

# ZH\_OBERGERICHT PC220050 vom 24. Januar 2023

ZH Obergericht, 2023-01-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC220050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC220050)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC220050 du 24 janvier 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT PC220050 del 24 gennaio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien heirateten am tt. September 2003 und leben seit dem 1. Januar 2021 getrennt. Sie haben drei gemeinsame, minderjährige Kinder: C. \_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2008), D. \_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2010) und E. \_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2013) (vgl. act. 7/10 und 7/25/9A/69). Mit Entscheid vom 9. April 2021 (act. 7/25/9A/69) verfügte das Eheschutzge- richt insbesondere, dass die gemeinsamen Kinder bis zum Bezug einer ange- messenen Wohnung in der Region F. \_\_\_\_\_ durch den Beschwerdegegner unter die alleinige Obhut der Beschwerdeführerin und danach unter die alternierende Obhut der Parteien gemäss Ziffer 2b der Trennungsvereinbarung vom 24. März 2021 (act. 7/25/9A/62) gestellt werden. Weiter werde die Betreuung der Kinder gemäss Ziffer 2c der erwähnten Vereinbarung geregelt (vgl. a.a.O., Dispositiv- Ziffer 2) und diese bezüglich der übrigen Belange – namentlich der Kinderunter- haltsbeiträge von Fr. 500.– pro Kind, zu welchen sich die Beschwerdeführerin verpflichtete – genehmigt (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3). Mit Eingabe vom 5. Januar 2022 (vgl. act. 7/25/1) machte die Gesuchstelle- rin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ein Abände- rungsverfahren betreffend Eheschutz (Geschäfts-Nr. EE220001) am Bezirksge- richt Meilen anhängig.

#### E. 1.2

Mit Eingaben vom 24. und 27. Mai 2022 (act. 7/1 und 7/5) ersuchten die Par- teien beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) um Eröffnung eines Scheidungsverfahrens und reichten ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (act. 7/2 und 7/6).

#### E. 1.3

Mit Eingaben vom 27. Mai 2022 und 20. Juni 2022 stellten der Beschwerde- gegner (act. 7/5 und 7/21) und die Beschwerdeführerin (act. 7/14) vor Vorinstanz je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Scheidungsverfahren. Auf einen Antrag auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtete der Be- schwerdegegner ausdrücklich mit dem Hinweis darauf, dass die Beschwerdefüh-

- 3 -  
rerin stark überschuldet sein solle und ein Abänderungsverfahren angestrengt ha- be; sie bezahle noch nicht einmal geschuldete Unterhaltsbeiträge (vgl. act. 7/5 S. 3). Die Beschwerdeführerin stellte soweit ersichtlich keinen entsprechen- den An- trag und begründete auch nicht, weshalb sie darauf verzichtete (vgl. act. 7/14). Mit Eingabe vom 11. Juli 2022 (act. 7/26) reichte die Beschwerdeführerin Unterlagen zu ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (act. 7/27/1-53).

#### **E. 1.4**

Anlässlich der Verhandlung vom 6. September 2022 wurden die anwaltlich vertretenen Parteien zu ihren Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege von der Vorinstanz befragt (vgl. Prot. Vi. S. 16 ff.). Die Vorinstanz forderte die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin namentlich auf, Belege über die Abzahlung der Schulden der letzten drei Monate innert zehn Tagen nach der Verhandlung einzureichen (vgl. Prot. Vi. S. 26, 27 und 28). Mit Eingabe vom 16. September 2022 (act. 7/46) reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen zu ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (act. 7/47/1-8).

#### **E. 1.5**

Mit Verfügung vom 6. Oktober 2022 (act. 7/49 = act. 4/2 = act. 8 [Akten-exemplar]) wies das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) u.a. das Gesuch der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1) und setzte ihr Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3).

#### **E. 1.6**

Dagegen erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. Oktober 2022 (act. 2) Beschwerde mit folgenden Anträgen: "1. Es seien Ziff. 1 und 3 der Verfügung aufzuheben und es sei der Gesuchstellerin im Verfahren FE220067 vor dem Bezirksgericht Meilen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses abzunehmen.

#### **E. 1.7**

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 7/1-53, inkl. Beizugsakten Eheschutz act. 7/25/9A [Geschäfts-Nr. EE200072] und Abänderung Eheschutz act. 7/25 [Geschäfts-Nr. EE220001]). Mit Verfügung vom 27. Oktober 2022 (act. 5) wurde u.a. auf das Gesuch um Aufschiebung der Vollstreckbarkeit nicht eingetreten und vorgemerkt, dass die der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses nicht säumniswirksam ablaufen könne, bevor über die Beschwerde entschieden sei. Mit Eingaben vom 31. Oktober 2022 (act. 9), vom 9. Dezember 2022 (act. 11) und vom 16. Januar 2023 (act. 14) reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen zur geltend gemachten Mittellosigkeit ins Recht (vgl. act. 10/1-3, act. 12/1-2 und act. 15/1-3). Diese Eingaben können samt Unterlagen im Beschwerdeverfahren von vornherein nicht berücksichtigt werden, da sie nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht wurden (vgl. act. 7/49 i.V.m. act. 7/51/1). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort kann verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO), weil dem Beschwerdegegner als Gegenpartei des Hauptverfahrens im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zukommt und eine allfällige Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege seine Rechte und Pflichten nicht berührt (vgl. BGE 139 III 334 ff., E. 4.2 m.w.H.). Die Sache ist spruchreif.

#### **E. 2**

September 2014, E. 4.2.1). Macht die Beschwerde führende Partei (auch) eine unrichtige Rechtsanwendung geltend, so hat die Beschwerdeschrift (auch) eine minimale rechtliche Begründung zu enthalten (vgl. OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4). Soweit eine Beanstandung vorgebracht wurde,

wendet die Rechtsmittelinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Insoweit ist sie weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4). Die Beschwerde wurde rechtzeitig (act. 7/51/1 i.V.m. act. 2) und mit Anträgen und einer Begründung versehen eingereicht. Insofern steht dem Eintreten nichts entgegen.

### **E. 2.1**

Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Entscheide über die Leistung von Vorschüssen und Sicherheiten können mit Beschwerde angefochten werden (vgl. Art. 103 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, die Beschwerde führende Partei hat sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids einlässlich auseinanderzusetzen und im Einzelnen darzulegen, an welchen konkreten Mängeln der angefochtene Entscheid - 5 - ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Es sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Beschwerdeschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in dieser Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1; BGer 5A\_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1; BGer 5A\_209/2014 vom

### **E. 2.2**

Im Rahmen der Beurteilung von Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege ist insbesondere eine Rechtsfrage, ob die Kriterien zur Bestimmung der Bedürftigkeit zutreffend gewählt wurden. Demgegenüber handelt es sich um Tatfragen, wenn es um die Höhe oder den Bestand einzelner Aufwendungen oder Einnahmen geht (vgl. BGer 5A\_482/2019 vom 10. Oktober 2019, E. 3.1 m.w.H.). In tatsächlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass im Beschwerdeverfahren nicht nur neue Anträge, sondern auch neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel grundsätzlich ausgeschlossen sind (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dieses umfassende Novenverbot gilt auch in Verfahren, die – wie das Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege – der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 mit Verweis auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], S. 7221 ff., S. 7379; ZK ZPO- - 6 - FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 326 N 4). Umso weniger kann im Beschwerdeverfahren (antizipierend) berücksichtigt werden, ob, ab wann und inwiefern es in der Zukunft allenfalls zu einer zwangsweisen Abzahlung von Schulden der Beschwerdeführerin kommen wird (vgl. etwa act. 2 Rz. 41-44, 50-59). Die Vorinstanz kann auf diesen prozessleitenden Entscheid jederzeit zurückkommen und die Beschwerdeführerin müsste unter diesen Umständen dort ein neues Gesuch stellen.

### **E. 2.3**

Nachfolgend ist insoweit auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin einzugehen, als sie den erwähnten prozessualen Obliegenheiten nachgekommen ist, und ihre Ausführungen

Punkte betreffen, welche für den Entscheid wesentlich sind (vgl. statt vieler BGE 148 III 30 ff., E. 3.1).

### **E. 3**

Materielles

#### **E. 3.1**

Subsidiarität des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege zur familien- rechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht (Prozesskostenvorschuss)

##### **E. 3.1.1**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Be- weismittel zu äussern (vgl. Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Es trifft sie eine umfas- sende Mitwirkungsobliegenheit, welche den im Verfahren betreffend die unent- geltliche Rechtspflege geltenden Untersuchungsgrundsatz einschränkt (vgl. BGer 4A\_404/2022 vom 17. Oktober 2022, E. 4.2; BGer 4A\_257/2021 vom

##### **E. 3.1.2**

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin äussert sich in ihrer Be- schwerde nicht zur Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege. Sie stellte vor Vorinstanz – soweit ersichtlich – denn auch keinen Antrag auf Zahlung eines Pro- zesskostenvorschusses und legte auch nicht dar, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden könne, sodass die Vorinstanz diese Auffassung vorfrageweise hätte prüfen kön- nen (vgl. act. 2 i.V.m. act. 7/14). Dass die Aussichtslosigkeit eines Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses derart augenfällig und ohne Durch- suchen der Akten manifest gewesen sei, dass es überspitzt formalistisch gewe- sen wäre, eine formale Erörterung zu verlangen, macht die anwaltlich vertretene

- 8 - Beschwerdeführerin nicht geltend. Der (ebenfalls anwaltlich vertretene) Be- schwerdegegner hatte vor Vorinstanz zwar auch ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, begründet und an der Verhandlung Ausführungen zu seiner behaupteten Mittellosigkeit gemacht. Doch hat die Vorinstanz dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege insbesondere auch mangels Mittellosigkeit abgewie- sen. Sie kam zum Schluss, ihm verbleibe ein Überschuss von Fr. 617.75 pro Mo- nat (act. 8 S. 18). Die Frage, ob eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit ei- nes Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses hätte erfolgen müssen, braucht hier nicht geklärt zu werden. Denn die Vorinstanz durfte – wie nachfolgend darzulegen sein wird – von der fehlenden Mittellosigkeit der Be- schwerdeführerin ausgehen.

### **E. 3.2**

Fehlende Mittellosigkeit

#### **E. 3.2.1**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine Person dann als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensun- terhalts und desjenigen ihrer Familie

erforderlich sind (vgl. BGE 144 III 531 ff., E. 4.1; 141 III 369 ff., E. 4.1). Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Person zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Der Teil der finanziellen Mittel, der zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse notwendig übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden; dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Person ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Person erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich grundsätzlich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (vgl. BGE 141 III 369 ff., E. 4.1; BGE 135 I

- 9 - 221 ff., E. 5.1 = Pra 99 [2010] Nr. 25; BGer 4A\_257/2021 vom 6. September 2021, E. 2.1; BGer 4D\_19/2016 vom 11. April 2016, E. 4.1 und 4.4 je m.w.H.).

### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanz wies das Gesuch der Beschwerdeführerin im Wesentlichen mit der Begründung ab, von ihrem monatlichen Einkommen von rund Fr. 12'500.– (inkl. Kinderzulagen) verbleibe ihr nach Abzug ihres zivilprozessualen monatlichen Bedarfs mit den Kindern von Fr. 8'812.90 ein monatlicher Überschuss von Fr. 3'687.10. Deshalb könne sie nicht als mittellos gelten (insb. act. 8 S. 5-14). Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei mittellos. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz verbleibe ihr lediglich ein monatlicher Überschuss von Fr. 572.14, weil ihr zivilprozessualer monatlicher Bedarf mit den Kindern Fr. 11'927.86 pro Monat betrage. Die Beschwerdeführerin beanstandet in der vorinstanzlichen Bedarfsrechnung die vier Positionen Schuldenabzahlung, Haushaltshilfe/Nanny, Kommunikation/TV/Internet und Mobilität (vgl. act. 2 Rz. 61), auf welche sogleich einzugehen ist.

#### **E. 3.2.2.1**

Unter dem Titel Schuldenabzahlung berücksichtigte die Vorinstanz insgesamt Fr. 850.– pro Monat im Bedarf der Beschwerdeführerin mit den Kindern. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus Fr. 150.– pro Monat für die Abzahlung von Mietzinsschulden, Fr. 200.– pro Monat für die Abzahlung von Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung und Fr. 500.– pro Monat für die Abzahlung von aufgelaufenen Kosten für die Rechtsvertretung (vgl. a.a.O., S. 11 und 14). Sie wies darauf hin, dass Schulden nur berücksichtigt werden könnten, wenn sie regelmässig bezahlt und sich als notwendig erweisen würden (a.a.O., S. 11). Die Beschwerdeführerin hält demgegenüber dafür, es sei nicht jede Schuldverpflichtung unbeachtlich, die von einem Schuldner nicht effektiv bezahlt werde (vgl. act. 2 insb. Rz. 9 und 22 ff.). Die Vorinstanz habe die verfallenen Steuern nicht berücksichtigt, weil sie nicht abbezahlt worden seien. Die Abzahlung solle nun aber stattfinden (vgl. a.a.O., Rz. 40). Es sei ihr für die Abzahlung von Staats- und Gemeindesteuern für das Jahr 2020 zusätzlich ein Betrag von Fr. 2'067.– pro Monat zuzugestehen (vgl. a.a.O., insb. Rz. 38 und 61).

- 10 - Die Beschwerdeführerin stützt sich hierbei auf eine am 18. Oktober 2022, mithin nach Erlass des angefochtenen Entscheides, mit dem Steueramt der Gemeinde G.\_\_\_\_\_

getroffene Zahlungsvereinbarung, welche zwischen Ende Oktober 2022 und Ende März 2023 sechs monatliche Ratenzahlungen von je Fr. 2'067.– für die Abzahlung von Staats- und Gemeindesteuern für das Jahr 2020 vorsieht (vgl. act. 2 Rz. 39 i.V.m. act. 4/6). Damit stützt sich die Beschwerdeführerin auf Noven, welche (nach Erlass des angefochtenen Entscheides von ihr geschaffen wurden und) hier von vornherein nicht berücksichtigt werden können. Im Übrigen können – worauf die Vorinstanz bereits hingewiesen hat – finanzielle Verpflichtungen und Schulden der gesuchstellenden Person auf der Bedarfsseite nur berücksichtigt werden, wenn diese nachweist, dass sie diese effektiv erfüllt resp. effektiv abbezahlt (vgl. BGE 135 I 221 ff., E. 5.1; BGer 4A\_48/2021 vom 21. Juni 2021, E. 3.1; BGer 4D\_19/2016 vom 11. April 2016 E. 4.1 und E. 5.5 je m.w.H.). Alte Schulden, die die gesuchstellende Person (Schuldnerin) nicht (mehr) abbezahlt, haben keinen Vorrang gegenüber der Pflicht eines Rechtsunterworfenen, die staatlichen Leistungen, die er in Anspruch nimmt, zu bezahlen (vgl. BGE 135 I 221 ff., E. 5.1). In Bezug auf die Schuldenabzahlung bleibt es daher bei dem von der Vorinstanz berücksichtigten Betrag von Fr. 850.– pro Monat.

#### **E. 3.2.2.2**

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, der von der Vorinstanz ermessensweise für Fremdbetreuung/Nanny zugestandene Betrag von Fr. 200.– pro Monat sei willkürlich und um "mindestens" Fr. 631.90 auf Fr. 831.90 zu erhöhen (vgl. act. 2 Rz. 30). Gemäss Leitfaden der Stadt Zürich zur Anstellung einer Nanny betrage der Mindestlohn für ungelernte Arbeitnehmende bei 42 Wochenstunden Fr. 3'494.– pro Monat. Bei 10 Wochenstunden (5 x 2h Mittag pro Woche) seien das Fr. 831.90 (vgl. a.a.O., Rz. 29 i.V.m. act. 4/3-4). Die Vorinstanz habe diesbezüglich erwogen, es fehle ein Arbeitsvertrag, die eingereichten Zahlungsbelege würden nichts zur Erhellung beitragen und aus dem Beleg betreffend Geldüberweisung an "Frau H.\_\_\_\_\_" (vgl. act. 2 Rz. 30 und act. 8 S. 11) sei nicht erkennbar, für was und für welchen Zeitraum diese Zahlungen geleistet worden seien. Damit habe die Vorinstanz das Mass angemessener Strenge überspannt. Ausserdem habe sie damit aktenwidrig geurteilt, habe doch "gerade diese H'\_\_\_\_\_" am 7. Juli 2022 unterschriftlich bestätigt, dass sie für die Unterstützung der Beschwerdeführerin namentlich bei der Kinderbetreuung Fr. 1'000.– pro Monat erhalte (act. 2 Rz. 30). Wie bereits dargelegt ist bei der Ermittlung des prozessualen Notbedarfs den individuellen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen (vgl. oben E. 3.2.1). Die Beschwerdeführerin ist 100 % erwerbstätig und die drei 14-, 12- und 9-jährigen Kinder leben zurzeit bei ihr und sehen den Beschwerdegegner laut dessen Angaben nur sehr selten (vgl. Prot. Vi. S. 17 f. und 20). Die Vorinstanz hat daher hier zu Recht eine Bedarfsposition für Kinderbetreuung in die Bedarfsberechnung aufgenommen – obwohl die Beschwerdeführerin zurzeit gerade keine Nanny (mehr) beschäftigt und künftig auch keine Vollzeit-Nanny mehr anstellen will, sondern jemand, der punktuell auf die Kinder schaut und im Haushalt helfe (vgl. act. 2 Rz. 29 und Prot. Vi. S. 22 f.), und (gemäss Effektivitätsgrundsatz) grundsätzlich nur tatsächlich erfüllte finanzielle Verpflichtungen in die Berechnung miteinbezogen werden können (vgl. BGE 135 I 221 ff., E. 5.1 mit Verweis auf BGE 121 III 20 ff., E. 3a). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde nicht aus, weshalb die Vorinstanz für die Haushaltsführung (putzen, waschen, bügeln, kochen, einkaufen) zu Unrecht keine Bedarfsposition berücksichtigt habe (act. 2 Rz. 27 ff.). Daher ist auch nicht erkennbar, weshalb die Vorinstanz aktenwidrig geurteilt haben soll, indem sie nicht auf die von H'\_\_\_\_\_" unterschriftlich bestätigte Vergütung von

Fr. 1'000.– pro Monat abstellte. Denn zum einen war diese als Nanny und Haushaltshilfe angestellt (vgl. Prot. Vi. S. 22 f. und 28 i.V.m. act. 7/27/20; act. 2 Rz. 30) und zum anderen stand sie gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin Vollzeit zur Verfügung (vgl. act. 2 Rz. 20; Prot. Vi. S. 22-24), was nach Darstellung der Beschwerdeführerin nicht mehr nötig sei. Zudem legt die Beschwerdeführerin nicht dar, inwiefern sie vor Vorinstanz eine monatliche Vergütung für eine Kinderbetreuung in der Höhe von mehr als Fr. 200.– pro Monat glaubhaft gemacht haben soll. Soweit sie in ihrer Beschwerdeschrift neue Tatsachenbehauptungen aufstellt und diese auf neu eingereichte Beweismittel stützt (act. 4/3-4), kann sie hier nicht gehört werden (vgl. oben E. 2.2). Nach dem Gesagten bleibt es bei dem von der Vorinstanz ermessensweise für Fremdbetreuung zugestandenem Betrag von Fr. 200.– pro Monat.

### **E. 3.2.2.3**

Für Kommunikation/TV/Internet möchte die Beschwerdeführerin in ihrem Bedarf Fr. 470.– pro Monat statt Fr. 134.95 pro Monat angerechnet haben. Sie stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe Anrufe ins Ausland zu Unrecht im betriebsrechtlichen Notbedarf nicht berücksichtigt. Sie habe diese Kosten vor Vorinstanz belegt und nicht davon ausgehen müssen, dass die Vorinstanz zwischen im In- und Ausland geführten Gesprächen unterscheide. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es seien keine substantiierten Ausführungen dazu gemacht worden, wieso diese Kosten (Anrufverbindungen ins Ausland von Fr. 211.51 und Fr. 266.53, vgl. act. 8 S. 8) notwendige Lebenshaltungskosten darstellen würden. Es sei an der Vorinstanz gewesen, in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht zu klären, wieso diese Kosten notwendige Lebenshaltungskosten darstellen würden (vgl. act. 2 Rz. 31-32). Der von der Vorinstanz unter diesem Titel berücksichtigte Betrag von Fr. 134.95 pro Monat setzt sich aus den von der Beschwerdeführerin belegten monatlichen Ausgaben für ein Yallo-Abo der Beschwerdeführerin von Fr. 25.–, ein Internet-Abo von Fr. 22.–, ein Swisscom-Abo von Fr. 59.95 und den Serafe-Gebühren von Fr. 28.– zusammen. Obschon Auslagen für Kommunikation (Radio, TV, Telefon, Internet) bereits im betriebsrechtlichen Grundbetrag mitenthalten sind (vgl. BGE 126 III 353 ff., E. 1a/bb), wird hierfür im Rahmen der Ermittlung des prozessualen Notbedarfs regelmässig ein Zuschlag angerechnet. Dieser beträgt praxisgemäss Fr. 120.– für Telefon und Internet sowie Fr. 28.– für Radio- und TV-Gebühren (vgl. OGer ZH PC150069 vom 7. April 2016, E. 5.3.10 mit Verweis auf LE140028 vom 5. August 2014, E. 7 [noch zu den ehemals höheren Radio/TV-Gebühren]). Inwiefern es sich in ihrem Fall rechtfertige, diesen Betrag übersteigende Kosten für Anrufverbindungen ins Ausland anzurechnen, hätte daher die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin darlegen müssen. Für eine gerichtliche Fragepflicht bestand von vornherein kein Raum. Hinzu kommt, dass der

- 13 - Beschwerdeführerin aufgrund des von der Vorinstanz eingerechneten Internet-Abos von Fr. 22.– (act. 8 S. 9) auch die Möglichkeiten der (erheblich kostengünstigeren) Internettelefonie – wie etwa über Whatsapp oder Skype – zur Verfügung stünden. Nach dem Gesagten bleibt es im Ergebnis bei dem von der Vorinstanz für Kommunikation/TV/Internet angerechneten Betrag von Fr. 134.95 pro Monat.

### **E. 3.2.2.4**

Für Mobilität möchte die Beschwerdeführerin in ihrem Bedarf Fr. 202.– statt Fr. 121.– pro Monat angerechnet haben (vgl. act. 2 Rz. 33-34). Selbst wenn der höhere, von der

Beschwerdeführerin vor Vorinstanz geltend gemachte Betrag zu berücksichtigen wäre, würde dies an der fehlenden Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin nichts ändern. Es ist darauf somit nicht weiter einzugehen.

### **E. 3.2.3**

Zusammengefasst hat die Vorinstanz zu Recht das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Die Höhe des Kostenvorschusses wird nicht beanstandet. Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführerin ist die erstmalige Frist zur Leistung des Kostenvorschusses neu anzusetzen. Im Falle des unbenützten Ablaufs der neu angesetzten ersten Frist hätte die Vorinstanz sodann die Nachfrist im Sinne des Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen 4.1 Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (vgl. etwa BGE 137 III 470 ff., E. 6; 140 III 501 ff., E. 4.3.2). Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (vgl. Art. 106 ZPO). 4.2 Die Beschwerdeführerin stellt (auch) für das Beschwerdeverfahren (einzig) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. act. 2 S. 2). Da die Beschwerde nach dem Gesagten von vornherein aussichtslos war, ist dieses bereits aus diesem Grund abzuweisen. Daher erübrigen sich weitere Ausführungen.

- 14 - 4.3 Die Entscheidunggebühren für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. 4.4 Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: der Beschwerdeführerin nicht, weil sie mit ihrer Beschwerde unterliegt, und dem Beschwerdegegner nicht, weil ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es wird beschlossen:

### **E. 6**

September 2021, E. 2.1 je m.w.H.). Die Pflicht des Staates, der mittellosen Partei für einen nicht aussichtslosen Prozess die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, ist subsidiär zur familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht. Mit anderen Worten geht der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehepartner dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. BGE 143 III 617 ff., E. 7; 142 III 36 ff., E. 2.3 m.w.H.; 138 III 672 ff., E. 4.2.1; BGer 5A\_448/2009 vom 25. Mai

- 7 - 2010 E. 8.1). Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den anderen Ehegatten setzt grundsätzlich – wie die unentgeltliche Rechtspflege – voraus, dass die gesuchstellende Person mittellos ist und ihre Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheinen (vgl. BGer 5D\_135/2010 vom 9. Februar 2011, E. 3.1; OGer ZH LZ180005 vom 11. Juni 2018, E. II/3.2). Ist dies der Fall und ist der unterhalts- resp. beistandspflichtige Ehepartner in der Lage, die Prozesskosten des anderen zu bevorschussen bzw. neben seinen eigenen Prozesskosten auch jene des Ehepartners zu übernehmen, ist ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zu verneinen (vgl. BGer 5A\_455/2010 vom 16. August 2010, E. 2.2). Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf das Stellen eines Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist, sodass das ersuchte Gericht diese Ansicht vor-

frageweise überprüfen kann (vgl. BGer 5A\_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8 mit Verweis auf BGer 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1 und BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich ohne weiteres abgewiesen werden (vgl. BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A\_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5). Auf eine formale Erörterung kann nur verzichtet werden, wenn die Aussichtslosigkeit eines Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses derart augenfällig und ohne Durchsuchen der Akten manifest ist, dass es überspitzt formalistisch wäre, darauf zu bestehen.

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