

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE210008-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.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

sowie

**Kanton Zürich,**

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Pfäffikon,

betreffend **Eheschutz (Prozesskostenbeitrag, 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 Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) unter dem 3. November 2020 bei der Vorinstanz ein Eheschutzverfahren anhängig gemacht hatte (Urk. 1), ersuchte der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 15. Januar 2021 um unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 20). Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 8. Februar 2021 beantragte er, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, ihm einen angemessenen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen, und ersuchte eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 30 S. 3). Diese Anträge wurden mit Verfügung vom 11. Mai 2021 abgewiesen (Urk. 71 S. 44), woraufhin der Gesuchsgegner fristgerecht (vgl. Urk. 69/2) mit Eingabe vom 30. August 2021 in der Hauptsache Berufung erhob und zugleich die vorerwähnte Verfügung mit folgendem Rechtsbegehren anfocht (Urk. 70 S. 2):

"4. Es seien die Ziffern 1 und 2 der Verfügung vom 11. Mai 2021 des Bezirksgerichts Pfäffikon vollumfänglich aufzuheben, und es sei die Berufungsbeklagte bzw. Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Berufungskläger bzw. Beschwerdeführer für das erstinstanzliche (EE200032-H) und das zweitinstanzliche Verfahren angemessene Prozesskostenbeiträge zu bezahlen.

5. Eventualiter sei dem Berufungskläger bzw. Beschwerdeführer für das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

1.2 Die Entscheide der ersten Instanz betreffend den Prozesskostenbeitrag und die unentgeltliche Rechtspflege unterliegen der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, weshalb nebst dem Berufungsverfahren LE210054-O zur Behandlung dieser Anträge das vorliegende Beschwerdeverfahren eröffnet wurde.

1.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-69). Da sich die Beschwerde sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 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 Die Berufungsschrift muss weiter konkrete Berufungsanträge enthalten. Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind mithin zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist nur ausnahmsweise einzutreten, wenn sich nämlich aus der Begründung ergibt, welcher Geldbetrag zuzusprechen ist (BGE 137 III 617 E. 4.3 und E. 6.2; BGer 5A\_466/2016 vom 12. April 2017, E. 4.1.).

2.3 Schliesslich sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel 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 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 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 ausgeführt, sie hätten dies über längere Zeit im Casino verloren. Zuletzt seien sie im Oktober 2020 im Casino gewesen. 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.– verspielt hätten. 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 (Urk. 71 S. 40 ff.).

3.2 Der Gesuchsgegner führt aus, dass seine Steuererklärung für das Jahr 2020 notorischerweise noch nicht vorliege, da er selbständig erwerbend sei. Daraus könne allerdings nicht abgeleitet werde, dass aktuell noch Vermögenswerte in gleicher Höhe wie vor zwei Jahren vorhanden seien. Umso weniger, da er seiner Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen sei und sämtliche, seine finanziellen Verhältnisse betreffende Belege eingereicht habe. Er habe zu keinem Zeitpunkt eine Zugriffsberechtigung auf den Autosafe bei der C.\_\_\_\_\_ gehabt,

welcher von der Gesuchstellerin einen Tag nach der mündlichen Verhandlung aufgelöst worden sei. Es könne nicht abschliessend eruiert werden, was der Safe beinhaltet habe, weshalb subsidiär um unentgeltliche Rechtspflege ersucht worden sei. Indem die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen habe, ohne die aktuellen Vermögensbelege in seiner Begründung zu berücksichtigen, sei sie von den anerkannten Grundsätzen abgewichen und habe Art. 117 ZPO verletzt. Zu Unrecht sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass er über ein Vermögen verfüge, welches einen Notgroschen übersteige (Urk. 70 S. 9).

3.3 Wie vorstehend ausgeführt (E. 2.2), müssen auf Geldzahlungen gerichtete Rechtsbegehren beziffert werden (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Diese Pflicht zur Bezifferung gilt auch für auf Geldzahlung gerichtete Berufungsanträge (BGE 137 III 617 E. 4.3). Unbezifferte Rechtsbegehren auf Geldzahlung sind nur zulässig, wenn es der Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung zu beziffern (vgl. Art. 85 Abs. 1 ZPO). Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Bezifferung ist nur ausnahmsweise anzunehmen. Blosser Schwierigkeiten bei der Bezifferung genügen nicht (Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, § 32 Rn 74). Der Antrag um Verpflichtung des anderen Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags muss somit beziffert werden, sofern die Bezifferung nicht ausnahmsweise unmöglich oder unzumutbar ist. Wenn eine Bezifferung des Antrags um Verpflichtung des anderen Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags fehlt und sich auch nicht aus der Begründung ergibt, ist auf den Antrag nicht einzutreten (vgl. *OGer ZH LE170002 vom 23. Mai 2017, E. IV/2.3*).

3.4 Vorliegend verlangt der Gesuchsgegner für das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche Verfahren angemessene Prozesskostenbeiträge von der Gesuchstellerin. Der Gesuchsgegner unterliess es indes, diese Anträge zu beziffern, und eine Bezifferung ergibt sich auch nicht aus der Begründung. Die in Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Verfahren aufgelaufenen Prozesskosten stehen zwischenzeitlich fest, weshalb es zumindest diesbezüglich offensichtlich möglich und zumutbar gewesen wäre, den Antrag zu beziffern. Aus diesem Grund er-

weist sich der entsprechende Beschwerdeantrag als formell mangelhaft und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten, soweit die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 11. Mai 2021 verlangt wird.

3.5 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 (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und E. 3.2.). Da auf die Beschwerde hinsichtlich der Abweisung des Antrags des Gesuchsgegners um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags nicht eingetreten werden kann (vgl. E. 3.4), bleibt kein Raum für die Zusprechung der - dem Anspruch auf Prozesskostenbeitrag nachgehenden - unentgeltlichen Rechtspflege, da ansonsten die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege unterlaufen würde (vgl. *OGer ZH PC150067 vom 22. Februar 2016, E. II/2.3.3*). Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 11. Mai 2021 verlangt wird.

3.6 Im Übrigen setzt sich der Gesuchsgegner mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach es nicht glaubhaft sei, dass die Parteien im Casino Fr. 40'000.– verspielt hätten, nicht auseinander. Wie diese Vermögenswerte verschwunden sein sollen, bleibt mithin unerklärt. Unter diesen Umständen genügt die Vorlage von Kontoauszügen nicht, um glaubhaft zu machen, dass die Vermögenswerte in Form von Bargeld, Gold oder anderen Edelmetallen nicht mehr vorhanden sein sollen. Soweit der Gesuchsgegner mit seinen Vorbringen zur Zugriffsberechtigung auf den Tresor implizit behaupten will, dass die Vermögenswerte von Fr. 40'000.– sich im Tresor befunden haben sollen und daher nicht ihm, sondern der Gesuchstellerin anzurechnen seien, steht dem entgegen, dass er vor erster Instanz nicht

in Frage stellte, über die deklarierten Vermögenswerte verfügen zu können, ansonsten auch gar nicht in Frage gekommen wäre, dass er diese (teilweise) im Casino verspielt haben könnte.

3.7 Nicht nur bleibt gestützt auf die Angaben des Gesuchsgegners in der Parteibefragung völlig unklar, 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.), sondern der Gesuchsgegner erklärte, 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.). Mit der Vorinstanz erscheint es 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). Da es der zur Mitwirkung verpflichtete Gesuchsgegner unterliess, den Vermögensabfluss glaubhaft darzulegen, ist die Vorinstanz bei ihm zu Recht von fehlender Mittellosigkeit ausgegangen, weshalb kein Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag oder auf die unentgeltliche Rechtspflege besteht. Die Beschwerde erweist sich demnach auch aus diesem Grund als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### 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 dem unterliegenden Gesuchsgegner 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 Entschädigungsbüher aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, der Gesuchstellerin und dem Beschwerdegegner 2 mangels Umtrieben.

4.2 Das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch um Zusprechung eines angemessenen Prozesskostenbeitrags und jenes um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind unter Verweis auf die obigen Ausführungen zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

**Es wird beschlossen:**

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

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und den Beschwerdegegner 2 unter Beilage von Kopien der Urk. 70, 73 und 74/1-3, 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 Be-

schwerde 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert ist unbestimmt.

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