

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC200035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker und Ersatzrichter lic. iur.  
T. Engler sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

## Beschluss und Urteil vom 12. Mai 2021

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y1. \_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (7. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Oktober 2020; Proz. FP200048**

## **Erwägungen:**

### **I.**

(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. A.\_\_\_\_\_ (Beklagter und Beschwerdeführer, fortan nur Beklagter) und B.\_\_\_\_\_ (Klägerin und Beschwerdegegnerin, fortan nur Klägerin) haben am tt. August 1996 geheiratet (Prot. VI S. 3 und act. 6/4/1). Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, nämlich die heute mündige Tochter C.\_\_\_\_\_ sowie die noch minderjährige Tochter D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010. Mit Urteil der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 13. April 2018 wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt (act. 6/6/22).
2. Mit Urteil des Gerichtshofes des Bezirkes Braga, Portugal, vom 21. Juni 2019 wurde die Ehe der Parteien geschieden (act. 6/4/1 und act. 6/23/1), wobei einzig der Scheidungspunkt geregelt wurde. Zurzeit ist nach übereinstimmenden Angaben der Parteien in Portugal aber noch ein Verfahren betreffend Güterrecht (Aufteilung der Liegenschaften der Parteien in Portugal) pendent (Prot. VI S. 4 und act. 6/4/1).
3. Am 11. Juni 2020 machte die Klägerin beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) eine Klage auf Ergänzung des ausländischen Scheidungsurteils anhängig. Zudem stellte sie ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, womit sie die Abänderung bzw. Erhöhung der mit Eheschutzurteil vom 13. April 2018 vereinbarten Unterhaltsbeiträge des Beklagten für die Tochter D.\_\_\_\_\_ beantragte. Der Beklagte beantragte vor der Vorinstanz die Abweisung des Massnahmebegehrens der Klägerin und stellte ein eigenständiges Abänderungsbegehren. Zudem beantragte der Beklagte für das Massnahmeverfahren die Bewilligung der (umfassenden) unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/21 S. 3).
4. Mit Verfügungen vom 6. Oktober 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und entschied über die Anträge der Parteien im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 hat der Beklagte sowohl Berufung als auch Beschwerde

gegen die vorinstanzlichen Verfügungen vom 6. Oktober 2020 erhoben (vgl. act. 2 und act. 2 im Verfahren LY200044-O). Die Berufung des Beklagten gegen den Entscheid der Vorinstanz über die beantragten vorsorglichen Massnahmen bildet Gegenstand eines separaten Berufungsverfahrens (Verfahren-Nr. LY200044-O).

5. Mit Eingangsanzeigen vom 22. Oktober 2020 wurde den Parteien der Eingang der Beschwerde des Beklagten angezeigt und mitgeteilt, dass weitere prozessleitende Anordnungen – soweit nötig – erfolgen würden (act. 7/1–2).

6. Die Akten der Vorinstanz wurden vom Amtes wegen beigezogen (act. 6/1–32). Eine Stellungnahme der Klägerin ist nicht einzuholen, weil sie vom Entscheid der Frage, ob dem Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, in ihren Interessen nicht berührt wird (BGE 139 III 334, E. 4.2 m.w.H.). Das Doppel von act. 2 wurde ihr bereits im Rahmen des unter der Geschäfts-Nr. LY200044-O separat geführten Berufungsverfahrens zugestellt (vgl. act. 8 im Geschäft-Nr. LY200044-O). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## II.

(Zur Beschwerde im Einzelnen)

1. Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann dementsprechend die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass sich die Beschwerde führende Partei mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen hat, welchen Teil der Begründung sie für falsch hält und auf welche Dokumente sie sich dabei stützt. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was nicht beanstandet wird, hat Bestand. Soweit jedoch eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist

weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, ZR 110 Nr. 80).

2. Die Vorinstanz verweigerte dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Massnahmeverfahren mit der Begründung, die Parteien seien gemeinsam Eigentümer von Liegenschaften in Portugal, welche Gegenstand der güterrechtlichen Auseinandersetzung in Portugal seien und per Ende des Jahres 2018 mit einem Steuerwert von insgesamt rund Fr. 103'000.– ausgewiesen worden seien. Nach Angaben des Beklagten handle es sich dabei um ein Haus mit einem Verkehrswert von EUR 175'000.–, eine Wohnung, die zurzeit für einen Kaufpreis von Fr. 75'000.– zum Verkauf ausgeschrieben sei, sowie um ein Grundstück mit einem Steuerwert von rund EUR 3'000.–. Auch wenn diese Vermögenswerte derzeit allenfalls nicht liquidierbar seien, so könne der Beklagte gemäss seinen eigenen Aussagen gestützt auf diese (oder allenfalls weitere nicht offengelegte) Vermögenswerte bei seiner Bank ein Darlehen erhältlich machen. Diese Möglichkeit der Mittelbeschaffung habe der Beklagte vorab auszuschöpfen, um den fraglichen Prozess zu finanzieren (act. 5 E. III/2.2).

3. Der Beklagte rügt, soweit die Vorinstanz die Liquidation der Immobilien als möglich erachte, wäre ihm richtigerweise eine angemessene, mindestens aber sechsmonatige Frist zu gewähren gewesen, um diese zu verkaufen. Bis zum Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung sei ein Verkauf aber nicht möglich (act. 2 Rz 37). Als falsch erachtet der Beklagte weiter die dem Entscheid der Vorinstanz zugrunde liegende Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass er einen Bankkredit von voraussichtlich weit über Fr. 10'000.– zur Bezahlung von Anwalts- und Gerichtskosten aufnehmen könne, weil er sich anlässlich der Parteibefragung zuversichtlich gezeigt habe, dass ihm eine Bank einen Mikrokredit von EUR 300.– für die Finanzierung der Reisekosten seiner Tochter D.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht gewähren würde (act. 2 Rz 40). Damit macht der Beklagte zumindest sinngemäss eine Verletzung von Art. 117 ZPO durch die Vorinstanz geltend. Zusätzlich macht er sinngemäss eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) geltend, indem er vorbringt, die Vorinstanz habe ihn weder gefragt, ob er ein Darlehen zur Prozessfinanzierung aufnehmen könne, noch in

welcher Höhe er ein Darlehen überhaupt aufnehmen könne. Eben so wenig habe ihn die Vorinstanz dazu aufgefordert zu belegen, dass ihm im Zusammenhang mit den Liegenschaften in Portugal die Beschaffung von Mitteln zu Prozessfinanzierung nicht möglich sei. Es sei aber ohnehin nicht ersichtlich, wie er ohne gesichertes Einkommen und ohne Zustimmung seiner geschiedenen Ehefrau eine Erhöhung der Hypothekendarlehen beantragen solle, weshalb sich dazu in seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch keine Ausführungen aufgedrängt hätten (act. 2 Rz 42 ff.).

#### 4.

4.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und zusätzlich dazu ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

4.2 Bei der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (beschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip und die Offenlegungs- sowie Mitwirkungsobliegenheiten der gesuchstellenden Person eingeschränkt. Es obliegt der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und soweit möglich zu belegen (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. A. 2014, Art. 119 N 10; ZK ZPO-EMMEL, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 119 N 6). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119 N 38). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.; 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

4.3 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation berücksichtigt werden. Insbesondere spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob das Vermögen der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchenden Person bar vorhanden oder in einer Liegenschaft angelegt ist. So sind einem Grundeigentümer sämtliche Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits grundsätzlich zumutbar und gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000, E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung des Grundeigentums nicht möglich und auch eine Veräusserung nicht zumutbar ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung des Obergerichts die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf einem Sparkonto oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler OGer ZH PC190028 vom 22. November 2019, E. 5.2, mit diversen weiteren Hinweisen).

4.4 Der Beklagte bestritt und bestreitet nicht, zusammen mit der Klägerin Eigentümer eines Hauses, einer Wohnung sowie eines (unbebauten) Grundstückes in Portugal zu sein, wobei er selbst den Verkehrswert der fraglichen Liegenschaften auf insgesamt EUR 250'000.– bezifferte bzw. den Steuerwert des (unbebauten) Grundstückes auf EUR 3'000.– (Prot. VI S. 17 f.). Obschon er über diese doch namhaften Vermögenswerte verfügt, begnügte er sich in der Begründung seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren aber mit der Behauptung, die Liegenschaften bildeten Gegenstand einer güterrechtlichen Auseinandersetzung in Portugal, weshalb sie kein liquides Vermögen darstellten (act. 6/21 Rz 22). Der Beklagte unterliess es insbesondere, sich zur Höhe der auf den Liegenschaften in Portugal offenbar bereits bestehenden Hypothekarbelastung (vgl. act. 6/21 Rz 21) detailliert zu äussern und entsprechende Belege darüber einzureichen und er machte auch nicht geltend, die Liegenschaften seien

hypothekarisch bereits maximal belastet. Die Vorinstanz war – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht dazu gehalten, den anwaltlich vertretenen Beklagten zum Einreichen von Belegen aufzufordern, wonach ihm im Zusammenhang mit den Liegenschaften in Portugal die Beschaffung von finanziellen Mitteln zur Prozessfinanzierung (z.B. durch die Aufnahme eines [weiteren] Hypothekendarlehens) nicht möglich ist. Es hätte aufgrund der im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege geltenden Mitwirkungspflicht der ansprechenden Partei vielmehr dem bereits vor Vorinstanz anwaltlich vertretenen Beklagten obliegen, zum Nachweis seiner Mittellosigkeit derartige Belege von sich aus bzw. unaufgefordert beizubringen und entsprechende Behauptungen aufzustellen (vgl. dazu z.B. BGer 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013 E. 4.3.1 f. und vorstehende E. 4.2–4.3, vgl. auch OGer ZH LY200046 vom 25. Februar 2021, E. II./2.3–5). Die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht durch die Vorinstanz erweist sich damit als unbegründet.

4.5 Ins Leere zielt sodann auch der erst beschwerdeweise vorgebrachte Einwand des Beklagten, eine (weitere) Belastung der Liegenschaften in Portugal sei, da diese im Miteigentum der Parteien stünden, ohne Zustimmung der Klägerin ohnehin nicht möglich. Soweit ersichtlich, hat der Beklagte bis anhin keinerlei Bemühungen unternommen, um eine hypothekarische Belastung seiner Miteigentumsanteile an den portugiesischen Liegenschaften zu erreichen und es ist weder behauptet noch ansatzweise belegt, dass die Klägerin, die ihrerseits ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zurückgezogen hat (vgl. act. 6/18 Rz 26) und dementsprechend ebenfalls finanzielle Mittel zur Prozessfinanzierung zu beschaffen haben wird, ihre Zustimmung zu einer (weiteren) hypothekarischen Belastung der Liegenschaften tatsächlich verweigern würde. Es handelt sich bei diesem Einwand des Beklagten somit um eine reine Mutmassung und in tatsächlicher Hinsicht (Fehlen der Zustimmung der Klägerin) um ein unzulässiges Novum (Art. 326 ZPO). Ohnehin wäre die Klägerin aufgrund der ehelichen Beistandspflicht insoweit zur Mitwirkung verpflichtet (vgl. OGer ZH LY200046 vom 25. Februar 2021, E. II./2.4.3).

4.6 Es kann nach dem Gesagten nicht als erstellt gelten, dass eine weitere Belehnung des Grundeigentums der Parteien in Portugal nicht möglich ist. Der Beklagte hat seine Mitwirkungspflicht verletzt und seine Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht. Insbesondere genügen seine Angaben zu seiner Kreditfähigkeit (vgl. Prot. VI S. 16–18) dafür nicht. Insgesamt ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Mittellosigkeit des Beklagten verneinte. Für das Ansetzen einer Frist zum Verkauf der Liegenschaften bzw. zu deren weiteren Belehnung gab und gibt es in dieser Situation – Verletzung der Mitwirkungspflicht des Beklagten – keine Veranlassung (vgl. BGer 5A\_456/2020 vom 7. Oktober 2020, E. 5.2). Folglich ist die Beschwerde des Beklagten abzuweisen.

### III.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen / Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege)

1. Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (BGE 137 III 470, E. 6.5.5). Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Kosten sind dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 ZPO).
2. Der Beklagte beantragt die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren (act. 2 S. 4, Beschwerdeantrag Nr. 2). Nach den vorstehenden Erwägungen erweist sich seine Beschwerde jedoch als unbegründet (Art. 321 Abs. 1 ZPO), weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zum Vornherein zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen ist (Art. 117 lit. b ZPO).
3. Der Klägerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Sodann wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Einzelgericht des Bezirksamtes Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück

5. 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 um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am: