

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE210006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss und Urteil vom 9. Dezember 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Kanton Zürich

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Pfäffikon,

betreffend **Eheschutz (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Mai 2021 (EE200032-H)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1 Nachdem die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) unter dem 3. November 2020 bei der Vorinstanz ein Eheschutzverfahren anhängig gemacht und in prozessualer Hinsicht verlangt hatte, der Gesuchsgegner des Hauptprozesses sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 1 S. 2), erhöhte sie anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 8. Februar 2021 den beantragten Prozesskostenvorschuss auf Fr. 3'500.– (Urk. 28 S. 1) und verlangte in ihrer Eingabe vom 18. Februar 2021 – nach einem Wechsel ihres Rechtsvertreters – alsdann einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'000.– (Urk. 41 S. 2). Diese Anträge wurden mit Verfügung vom 11. Mai 2021 abgewiesen (Urk. 71 S. 44; Prozesskostenbeitrag in Dispositiv-Ziffer 1 und unentgeltliche Rechtspflege in Dispositiv-Ziffer 2), woraufhin die Gesuchstellerin fristgerecht (vgl. Urk. 69/1) mit Eingabe vom 23. August 2021 Beschwerde erhob und nachfolgende Anträge stellte (Urk. 70 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung (S. 44) aufzuheben.
2. Es sei der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, und es sei ihr in der Person des Schreibenden einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Es sei der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person des Schreibenden einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners."

1.2 Da dem Gesuchsgegner des Hauptprozesses im vorliegenden Rechtsmittelverfahren keine Parteistellung zukommt (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.2), ist ihm auch keine Frist zur Beantwortung der Beschwerde anzusetzen (vgl. Art. 322 ZPO). Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz ist zu verzichten (vgl. Art. 324 ZPO).

2. Prozessuales

2.1 Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei konkret mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3, mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge (zum Ganzen: Steiner, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SSZR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2019, § 9 S. 262 ff. Rn 524 ff. m.w.H.).

2.2 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel 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 (BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 mit weiteren Hinweisen).

3. Beurteilung der Beschwerde

3.1 Die Vorinstanz hielt fest, dass die gemeinsame Steuererklärung der Parteien für das Jahr 2019 ein bewegliches Vermögen in Form von Bargeld, Gold und anderen Edelmetallen von Fr. 40'000.– ausweise. Im Jahr 2016 und 2018 hätten die Parteien gemäss den entsprechenden Steuererklärungen ein Vermögen von Fr. 30'000.– und im Jahr 2017 ein solches von Fr. 50'000.– versteuert. Die Parteien hätten nicht glaubhaft darlegen können, was mit diesem Vermögen geschehen sei. Die Gesuchstellerin habe ausgeführt, einen Tresor zu besitzen, in welchem es Fr. 100'000.– gehabt habe, der jedoch zwischenzeitlich leer sei. Dieses Geld habe ihrer Mutter gehört. Gemäss den Angaben des Gesuchsgegners des Hauptverfahrens hätten sich Goldstücke im Tresor befunden, was die Gesuchstellerin

bestätigt habe, wobei sie angegeben habe, diese seien für rund Fr. 7'000.– verkauft worden. Der Gesuchsgegner des Hauptverfahrens habe erklärt, dass er Ende 2018 Gold für Fr. 8'500.– verkauft habe, wobei dies nur 30 % ihres Goldbestands gewesen sei. Im Tresor hätten sie sicher doppelt so viel Gold gehabt. Zum in der Steuererklärung deklarierten Bargeld habe der Gesuchsgegner des Hauptverfahrens ausgeführt, sie hätten dieses über längere Zeit im Casino verloren. Zuletzt seien sie im Oktober 2020 im Casino gewesen. Im Übrigen habe die Gesuchstellerin einen Tag nach der mündlichen Verhandlung vom 8. Februar 2021 den Safe bei der ZKB aufgelöst; es sei unklar, ob der Safe leer gewesen sei bzw. was mit dem Inhalt geschehen sei. Dies könne dem eingereichten Beleg nicht entnommen werden (vgl. Urk. 40 S. 2). Aus diesen Angaben folgert die Vorinstanz, dass die Parteien Ende 2019 über Fr. 40'000.– verfügt hätten und nicht schlüssig hätten darlegen können, was mit diesem Geld passiert sei. Es sei nicht glaubhaft, dass die Parteien bei ihren wenigen Besuchen im Casino Fr. 40'000.– hätten verspielt haben sollen. Ihnen sei daher ein Vermögen von Fr. 40'000.– anzurechnen. Da nicht eruiert werden könne, wer auf dieses Vermögen Zugriff habe, sei es beiden Parteien anzurechnen. Aufgrund dieses Vermögens und der Überschüsse der Parteien sei ihre Bedürftigkeit zu verneinen und ihre Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege seien abzuweisen (Urk. 71 S. 40 ff.).

3.2 Zu dem ihr von der Vorinstanz angerechneten Vermögen führt die Gesuchstellerin aus, aus der Steuererklärung für das Jahr 2020, welche von der Vorinstanz nicht eingefordert worden sei, ergebe sich, dass sie am 31. Dezember 2020 über kein Vermögen verfügt habe. Sie habe anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 22. März 2021 sämtliche Bankunterlagen ab November 2020 und den Tresorbeleg eingereicht. Aus diesen Unterlagen sei klar erkennbar, dass bereits damals kein Vermögen vorhanden gewesen sei. Da sie keine Kosten mehr habe tragen wollen, sei der Tresor, welcher lange Zeit leer gestanden haben, aufgehoben worden. Sie habe klar und unmissverständlich glaubhaft machen können, dass sie mit der Buchhaltung und der damit in Zusammenhang stehenden Steuererklärung nichts zu tun gehabt habe, ausser dass sie letztere habe mitunterzeichnen müssen. Die als Hochzeitsgeschenk zu bezeichnenden Goldstücke

seien vor einiger Zeit verkauft worden, was die Parteien glaubhaft dargelegt hätten, wenngleich der genaue Zeitpunkt und der Verkaufspreis nicht hätten genannt werden können. Dass die Parteien gemeinsam eheliches Vermögen im Casino verspielt hätten, sei einer der Umstände für ihre Trennung gewesen. Ohnehin habe der Gesuchsgegner des Hauptverfahrens das Vermögen der Parteien unter sich gehabt und sie habe nur mit seiner Erlaubnis darüber verfügen können. Es sei daher nicht weiter verwunderlich, wenn der Verbleib dieses Geldes nicht lückenlos habe dargelegt werden können. Da der Gesuchsgegner des Hauptverfahrens die Verwaltung des ehelichen Vermögens geführt habe, wäre es ihr gegenüber stossend, ihr ein Verschulden am fehlenden Nachweis für den Verbleib des von der Vorinstanz geltend gemachten Vermögens zuzuschreiben (Urk. 70 S. 4 f.).

3.3 Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zur ehelichen Beistandspflicht und der daraus fließenden Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Prozesskostenbeitrags (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann somit im Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Eine gesuchstellende Partei hat daher in jedem Fall entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf die Beantragung eines Prozesskostenbeitrags verzichtet werden kann. Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenbeitrag zu leisten ist, darf nicht faktisch einer antizipierenden Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlassen werden. Fehlen die notwendigen Ausführungen zum Prozesskostenbeitrag, liegt es nicht am ersuchten Gericht, in den Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen liessen, dass kein Anspruch auf einen solchen besteht (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und E. 3.2.). Die Abweisung ihres Antrags um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags liess die Gesuchstellerin unangefochten (vgl. Urk. 71 S. 44 Dispositiv-Ziffer 1). Damit anerkannte sie, mangels zureichender Mitwirkung bei der Feststellung der eigenen Vermögensverhältnisse keinen Anspruch auf die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags zu haben.

Aufgrund der vorerwähnten Subsidiarität wäre die Gesuchstellerin gehalten gewesen, ihre Beschwerde auch gegen den nicht gewährten Prozesskostenbeitrag zu richten und nicht einzig gegen die Abweisung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege. Zumindest hätte sie jedoch darzulegen gehabt, weshalb sie die Abweisung ihres Antrags um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags nicht angefochten habe bzw. wieso ihrer Ansicht nach nunmehr kein solcher Anspruch bestehe. Die von der Gesuchstellerin in der Beschwerde geltend gemachte Bedürftigkeit wäre im Rahmen der vorab vorzunehmenden Beurteilung der Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags zu prüfen gewesen. Blieb die Abweisung dieses Antrags aber unangefochten, ist darauf im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr zurückzukommen. Demzufolge bleibt auch kein Raum für die Zusprechung der - dem Anspruch auf Prozesskostenbeitrag nachgehenden - unentgeltlichen Rechtspflege (*OGer ZH PC150067 vom 22. Februar 2016, E. II/2.3.3*). Die Beschwerde ist somit bereits aus diesem Grund abzuweisen.

3.4 Weiter setzt sich die Gesuchstellerin mit der Feststellung der Vorinstanz, wonach nicht glaubhaft sei, dass die Parteien die Fr. 40'000.– im Casino verspielt hätten, nur insoweit auseinander, als sie diese Casinobesuche als einer der Trennungsgründe anführt. Unbesehen des Umstands, dass die Casinobesuche erstmals im Beschwerdeverfahren als Trennungsgrund angegeben werden und diese Behauptung damit unbeachtlich zu bleiben hat (E. 2.2), erscheinen die in diesem Zusammenhang vorgetragenen Vorbringen des Gesuchsgegners des Hauptverfahrens, zu welchen sich die Gesuchstellerin vor Vorinstanz nie geäußert hat, deshalb nicht als glaubhaft. Abgesehen davon, dass gestützt auf die Angaben des Gesuchsgegners des Hauptverfahrens in der Parteibefragung völlig unklar bleibt, ob die Parteien im Jahr 2020 überhaupt im Casino waren und wenn ja, wie häufig und an welchen Daten (Prot. VI S. 20 f. und S. 43 ff.), erklärte der Gesuchsgegner des Hauptverfahrens konfrontiert mit Barbezügen von insgesamt Euro 3'886.– im August 2020, dieses Geld nur zum Teil für das Casino verwendet zu haben (Prot. VI S. 43 f.). Es erscheint in Anbetracht dessen als unglaublich, dass die Parteien im Jahr 2020 Fr. 40'000.– im Casino verspielt haben sollen, zumal sich nebst den äusserst vagen Angaben zur zeitlichen Abfolge keine weiteren Erklärungen über

den Hergang dieser Geschehnisse finden und die Parteien auch in früheren Jahren schon öfter das Casino besucht haben, ohne dass dies Einfluss auf die Höhe des Vermögens gezeitigt hätte (Urk. 71 S. 42).

3.5 Weiter kann der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, soweit sie es für glaubhaft gemacht hält, dass die Parteien ihre Goldbestände verkauft hätten. Vielmehr gab der Gesuchsgegner des Hauptverfahrens in der Parteibefragung an, sie hätten rund 30 % des Goldes für Fr. 8'500.– verkauft (Prot. VI S. 22). Die Gesuchstellerin bestritt daraufhin, dass sich noch Gold im Tresor befinde, nicht jedoch, dass nicht alles verkauft worden sei (Prot. VI S. 23). Die Anrechnung der in der Steuererklärung deklarierten Vermögenswerte in Form von Bargeld, Gold und anderen Edelmetallen von Fr. 40'000.– durch die Vorinstanz erscheint auch unter diesem Blickwinkel als gerechtfertigt.

3.6 Schliesslich ist auch die im Beschwerdeverfahren erstmals vorgelegte Steuererklärung für das Jahr 2020, in welcher die Gesuchstellerin kein Vermögen versteuert (Urk. 74/3), als unzulässiges Novum (vgl. E. 2.2) unbeachtlich. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Vorinstanz diese Steuererklärung nicht einverlangt hat, zumal die Gesuchstellerin eine umfassende Mitwirkungspflicht trifft und aufgrund ihrer anwaltlichen Vertretung auch keine Hinweise auf allenfalls fehlende Unterlagen notwendig waren (BGer 5A_716/2018 vom 27. November 2018, E. 3.2). Auch zeigt die Gesuchstellerin nicht auf, wo sie vor Vorinstanz glaubhaft dargelegt haben will, dass sie nichts mit der Verwaltung des ehelichen Vermögens zu tun gehabt haben soll, und es daher stossend sei, ihr den fehlenden Nachweis für den Vermögensabfluss vorzuhalten. Dieser Behauptung steht auch der Umstand entgegen, dass sich im Tresor der Gesuchstellerin anerkanntermassen zumindest ein Teil des ehelichen Vermögens in Form von Gold befunden hat und nur sie Zugang dazu hatte (Prot. VI S. 22).

3.7 Der Gesuchstellerin ist es dem Gesagten zufolge nicht gelungen, ihre Mittellosigkeit in glaubhafter Weise nachzuweisen, da sie nicht nachvollziehbar darzulegen vermochte, dass und wie das im Jahr 2019 versteuerte Vermögen von Fr. 40'000.– verbraucht worden sein soll. Zu Recht wurde folglich ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Vorinstanz nicht entspro-

chen. In diesem Sinne erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist auch aus diesem Grund abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren kostenlos. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Entsprechend ist der unterliegenden Gesuchstellerin die in Anwendung von § 5 Abs. 1 sowie § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzende Entscheidunggebühr aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind unter diesen Umständen keine zuzusprechen.

4.2 Das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von Urk. 70, 73 und 74/3, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Dezember 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
ya