

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE190066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

## Beschluss vom 27. Oktober 2020

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Horgen vom 28. November 2019 (EE180036-F)**

---

### **Erwägungen:**

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 3. Januar 2020 Stellung, wobei sie gleichzeitig um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchte (Urk. 117). Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde im übrigen Umfang mit Verfügung vom 13. Januar 2020 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 121 Disp. Ziff. 1). Eine Berufungsantwort ging in der Folge nicht ein (siehe Urk. 122 Disp. Ziff. 1). Mit Verfügung vom 3. März 2020 wurde das Verfahren angesichts der im anhängigen Scheidungsverfahren erzielten Einigung einstweilen bis 31. Mai 2020 sistiert (Urk. 126-127 und Prot. II S. 7), wobei diese Sistierung mit Verfügung vom 12. Juni 2020 bis zur Eröffnung des bezirksgerichtlichen Scheidungsurteils verlängert wurde (Urk. 128-130; s.a. Urk. 131-132).

2. Mit Eingabe vom 10. September 2020 legte der Gesuchsgegner die zwischen den Parteien abgeschlossene Scheidungskonvention vom 26. Februar 2020 (Urk. 134/2) sowie das am 24. Juli 2020 ergangene Scheidungsurteil des Bezirksgerichts March (Urk. 134/1), mit welchem die Konvention genehmigt wurde, ins Recht und ersuchte unter Verweis auf Randziffer 22 und 23 der Scheidungskonvention um Abschreibung des vorliegenden Verfahrens, unter hälftiger Teilung der Gerichtskosten und Wettschlagung der Parteienschädigungen

(Urk. 133 S. 2). Die Randziffern 22 und 23 der Scheidungskonvention lauten dabei wie folgt (vgl. Urk. 134/2 S. 4):

<sup>22</sup> Mit Erfüllung dieser Scheidungsvereinbarung sind beide Parteien unter Vorbehalt allfälliger Ansprüche aus dem Eheschutzentscheid EE180036 des Bezirksgerichts Horgen vom 28. November 2019 per Saldo aller ehe-, scheidungs- und güterrechtlichen Ansprüche auseinandergesetzt. Der Gesuchsteller zieht die Berufung LE190066 zurück. Bezüglich Kostenfolgen dieses Rückzuges wird auf Rn. 23 nachfolgend verwiesen.

[...]

<sup>23</sup> Die Kosten des Scheidungsverfahrens tragen die Parteien hälftig, und die Parteikosten werden für alle Verfahren wettgeschlagen. Verlangt eine Partei eine Begründung des Scheidungsurteils, so trägt sie die damit verbundenen Mehrkosten alleine.

Der Gesuchsgegner hat damit die vorliegende Berufung zurückgezogen. Das Verfahren ist entsprechend abzuschreiben.

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).

4.

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.

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

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 Kindeswohl nicht vereinbar, zumal derzeit die Zwischenprüfungen stattfinden würden. Der Bedarf der Gesuchstellerin könne grundsätzlich dem angefochtenen Entscheid entnommen werden. Ihr (Bar-)Vermögen ergebe sich aus den beigelegten Kontoauszügen (mit Verweis auf Urk. 119/11-12). Darüber hinaus sei die Gesuchstellerin (Mit-)Eigentümerin von Liegenschaften, welche jedoch nicht liquid und bereits belehnt seien. Dieses Grundeigentum sei aktenkundig. Der Gesuchsgegner 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 Gesuchstellerin zudem auch eine Erhöhung der Hypothekarbelastung der Wohnung in London gerichtsnotorisch nicht möglich. Die Gesuchstellerin verfüge somit weder über genügend Einkommen noch über genügend Vermögen, um für die Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens aufzukommen (Urk. 117 S. 9 ff.).

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 Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung 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 unbeschrieben der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden. Zum Vermögen zählen

nebst den verfügbaren Geldwerten wie Konten, Wertpapiere und fällige, unstreitige 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 unentgeltliche 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 Hypothekarkredits 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 erforderlichen 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 gesuchstellende Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt (BGer 4A\_641/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.1 m.w.H.).

4.4. Vorliegend verfügt die Gesuchstellerin über Grundeigentum. So ist sie zum einen hälftige Miteigentümerin der (ehemals ehelichen) Wohnung in D.\_\_\_\_\_ sowie 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 vergeblich 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 Finanzlage sei ihr eine Erhöhung der Hypothekbelastung dieser Wohnung ge-

richtsnotorisch nicht möglich (vgl. Urk. 117 S. 11). Dies genügt jedoch nicht, zumal auch keineswegs gerichtsnotorisch ist, dass bei einer angespannten Finanzlage eine weitere Belehnung von vornherein ausgeschlossen ist. Abgesehen davon 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 Gesuchstellerin daher vorzuhalten, ihre finanzielle Situation (insbesondere hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse) nicht schlüssig dargelegt und insoweit ihre Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Entsprechend ist die Bedürftigkeit aufgrund der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit zu verneinen und das Gesuch um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen 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 ausgleichen (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:**

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 133 und Urk. 134/1-2, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

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

Zürich, 27. Oktober 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:

rl