

# ZH\_OBERGERICHT LE190066 vom 27. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE190066](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190066)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE190066 du 27 octobre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LE190066 del 27 ottobre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien standen sich seit dem 20. Juli 2018 vor dem Bezirksgericht Horgen (fortan Vorinstanz) in einem Eheschutzverfahren gegenüber (siehe Urk. 1), welches mit Urteil vom 28. November 2019 abgeschlossen wurde (Urk. 110). Hiergegen erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) Berufung, wobei er gleichzeitig um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersuchte (Urk. 109). Den mit Verfügung vom 23. Dezember 2019 einverlangten Kostenvorschuss leistete der Gesuchsgegner fristgemäss (Urk. 116 Disp. Ziff. 5 und Urk. 120). Auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils wurde mit Verfügung vom 23. Dezember 2019 nicht eingetreten und der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) im übrigen Umfang Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 116 Disp. Ziff. 1 und 2). Diese nahm mit Eingabe vom

### E. 3

Mit dem Rückzug wird auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen rechtskräftig. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 109 Abs. 2 ZPO), zumal die Parteien in der eingereichten Konvention diesbezüglich keine Regelung getroffen haben (vgl. Urk. 134/2 Ziff. 5 Rz. 23, wonach die Kosten des Scheidungsverfahrens von den Parteien hälftig zu tragen und die Parteikosten für alle Verfahren wettzuschlagen seien). Die Parteientschädigungen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens sind vereinbarungsgemäss wettzuschlagen (Art. 109 Abs. 1 ZPO).

### E. 4.1

Angesichts der vorstehenden Entschädigungsregelung ist noch über das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden (vgl. Urk. 117 S. 2, Ziff. 2 und 3 der Anträge). In Bezug auf die Gerichtskosten ist das Gesuch hingegen gegenstandslos und daher abzuschreiben, zumal der Gesuchstellerin keine Kosten auferlegt werden.

### E. 4.2

Die Gesuchstellerin führt in diesem Zusammenhang im Wesentlichen aus, sie verfüge aktuell über kein Erwerbseinkommen. Zwar erziele sie aus der Ver-

- 4 - mietung ihrer Wohnung in London ein Einkommen von £ 2'500.00 pro Monat. Jedoch bezahle sie damit zum einen "die Hypothek" (£ 600.00 = Fr. 760.00 pro Monat) sowie die Nebenkosten dieser Liegenschaft und zum anderen das Schulgeld für ihre 15 ½ Jahre alte voreheliche Tochter (Privatschule in England, Kostenpunkt: £ 1'333.00 = Fr. 1'690.00 pro Monat). Die Tochter besuche diese Schule im Einverständnis mit dem

Gesuchsgegner, der diesen Schulbesuch gefördert und bis zum Beziehungsende auch bezahlt habe. Ein Schulwechsel sei mit dem Kin- deswohl nicht vereinbar, zumal derzeit die Zwischenprüfungen stattfinden würden. Der Bedarf der Gesuchstellerin könne grundsätzlich dem angefochtenen Ent- scheid entnommen werden. Ihr (Bar-)Vermögen ergebe sich aus den beigelegten Kontoauszügen (mit Verweis auf Urk. 119/11-12). Darüber hinaus sei die Ge- suchstellerin (Mit-)Eigentümerin von Liegenschaften, welche jedoch nicht liquid und bereits belehnt seien. Dieses Grundeigentum sei aktenkundig. Der Gesuchs- gegner würde einer Erhöhung der Hypothek zulasten der im hälftigen Miteigentum stehenden Eigentumswohnung "C.\_\_\_\_ 1, D.\_\_\_\_ [Ortschaft]" selbstredend nicht zustimmen. Aufgrund ihrer aktuell sehr desolaten Finanzlage sei der Ge- suchstellerin zudem auch eine Erhöhung der Hypothekarbelastung der Wohnung in London gerichtsnotorisch nicht möglich. Die Gesuchstellerin verfüge somit we- der über genügend Einkommen noch über genügend Vermögen, um für die Pro- zesskosten des vorliegenden Verfahrens aufzukommen (Urk. 117 S. 9 ff.).

### **E. 4.3**

Voraussetzung für die Zusprechung eines Prozessbeitrages sowie für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist, dass die ansprechende Person mittellos ist. Eine Person gilt dann als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Pro- zesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die De- ckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person (BGE 141 III 369 E. 4.1). Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 124 I 97 E. 3b mit Hinweisen). Soweit das Vermögen einen angemessenen "Notgroschen" übersteigt, ist es der gesuchstellenden Person unbeschadet der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden. Zum Vermögen zählen

- 5 - nebst den verfügbaren Geldwerten wie Konten, Wertpapiere und fällige, unstreiti- ge Forderungen (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 37) auch Grundstücke. Die Art der Vermögensanlage beeinflusst allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgelt- liche Rechtspflege anzugreifen. Der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Grundeigentümer hat sich daher die für den Prozess benötigten Mittel allenfalls durch Belehnung der Liegenschaft bzw. Aufnahme eines zusätzlichen Hypothe- karkredits und, wenn zumutbar, nötigenfalls durch Veräußerung der Liegenschaft zu beschaffen. Die Veräußerung der Liegenschaft ist allerdings nur zumutbar, wenn damit zu rechnen ist, dass mit einem Verkauf die für den Prozess erforderli- chen Mittel erwirtschaftet werden können, was namentlich vom Verkehrswert und der Belastung der Liegenschaft abhängt. An den Nachweis des Verkehrswertes und der fehlenden Möglichkeit zusätzlicher hypothekarischer Belastung dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden (BGer 5A\_726/2014 vom 2. Februar 2015, E. 4.2 m.w.H.; 8C\_273/2015 vom 12. August 2015 E. 6.2 m.w.H.). Die gesuchstellende Partei trifft dabei eine Mitwirkungspflicht. So gilt die Mittellosigkeit nur dann als erstellt, wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung der Liegenschaft nicht möglich oder eine Veräußerung nicht zumutbar ist. Das Gesuch kann mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden, wenn die gesuchstellen- de Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend)

nachkommt (BGer 4A\_641/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.1 m.w.H.).

#### **E. 4.4**

Vorliegend verfügt die Gesuchstellerin über Grundeigentum. So ist sie zum einen hälftige Miteigentümerin der (ehemals ehelichen) Wohnung in D.\_\_\_\_\_ so- wie zum anderen Eigentümerin einer Wohnung in London. Insbesondere in Bezug auf die Wohnung in London geht aus der Gesuchsbegründung aber weder hervor, auf wie viel sich der Verkehrswert beläuft noch wie viele Schulden darauf lasten. Entsprechende Belege fehlen gänzlich. Dass sich die Gesuchstellerin bereits ver- geblich um eine Erhöhung der darauf lastenden Hypothek bemüht hat, wird von ihr ebenfalls weder geltend gemacht noch belegt. Sie belässt es diesbezüglich einzig bei der (pauschalen) Behauptung, aufgrund ihrer aktuell sehr desolaten Fi- nanzlage sei ihr eine Erhöhung der Hypothekbelastung dieser Wohnung ge-

- 6 - richtsnotorisch nicht möglich (vgl. Urk. 117 S. 11). Dies genügt jedoch nicht, zu- mal auch keineswegs gerichtsnotorisch ist, dass bei einer angespannten Finanz- lage eine weitere Belehnung von vornherein ausgeschlossen ist. Abgesehen da- von lässt die Gesuchstellerin im Weiteren auch offen, weshalb eine Veräusserung dieser Eigentumswohnung nicht zumutbar wäre. Darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Schulden bestehen, schweigt sich die Gesuchstellerin in ihrer Gesuchsbegründung ebenfalls aus. Es ist nicht Sache des angerufenen Gerichts, in den (vorinstanzlichen) Akten nach Anhaltspunkten zu suchen, welche auf eine etwaige Mittellosigkeit schliessen lassen. Eine abschliessende Beurteilung der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist bei dieser Sachlage nicht möglich. Es ist der anwaltlich vertretenen und in prozessualer Hinsicht somit nicht unbeholfenen Ge- suchstellerin daher vorzuhalten, ihre finanzielle Situation (insbesondere hinsicht- lich ihrer Vermögensverhältnisse) nicht schlüssig dargelegt und insoweit ihre Mit- wirkungspflicht verletzt zu haben. Entsprechend ist die Bedürftigkeit aufgrund der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit zu verneinen und das Gesuch um Zu- sprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unent- geltlichen Rechtspflege abzuweisen, ohne dass hierfür der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin eine entsprechende Nachfrist anzusetzen wäre. Die richterliche Fragepflicht soll nämlich weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts ersetzen noch prozessuale Nachlässigkeiten aus- gleichen (BGer 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3 m.w.H.). Als Letztere ist aber das Versäumnis der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin zu werten. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.