteils keine einseitige Verpflichtung des Gesuchsgegners hervorgehe, sondern die Umsetzung der Begehren der Beschwerdeführerin hinsichtlich vorgängiger öffentlicher Beurkundung und gemeinsamer Kostentragung ihrer Mitwirkung bedürfe. Diesbezüglich bringe die Beschwerdeführerin keine Noven vor und die neuen Vorbringen der Beschwerdeführerin würden nichts an der fehlenden einseitigen, unbedingten Verpflichtung des Gesuchsgegners zu ändern vermögen. Die Verhältnisse hätten sich demnach nicht geändert. Die Voraussetzungen für eine Klageänderung würden als nicht erfüllt erscheinen. Eine Klageänderung erscheine somit als unzulässig. Es sei demzufolge von Aussichtslosigkeit allein schon hinsichtlich der Klageänderung auszugehen. Ungeprüft könne bleiben, ob die geänderten Rechtsbegehren Aussicht auf Erfolg hätten. Entsprechend hat die Vorinstanz das (erneute) Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beschwerdeführerin abgewiesen (Urk. 3 S. 3 f. und S. 5, Dispositivziffer 1).

3.1. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 230 i.V.m. Art. 229 und Art. 227 ZPO. Sie betrachtet die von ihr mit Eingabe vom 24. März 2017 beantragte Klageänderung als zulässig (Urk. 1 S. 7).

3.2. Die Beschwerdeführerin hat mit Eingabe vom 24. März 2017 nicht nur ein neuerliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, sondern auch ihre Vollstreckungsbegehren gemäss Gesuchseingabe vom 17. Januar 2017 (zumindest teilweise) abgeändert (vgl. Urk. 4/1 S. 2 f.; Urk. 4/24 S. 1 ff.). Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt. Nach dem Novenschluss muss die Klageänderung zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen (Art. 227 Abs. 1 i.V.m. Art. 230 Abs. 1 ZPO). Auf das Vollstreckungsverfahren nach Art. 343 ff. ZPO sind die Bestimmungen des Summarverfahrens anwendbar (Art. 339 Abs. 2 ZPO). Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel, also das Erstellen einer Replik und einer Duplik, ist nicht vorgesehen. Anders als im ordentlichen Verfahren, in welchem sich die Parteien grundsätzlich zweimal uneingeschränkt äussern können, kommt ihnen diese Gelegenheit im summarischen Verfahren lediglich einmal zu. Die Parteien haben folglich ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig (vgl. hierzu *OGer ZH RT160191 vom 30.01.2017, E. 3.2*). Neue Tatsachen und Beweismittel die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven), sind zulässig (Art. 229 Abs. 1 ZPO).

3.3. Die neuen Begehren der Beschwerdeführerin sind in der gleichen Verfahrensart wie die ursprünglichen Begehren zu behandeln. Da es um die Vollstreckung derselben Verpflichtungen des Gesuchsgegners geht, ist der sachliche Zusammenhang zweifellos gegeben. Die Beschwerdeführerin machte mit Eingabe

vom 24. März 2017 geltend, die Parteien hätten sich am Morgen desselben Tages beim Notariat, Grundbuch- und Konkursamt F.\_\_\_\_\_ (fortan Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_) zur Vornahme der für die drei im Raum stehenden Grundbucheintragen nötigen Handlungen (Unterzeichnung und Beurkundung der entsprechenden Verträge und Anmeldungen) eingefunden. Den Parteien seien die "finalen Versionen des Pfandvertrags sowie des Vorkaufsrechtsvertrags einschliesslich der Anmeldungserklärungen" vorgelegt worden, welche Verträge das Grundbuchamt zusammen mit den Parteien erarbeitet habe. Betreffend die Mietvertragsvormerkung sei der Gesuchsgegner nicht bereit gewesen, die Vormerkung gestützt auf das Scheidungsurteil sowie den von den Parteien am 13. Mai 2007 abgeschlossenen Mietvertrag vorzunehmen. Er habe einen neuen Mietvertrag aufsetzen und so das Scheidungsurteil abändern wollen. Der Versuch, einen neuen Mietvertrag auszuarbeiten, sei gescheitert. In der Folge habe ihr Rechtsvertreter die Urkundsperson des Grundbuchamts F.\_\_\_\_\_, Frau G.\_\_\_\_\_, er sucht, betreffend die Mietvertragsvormerkung eine Vereinbarung aufzusetzen, wonach der Mietvertrag gemäss dem Scheidungsurteil sowie der Mietvertrag vom 13. Mai 2007 im Grundbuch vorgemerkt werde. Am 24. März 2017 habe Frau G.\_\_\_\_\_ diese von ihr erarbeitete Vereinbarung präsentiert. Der Gesuchsgegner habe daraufhin den Sitzungsraum - ohne die Vereinbarung durchzusehen - verlassen. Es hätten daher auch der vorbereitete Vorkaufsrechtsvertrag sowie der Pfandvertrag nicht öffentlich beurkundet werden können. Eintragungen ins Grundbuch seien nicht beantragt worden. Aufgrund des Verhaltens des Gesuchsgegners, so die Beschwerdeführerin weiter, könne weder gesagt werden, er habe ihre Ansprüche nie bestritten oder sei kooperationsbereit noch er sei zur Wahrung ihrer Rechte gewillt. Zur Belegung ihrer Behauptungen legt die Beschwerdeführerin die am 24. März 2017 vom Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ den Parteien ausgehändigten Verträge betreffend Vorkaufsrecht und Pfandrecht (Urk. 4/25/1-2, inklusive Grundregisteranmeldungen [Urk. 4/25/1-2, je S. 3]), die "Vereinbarung und Grundregisteranmeldung" (Urk. 4/25/5) und den von den Parteien am 13. Mai 2007 unterzeichneten "Allgemeine[n] Mietvertrag" (Urk. 4/25/7) sowie die mit Frau G.\_\_\_\_\_ geführte E-Mail Korrespondenz (Urk. 4/25/3 und 6) ins Recht (Urk. 4/24 S. 3 ff.). Damit beruft sich die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer (teils)



neu formulierten Vollstreckungsbegehren auf Tatsachen, welche sich erst nach Einreichung ihres Vollstreckungsgesuchs vom 17. Januar 2017 ereignet haben. Sie beruft sich auf echte Noven. Die Klageänderung erscheint als voraussichtlich zulässig.

4.1. Folglich kann das von der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. März 2017 gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (entgegen den Ausführungen der Vorinstanz) nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weil die Klageänderung unzulässig erscheine (Urk. 3 S. 4). Vielmehr ist zu prüfen, ob die, auf die neuen Tatsachenbehauptungen abgestützten, geänderten Vollstreckungsbegehren der Beschwerdeführerin als aussichtslos zu betrachten sind. Das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 24. März 2017 wurde für (zumindest teilweise) geänderte Vollstreckungsbegehren, die sich auf neue Tatsachen stützen, beantragt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Wiedererwägung bzw. neuerliche Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege in demselben Verfahren steht der Beurteilung des zweiten Gesuchs nicht entgegen (vgl. hierzu BGer 5D\_112/2015 vom 28. September 2015, E. 4.4.2 m.Hinw.). Die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten ist anhand der am 24. März 2017 vorliegenden Verhältnisse vorzunehmen.

4.2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei das Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ anzuweisen, den Mietvertrag gemäss Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2006 sowie gemäss dem entsprechenden Mietvertrag vom 13. Mai 2007 im Grundbuch auf dem Grundbuchblatt der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_-Weg ... in E.\_\_\_\_\_ für die Dauer bis 31. Dezember 2020 vorzumerken (Urk. 4/24 S. 2, Antrag 1.a). Eventualiter sei dem Gesuchsgegner unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB sowie unter Anordnung einer Ordnungsbusse von Fr. 1'000.- für jeden Tag der Nichterfüllung zu befehlen, die vom Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ vorbereitete Vereinbarung und Grundregisteranmeldung sowie den Allgemeinen Mietvertrag vom 13. Mai 2007, beide Urkunden bereits von der Gesuchstellerin unterzeichnet, zu unterzeichnen und dem Grundbuchamt im Original zur entsprechenden Vormerkung zukommen zu lassen (Urk. 4/24 S. 2 Antrag 1.b).

4.2.2 Im Vollstreckungsentscheid ist darüber zu befinden, ob die Vollstreckung bewilligt oder ob sie abgelehnt wird. Bewilligt der Vollstreckungsrichter die Vollstreckung, so hat er die Vollstreckungsmassnahmen gemäss Art. 343 ZPO anzuordnen. Dabei ist er nicht an die Anträge des Gesuchstellers gebunden. Er kann auch andere der Vollstreckung dienliche Anordnungen erlassen (BK ZPO-Kellerhals, Art. 341 N 31 ff.). Der Vollstreckungsrichter ist an den Inhalt des zu vollstreckenden Urteils gebunden. Ihm steht nur ein ganz eng bemessener Spielraum zu, Unklarheiten des Entscheids im Zuge der Vollstreckung zu bereinigen (BK ZPO-Kellerhals, Art. 341 N 37 m.Hinw. auf BGer 5A\_479/2008 vom 11. August 2009, E. 5.3). So ist es nicht statthaft, Ansprüche zu vollstrecken, die sich aus dem Dispositiv des Urteils nicht ableiten lassen, sondern nur als Folgeansprüche vom Gesuchsteller ins Vollstreckungsverfahren eingeführt werden (BK ZPO-Kellerhals, Art. 341 N 39). Die in Art. 343 Abs. 1 ZPO aufgelisteten Zwangsmassnahmen dienen der Vollstreckung von Urteilen, die entweder auf ein Tun, ein Unterlassen oder ein Dulden lauten. Die Verpflichtung zu einem Tun umfasst alle nicht auf Geld lautenden Leistungen, die der Urteilsschuldner zu erbringen hat (Handlungspflicht). Die im Gesetz vorgesehenen Zwangsmassnahmen zielen darauf ab, dass das versäumte Tun realiter nachgeholt wird (BK ZPO-Kellerhals, Art. 343 N 14). In Art. 344 ZPO gesondert geregelt ist die Abgabe einer Willenserklärung. Die Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung ist ein Anwendungsfall der Pflicht zu einem Tun. Art. 344 ZPO ergänzt die zur Durchsetzung solcher Pflichten in Art. 343 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Zwangsmassnahmen (BK ZPO-Kellerhals, Art. 344 N 2). Unter Art. 344 Abs. 1 ZPO fallen in erster Linie Willensäusserungen verstanden als Erklärungen eines Gestaltungswillens, ausgerichtet auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Die entsprechende Äusserung muss ersetzbar sein, was nur für Willenserklärungen bestimmten, zum Voraus feststehenden Inhalts zutrifft (BK ZPO-Kellerhals, Art. 344 N 3). Gegenstand von Art. 344 Abs. 1 ZPO können auch solche Willenserklärungen sein, die der Schuldner nicht gegenüber dem Gläubiger abzugeben, sondern an einen Dritten zu richten hat (z.B. an eine Registerbehörde). Betrifft die Erklärung ein öffentliches Register wie das Grundbuch, so erteilt

das urteilende Gericht der registerführenden Person die nötigen Anweisungen (Art. 344 Abs. 2 ZPO).

4.2.3 Gemäss Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2006 verpflichtete sich der Gesuchsgegner dazu, mit der Beschwerdeführerin einen Mietvertrag über die Liegenschaft D.\_\_\_\_\_-Weg ... in E.\_\_\_\_\_ abzuschliessen, wobei die Konditionen betreffend Vertragsdauer, Mietzins und Nebenkosten explizit in der von den Parteien geschlossenen und vom Gericht genehmigten Vereinbarung festgelegt wurden (Urk. 4/3/1 S. 6, Dispositivziffer 3/16 lit. c). Die Parteien haben unstrittig am 13. Mai 2007 den vereinbarten Mietvertrag über die Liegenschaft abgeschlossen. Dies geschah soweit ersichtlich in Erfüllung der sich aus dem rechtskräftigen Scheidungsurteil ergebenden Pflicht (vgl. Urk. 4/25/7 unter "Besondere Vereinbarungen", wo explizit festgehalten wurde, dass die "Regelung gemäss Scheidungsurteil vom Dezember 2006 gilt"). Weiter wurde vereinbart, dass die Miete im Grundbuch vorgemerkt werde (Urk. 4/3/1 S. 6, Dispositivziffer 3/16 lit. c). Auch wenn das Wort "verpflichten" nicht in der gewählten Formulierung auftaucht, geht aus dem Passus genügend klar hervor, dass eine Anmeldung zu erfolgen hat und die entsprechenden Handlungen durch den Gesuchsgegner vorzunehmen sind. So können persönliche Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 959 Abs. 1 ZGB). Dies ist bei der Miete der Fall (Art. 959 Abs. 1 ZGB und Art. 261b OR). Die Eintragung erfolgt auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Gemäss Scheidungsurteil wird der Gesuchsgegner mit Rechtskraft des Scheidungsurteils Alleineigentümer der Liegenschaft am D.\_\_\_\_\_-Weg ... in E.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/3/1 S. 5, Dispositivziffer 16 lit. a). Den Parteien, insbesondere dem Gesuchsgegner, musste bei der Unterzeichnung der Vereinbarung bewusst gewesen sein, dass er als Eigentümer gemäss dem gesetzlich vorgesehenen Anmeldungsablauf die für die Vormerkung (und damit die Eintragung) der Miete notwendigen Handlungen vorzunehmen hat. Aufgrund einer summarischen Prüfung ist somit eine Handlungspflicht und damit eine Verpflichtung des Gesuchsgegners zu bejahen. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Eingabe vom 24. März 2017 sodann zugesichert, die Hälfte der anfallenden Kosten zu übernehmen (Urk. 4/24 S. 8 f.; vgl. Urk. 4/3/1

S. 6, Dispositivziffer 3/16 lit. c). Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Vollstreckung von Dispositivziffer 3/16 lit. c des Scheidungsurteils verlangen kann. Offen bleiben kann, ob die Vollstreckung wie im Hauptbegehren beantragt, mittels analoger Anwendung von Art. 344 Abs. 1 ZPO angeordnet werden kann oder ob es diesbezüglich an einer genügend konkreten Formulierung fehlt. Die Wahl der Vollstreckungsmassnahme ist, wie angeführt, Sache des Vollstreckungsrichters. Aufgrund der am 24. März 2017 vorliegenden Sachlage präsentieren sich die Gewinnaussichten der Beschwerdeführerin nicht beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Die Frage der Kooperationsbereitschaft des Gesuchsgegners spielt keine Rolle. Bietet der Gesuchsuchsgegner Hand zur Vormerknahme, wird zu prüfen sein, wie das Verfahren abzuschreiben ist (Anerkennung oder Gegenstandslosigkeit). Es kann daher mit Bezug auf den Antrag 1 (Urk. 4/24 S. 1 f.) der Beschwerdeführerin nicht von voraussichtlich aussichtslosen Begehren ausgegangen werden.

4.3.1 Mit Eingabe vom 24. März 2017 ersuchte die Beschwerdeführerin weiter darum, es sei dem Gesuchsgegner unter Strafandrohung und Anordnung einer Ordnungsbusse zu befehlen, sich nach Terminabsprache mit ihr sowie dem Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ so bald als möglich, jedenfalls innert zwei Wochen nach Entscheideröffnung, zusammen mit ihr beim Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ zwecks Unterzeichnung und öffentlicher Beurkundung des Vorkaufsrechtsvertrages (Beilage 1 S. 1 bis 4 [Urk. 4/25/1]) sowie der entsprechenden Grundregisteranmeldung (Beilage 1 S. 5 [Urk. 4/25/2; Urk. 24 S. 2) einzufinden.

4.3.2 Gemäss Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2006 verpflichtete sich der Gesuchsgegner dazu, der Beschwerdeführerin ein bis am 31. Dezember 2020 befristetes Vorkaufsrecht an der Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_ einzuräumen. Weiter wurde vereinbart, das Vorkaufsrecht werde unter hälftiger Übernahme der Kosten von den Parteien öffentlich beurkundet und im Grundbuch vorgemerkt (Urk. 4/3/1 S. 7, Dispositivziffer 3/16 lit. d). Mit der Vorinstanz (in ihrem Entscheid vom 3. März 2017) kann davon ausgegangen werden, dass dem Wortlaut der Scheidungsvereinbarung keine einseitige Verpflichtung des Gesuchsgegners zu entnehmen ist. Vielmehr bedarf es mit Bezug auf die öffentliche Beurkundung des

Vorkaufsrechtsvertrags der Mitwirkung der Beschwerdeführerin. Sodann hat sie die Hälfte der anfallenden Kosten zu übernehmen (Urk. 4/21 S. 8). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 24. März 2017 haben die Parteien nunmehr zusammen mit dem Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ einen Vorkaufsrechtsvertrag ausgearbeitet (Urk. 4/24 S. 3). Der Vertrag wurde (samt der Vorlage für die "Grundregisteranmeldung") ins Recht gereicht (Urk. 4/25/1, insbesondere S. 5). Die Beschwerdeführerin wollte diesen Vertrag anlässlich des Termins beim Notariat am 24. März 2017 unterzeichnen. Der Gesuchsgegner hat die Sitzung verlassen und weder den Vorkaufsrechtsvertrag noch die Grundregisteranmeldung unterschrieben. Die Beschwerdeführerin ist bereit, die Hälfte der beim Notariat und Grundbuchamt anfallenden Kosten zu tragen. Dies wird im Vorkaufsrechtsvertrag (nochmals) explizit festgehalten (Urk. 4/25/1 S. 4). Die Gesuchstellerin ist ihren Verpflichtungen aus dem rechtskräftigen Scheidungsurteil somit nachgekommen bzw. hat nochmals deutlich gemacht, dass sie die Hälfte der Kosten übernehmen wird. Der Gesuchsgegner hat bis anhin weder den Vorkaufsrechtsvertrag noch die Grundregisteranmeldung unterzeichnet. Die Anmeldung des unterzeichneten Vorkaufsrechtsvertrags hat durch den Gesuchsgegner als Eigentümer der Liegenschaft zu geschehen (Art. 959 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216 Abs. 2 OR; wobei die Parteien die öffentliche Beurkundung trotz nicht zum Voraus bestimmtem Kaufpreis vereinbart haben [vgl. Art. 216 Abs. 3 OR]). Damit ist der Gesuchsgegner seinen sich aus dem Scheidungsurteil ergebenden Handlungspflichten bis anhin nicht nachgekommen. Betreffend die Frage der Kooperationsbereitschaft des Gesuchsgegners sowie der Tatsache, dass die konkret zu wählende Vollzugsmassnahme im Ermessen des Vollzugsrichters liegt, kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 4.2.3). Im Ergebnis ist nicht davon auszugehen, dass die Gewinnaussichten der Beschwerdeführerin beträchtlich geringerer sind als ihre Verlustgefahren. Der Vollzugsantrag 2 (Urk. 4/24 S. 2) ist nicht aussichtslos.

4.4.1 Weiter beantragte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. März 2017 dem Gesuchsgegner sei unter Strafandrohung und Anordnung einer Ordnungsbusse zu befehlen, sich nach Terminabsprache mit ihr sowie dem Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ so bald als möglich, jedenfalls innert zwei Wochen nach Ent-

scheideröffnung, zusammen mit ihr beim Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ einzufinden zwecks Unterzeichnung und öffentlicher Beurkundung des Pfandvertrags (Beilage 2, S. 1-3 [Urk. 4/25/2]) sowie der entsprechenden Grundregisteranmeldung (Beilage 2, S. 4 [Urk. 4/25/2]; Urk. 4/24 S. 2).

4.4.2 Gemäss Scheidungsurteil verpflichtete sich der Gesuchsgegner dazu, der Beschwerdeführerin zur Abgeltung ihrer güter- und vorsorgerechtlichen Ansprüche eine Ausgleichszahlung in der Höhe von Fr. 90'000.- bzw. Fr. 20'449.- zu bezahlen. Die Beschwerdeführerin verzichtete bis zum Verkauf der Liegenschaft bzw. bis zu ihrem Auszug aus dieser auf die Geltendmachung der Beträge. Der Gesuchsgegner verpflichtete sich, zulasten der Liegenschaft "ein entsprechendes Grundpfand zugunsten der Gesuchstellerin zu errichten" (Urk. 4/3/1 S. 7, Dispositivziffer 3/16 lit. e). Auch diesbezüglich ist mit der Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 3. März 2017 davon auszugehen, dass es für die öffentliche Beurkundung des notwendigen Pfandvertrags der Mitwirkung beider Parteien bedarf. Damit der Gesuchsgegner seiner Verpflichtung nachkommen kann, ist es notwendig, dass die Parteien gemeinsam tätig werden und den Pfandvertrag gemeinsam öffentlich beurkunden lassen (Urk. 4/21 S. 8). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 24. März 2017 haben die Parteien nunmehr zusammen mit dem Grundbuchamt F.\_\_\_\_\_ einen Pfandvertrag ausgearbeitet (Urk. 4/24 S. 3). Der Vertrag wurde (samt der Vorlage für die "Grundregisteranmeldung") ins Recht gereicht (Urk. 4/25/2, insbesondere S. 4). Die Beschwerdeführerin wollte diesen Vertrag anlässlich des Termins beim Notariat am 24. März 2017 unterzeichnen. Der Gesuchsgegner hat die Sitzung verlassen und weder den Pfandvertrag noch die Grundregisteranmeldung unterschrieben. Die Beschwerdeführerin ist bereit, die Hälfte der beim Notariat und Grundbuchamt anfallenden Kosten zu tragen. Dies wird im Pfandvertrag explizit festgehalten (Urk. 4/25/2 S. 3). Die Gesuchstellerin ist ihren Verpflichtungen aus dem rechtskräftigen Scheidungsurteil somit nachgekommen bzw. hat nochmals deutlich gemacht, dass sie die Hälfte der Kosten übernehmen wird. Der Gesuchsgegner hat bis anhin weder den Pfandvertrag noch die Grundregisteranmeldung unterzeichnet. Eine Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Mitwirkung beim Abschluss und der öffentlichen Beurkundung des Pfandvertrags sowie der Vormerkung desselben im

Grundbuch ergibt sich aus dem rechtskräftigen Scheidungsurteil. Darin verpflichtete sich der Gesuchsgegner zulasten der Liegenschaft ein Grundpfand zugunsten der Beschwerdeführerin zu errichten (Urk. 4/3/1 S. 7, Dispositivziffer 3/16 lit. e). Das Rechtsgeschäft auf Errichtung eines Grundpfandes bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB). Die Eintragung erfolgt auf Grund der schriftlichen Anmeldung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Der zufolge des Scheidungsurteils Alleineigentümer der Liegenschaft werdende Gesuchsgegner musste sich bewusst sein, dass er sich mit dem Abschluss der Vereinbarung dazu verpflichtete, den zur Errichtung des Grundpfandrechts notwendigen Pfandvertrag abzuschliessen, bei dessen öffentlicher Beurkundung mitzuwirken und hernach die Grundbuchregisteranmeldung einzureichen. Der Gesuchsgegner ist seinen Handlungspflichten gemäss Scheidungsurteil bis anhin nicht nachgekommen. Betreffend die Frage der Kooperationsbereitschaft des Gesuchsgegners sowie der Tatsache, dass die konkret zu wählende Vollzugsmassnahme im Ermessen des Vollzugsrichters liegt, kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 4.2.3). Im Ergebnis ist nicht davon auszugehen, dass die Gewinnaussichten der Beschwerdeführerin beträchtlich geringer sind als ihre Verlustgefahren. Der Vollzugsantrag 3 (Urk. 4/24 S. 2) ist nicht aussichtslos.

4.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Begehren der Beschwerdeführerin gemäss Eingabe vom 24. März 2017 (Anträge 1 bis 3) nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO erscheinen.

5. Da die Begehren nicht aussichtslos sind, ist die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin zu prüfen. Die Beschwerdeführerin hat im Jahre 2016 einen Nettolohn ohne Kinderzulagen von Fr. 41'316.– und damit Fr. 3'443.– pro Monat erzielt (Urk. 4/19 S. 2, Urk. 4/20/1). Als Unterhalt gemäss Scheidungsurteil überwies der Gesuchsgegner der Beschwerdeführerin im Februar 2017 Fr. 200.– (Urk. 4/20/2). Es ist nicht ersichtlich, dass sie derzeit höhere Beiträge erhält (Urk. 4/4/2; Urk. 4/19 S. 2; Urk. 4/20/2). Es ist von einem Nettoeinkommen von Fr. 3'643.– auszugehen. Der Bedarf der Beschwerdeführerin von behaupteten Fr. 3'471.30 ohne Steuern ist ausgewiesen und belegt (Urk. 4/19 S. 2 f.; Urk. 4/20/3-12). Die

Beschwerdeführerin hat per 15. Februar 2017 ein Vermögen von Fr. 4'447.– ausgewiesen (Urk. 4/19 S. 4; Urk. 4/20/13-14). Damit ist die Beschwerdeführerin mittellos.

6. Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben, insoweit damit das "neuerliche Gesuch" der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen wurde (Urk. 3 S. 5, Dispositivziffer 1). Das Verfahren ist spruchreif. Es ist eine neue Entscheidung zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Wie vorangehend dargelegt, sind die Begehren der Beschwerdeführerin nicht aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerdeführerin ist mittellos (Art. 117 lit. a ZPO). Es ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die Beschwerdeführerin ist zur Wahrung ihrer Rechte auf rechtlichen Beistand angewiesen. Entsprechend ist ihr ab Datum der Einreichung des (zweiten) Gesuchs, somit ab dem 24. März 2017, Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege befreit von Vorschussleistungen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO).

### III.

1.1. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur für das erstinstanzliche (Gesuchs-)Verfahren. Demgegenüber dürfen im Rechtsmittelverfahren gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege Gerichtskosten erhoben werden (BGE 137 III 470 E. 6; BGE 140 III 501 E. 4.3.2). Gegenpartei in diesem Verfahren ist allerdings nicht die Gegenpartei des Hauptsacheverfahrens, welcher, wie bereits erwähnt, keine formelle Parteistellung zukommt und die deshalb auch nicht zur Übernahme von Verfahrenskosten verpflichtet werden darf, sondern der Staat, d.h. der Kanton Zürich (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A\_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2). Folglich hätte, nachdem die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren obsiegt, der Kanton Zürich die Gerichtskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss § 200 lit. a GOG (i.V.m.



Art. 116 Abs. 1 ZPO) werden dem Kanton in Zivilverfahren jedoch keine Gerichtskosten auferlegt. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine Kosten zu erheben.

1.2. Die Kostenfreiheit gemäss § 200 lit. a GOG gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur für die Gerichtskosten, nicht auch für die Parteientschädigung (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 200 N 4; BGE 140 III 501 E. 4.3). Eine solche kann dem Kanton auferlegt werden. Die Beschwerdeführerin liess die Zusprechung einer Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren beantragen (Urk. 1 S. 2). Der Streitwert des Hauptverfahrens beträgt "mindestens" Fr. 139'200.– (vgl. Urk. 4/17 S. 3, Dispositivziffer 1). Gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung auf Fr. 1'500.–, zuzüglich Fr. 120.– (8 % MWSt.), mithin Fr. 1'620.– festzusetzen (vgl. § 4 Abs. 1 und 2, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

2. Der Beschwerdeführerin werden im Beschwerdeverfahren keine Kosten auferlegt. Sie wird für ihre anwaltlichen Aufwendungen entschädigt. Damit erweist sich ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren (Urk. 1 S. 2, Antrag 2) als gegenstandslos. Es ist abzuschreiben.

### **Es wird erkannt:**

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 11. April 2017 aufgehoben, insoweit darin das "neuerliche Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege" abgewiesen wird, und durch folgende Fassung ersetzt:

"Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Es wird ihr ab dem 24. März 2017 in der Person von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Die Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren aus der Obergerichtskasse mit Fr. 1'620.– entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, die Vorinstanz, den Gesuchsteller und die Obergerichtskasse, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 22. Juni 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
cm