

# ZH\_OBERGERICHT RE220004 vom 21. Dezember 2022

ZH Obergericht, 2022-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_RE220004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_RE220004)

FR: ZH\_OBERGERICHT RE220004 du 21 décembre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT RE220004 del 21 dicembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessverlauf

#### E. 1.1

Mit Eingabe vom 23. März 2022 ersuchte die Gesuchstellerin (Beschwerdeführerin) das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) um Erlass von Eheschutzmassnahmen (Urk. 6/1). Zugleich beantragte sie, den Gesuchsgegner (Beschwerdegegner) zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 5'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer an sie zu verpflichten; eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zu gewähren (Urk. 6/1 S. 3 Ziff. 7). Mit Verfügung vom 25. März 2022 setzte die Vorinstanz sowohl der Gesuchstellerin als auch dem Gesuchsgegner Frist zur Einreichung von Unterlagen an (Urk. 6/5). Dabei wies sie auf die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege sowie darauf hin, dass die um Prozesskostenhilfe ersuchende Partei ihr Vermögen, ihr Einkommen und ihre Ausgaben umfassend darzulegen habe, begleitet von den entsprechenden Dokumenten. Ferner stellte sie fest, dass die Prozessparteien gemäss beigebrachter Steuerrechnung über ein gemeinsames Vermögen von über Fr. 700'000.– verfügten (Urk. 6/3/3). Angesichts dieser ausgewiesenen Vermögenssituation sei nicht nachvollziehbar und habe die Gesuchstellerin deshalb ausführlich darzutun, weshalb es ihr nicht möglich sein sollte, einen (Gerichts-)Kostenvorschuss zu leisten. Sollte sie hierzu keine plausiblen Erklärungen abgeben, werde ihr Gesuch betreffend Prozesskostenbeitrag bzw. um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abzuweisen sein (Urk. 6/5 S. 2 f. E. 2). Innert angesetzter Frist reichte der Gesuchsgegner keine Unterlagen ein. Die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin erklärte mit Schreiben vom 12. April 2022, sie könne ausser der Steuererklärung 2020 (Urk. 6/10/4) keine weiteren Unterlagen einreichen, da der Gesuchsgegner bis anhin sämtliche finanziellen Angelegenheiten der Parteien organisiert habe (Urk. 6/9). In der Folge wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. April 2022 abermals darauf hin, dass die gesuchstellende Partei aufgrund einer umfassenden Mitwirkungsobliegenheit sowohl ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch ihre Verpflichtungen voll-

- 3 - ständig anzugeben und soweit möglich zu belegen habe. Komme eine anwaltlich vertretene Partei dieser Obliegenheit nicht nach, könne das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden. Entsprechend wurde die Gesuchstellerin unter anderem aufgefordert, Dokumente zu den gemeinsamen Liegenschaften und Bankkonti, den Mietvertrag und ihre Krankenkassenpolice selbst zu beschaffen und einzureichen sowie dem Gericht Informationen zu den Kosten ihrer Berufsausübung zugänglich zu machen. Zugleich wurde dem Gesuchsgegner eine Nachfrist zur Einreichung der bereits früher einverlangten Unterlagen angesetzt (Urk. 6/12). Am 25. April 2022 ging bei der Vorinstanz eine vom 11. April 2022 datierte, auf die

Verfügung vom 25. März 2022 Bezug nehmende und am 22. April 2022 zur Post gegebene Eingabe des Gesuchsgegners mit Belegen ein (Urk. 6/13 und Urk. 6/14/1-13). Demgegenüber stellte sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 2. Mai 2022 auf den Standpunkt, es sei ihr nicht zumutbar, weitere Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 6/17). Am 3. Mai 2022 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung (Urk. 6/20 = Urk. 2 S. 6 f.): "1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Leistung eines Prozesskostenbeitrages durch den Gesuchsgegner wird abgewiesen.

### **E. 1.2**

Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 16. Mai 2022 "Berufung und Beschwerde" mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.): "1. Es seien Dispositivziffern 1-4 der Verfügung vom 3. Mai 2022 des Bezirksgerichts Meilen mit Geschäftsnummer EE220013 aufzuheben und das Urteilsdispositiv sei wie folgt zu ersetzen:

- 4 - 1. Über das Gesuch der Gesuchstellerin betreffend die Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch den Gesuchsgegner wird im Endentscheid entschieden. 2. Der Gesuchstellerin wird einstweilen für die Dauer des Verfahrens die unentgeltliche Prozessführung bewilligt. 3. Der Gesuchstellerin wird X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin für die Dauer des Verfahrens beigegeben. 4. Auf einen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten wird verzichtet. 2. Eventualiter seien Dispositivziffern 1-4 der Verfügung vom 3. Mai 2022 des Bezirksgerichts Meilen mit Geschäftsnummer EE220013 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen. 3. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren einen Kostenvorschuss für ihre Anwaltskosten von einstweilen CHF 2'500.00 zu bezahlen. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren zu gewähren und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertretung beigegeben. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsbeklagten. Eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Vorinstanz." Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-21). Mit Verfügung vom 22. Juni 2022 (Urk. 8) wurde festgehalten, dass die Rechtsmitteleingabe der Gesuchstellerin als Beschwerde entgegengenommen werde, weil der für die Berufung erforderliche Mindeststreitwert nicht erreicht sei (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Zugleich wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt, welche dieser ungenutzt verstreichen liess. Weitere prozessuale Anordnungen erfolgten nicht. Das Beschwerdeverfahren ist spruchreif. 2. Prozessuale Vorbemerkungen

### **E. 2**

Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.

#### **E. 2.1**

Der Gesuchsgegner hat seinen Wohnsitz per 1. Dezember 2022 nach C.\_\_\_\_\_ [Staat in Europa] verlegt (vgl. Urk. 9). Eine Mitteilung an das Gericht unterliess er. Da seine neue Adresse bekannt ist, ist das Rubrum dennoch anzupassen.

#### **E. 2.2**

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Sowohl die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege als auch der Entscheid betreffend Kostenvor-

- 5 - schuss nach Art. 98 ZPO sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift mit Beschwerde anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 121 bzw. Art. 103 ZPO). Dasselbe gilt für die Abweisung des Gesuchs um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags, wenn dieser – wie hier – den für die Berufung erforderlichen Mindeststreitwert nicht erreicht (Art. 319 lit. a ZPO; vgl. auch Urk. 8 S. 2). Eines drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bedarf es nicht (vgl. Urk. 1 S. 5). Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht bei der zuständigen kantonalen Beschwerdeinstanz (§ 48 GOG) erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 6/21/1), und die durch die angefochtene Verfügung beschwerte Gesuchstellerin ist zu deren Erhebung ohne Weiteres legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (vgl. dazu OGer ZH RT190063 vom 08.08.2019, E. 2.2 m.w.Hinw.; BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2; BGE 147 III 176, E. 4.2.1) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der zweitinstanzliche Entscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

### **E. 2.3**

Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis eines Beschwerdegrundes) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren (vor Erlass des angefochtenen Entscheids) nicht behauptet, bestritten oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; vgl. immerhin BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGE 145 III 422 E. 5.2 S. 427 f.; BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Das gilt (entgegen ZR 118/2019 Nr. 61, E. II.2.2) selbst dann, wenn die Erstinstanz den Anspruch der beschwerdeführenden Partei auf rechtliches Gehör verletzt hat (vgl. OGer ZH RV220001 vom 23.03.2022, E. II.1.3.2); auch diesfalls sind ergänzende Vorbringen und Beweismittel im Beschwerdeverfahren unzulässig. Die erstmals mit der Beschwerde vorgetragenen Behauptungen zu den finanziellen Verhältnissen der Gesuchstellerin und der neu eingereichte Kontoauszug (Urk. 5/1) sind für die Entscheidungsfindung deshalb unbeachtlich. Insbesondere können sie nicht im Sinne einer nachträglichen Wahrnehmung des allgemeinen Replikrechts auf die Eingabe des Gesuchsgegners vom 11. April 2022 (Urk. 6/13)

- 6 - mitberücksichtigt werden (so sinngemäss aber Urk. 1 S. 9 Rz 14; vgl. auch hinten, E. 3.5.3).

### **E. 2.4**

Mit Bezug auf die von der Rechtsprechung konkretisierten gesetzlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf einen Prozesskostenbeitrag und auf unentgeltliche Rechtspflege im Eheschutzverfahren kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die einlässlichen und zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 6/5 S. 2 f. E. 2 und Urk. 6/12 S. 3 ff. E. 3, je wiederholt in Urk. 2 S. 2 ff. E. 2.1-2). 3. Beurteilung der Beschwerde

### **E. 3**

Das Gesuch der Gesuchstellerin um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person von Rechtsanwältin X. \_\_\_\_\_ wird abgewiesen.

### **E. 3.1**

In ihrer "Konklusion" führte die Vorinstanz aus, das Gesuch betreffend Kostenbeitrag oder unentgeltliche Rechtspflege könne mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden, wenn eine anwaltlich vertretene Gesuchstellerin ihren (Mitwirkungs-)Obliegenheiten nicht (genügend) nachkomme. Vorliegend habe die Gesuchstellerin nicht glaubhaft machen können, dass sie bedürftig sei. Sie habe keine entsprechenden Belege eingereicht, obwohl es ihr zumutbar gewesen wäre. Die rechtskundig vertretene Gesuchstellerin habe weder zu ihrem aktuellen Bedarf noch zu ihrem aktuellen Einkommen irgendwelche Angaben gemacht. Selbst wenn sie über keine Unterlagen verfüge, hätte sie zumindest ihren Bedarf und ihre Einkommensverhältnisse rudimentär dargelegen können. Somit habe sie, nachdem gemäss Steuererklärung offensichtlich genügend finanzielle Mittel vorhanden seien, ihre Bedürftigkeit nicht glaubhaft machen können. Die Gesuche der Gesuchstellerin betreffend Leistung eines Kostenbeitrags durch den Gesuchsgegner sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege seien deshalb abzuweisen und der Gesuchstellerin sei Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses anzusetzen (Urk. 2 S. 6 E. 3).

### **E. 3.2**

Die Gesuchstellerin bemängelt zunächst, dass die Vorinstanz im Rahmen eines Zwischenentscheids über ihren Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags entschieden hat. Gemäss gefestigter Rechtsprechung dürfe dies erst im Endentscheid geschehen (Urk. 1 S. 8 Rz 10 und S. 12 Rz 20).

#### **E. 3.2.1**

Ausser Diskussion steht, dass die Gesuchstellerin durch die Abweisung ihres Gesuchs um einen Prozesskostenbeitrag beschwert ist (vgl. auch vorne, E. 2.2). Die Rechtmässigkeit der Abweisung als solche ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Rüge (vgl. dazu vielmehr hinten, E. 3.5.3), mit welcher lediglich der Zeitpunkt des Entscheids beanstandet wird. Dass und inwiefern die Gesuchstellerin allein dadurch beschwert sein könnte, dass ihr Gesuch nicht erst im Endentscheid, sondern schon früher während laufendem Verfahren beurteilt wurde, wird in der Beschwerde nicht rechtsgenügend dargetan und liegt auch nicht auf der Hand. Damit fehlt es aber an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beurteilung der Rüge und insofern an einer Rechtsmittelvoraussetzung (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 3.2.2**

Die Rüge wäre im Übrigen auch materiell unbegründet: Die Rechtsprechung, wonach über die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags – im Unterschied zum Prozesskostenvorschuss, der eine vorsorgliche Massnahme in Form einer vorsorglichen Geldzahlung darstellt – (erst) im Endentscheid befunden wird, gründet im Umstand, dass im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen (und mithin auch keine Prozesskostenvorschüsse) zugesprochen werden können (vgl. OGer ZH LE130048 vom 21.10.2013; E. 4.a; OGer ZH RE130016 vom 17.09.2013, E. II.3.c; OGer ZH LE130035 vom 24.05.2013, E. 4.c und E. 5.c; Maier, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra 2019, S. 835). Dieses Hindernis, d.h. die Un-

zulässigkeit vorsorglich zugesprochener Geldzahlungen, besteht jedoch von vornherein nur bei Gutheissung des Gesuchs. Bei Gesuchsabweisung werden demgegenüber keine – weder vorsorgliche noch andere – Geldzahlungen angeordnet. Steht fest, dass es an den Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags fehlt (weil z.B. keine prozessuale Bedürftigkeit der ansprechenden Partei vorliegt oder diese ihren Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachkommt), kann der entsprechende Antrag deshalb ohne Rechtsverletzung schon vor dem Endentscheid (Art. 236 ZPO) abgewiesen werden. Der Sache nach

- 8 - ergeht diesfalls ein in der ZPO nicht besonders erwähnter Teilentscheid (betreffend Prozessfinanzierung aufgrund der ehelichen Beistandspflicht), der eine Variante des Endentscheids darstellt (vgl. BSK ZPO-Steck/Brunner, Art. 236 N 18 ff.; Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 236 N 11). Im Übrigen erschiene keineswegs undenkbar, bei – in der Praxis jedoch häufig fehlender – Spruchreife im Sinne eines Teilentscheids betreffend die eheliche Beistandspflicht bezüglich Prozessfinanzierung (Art. 159 Abs. 3 ZGB) schon vor dem Endentscheid definitiv einen Prozesskostenbeitrag zuzusprechen. Diese Frage kann vorliegend aber offenbleiben.

### **E. 3.3**

Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, es könne kein Kostenvorschuss verlangt werden, solange ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und subsidiär um Prozesskostenbeitrag "verlangt" werde (Urk. 1 S. 8 Rz 11). In der Tat ist eine Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses oder einer Sicherheit (Art. 98 f. ZPO) unzulässig, solange über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege oder um Zusprechung einer sog. "provisio ad litem" noch nicht entschieden wurde. Insbesondere geht es nicht an, in ein und derselben Verfügung eine identische Frist sowohl zur Einreichung von Unterlagen betreffend die finanziellen Verhältnisse als auch zur Leistung eines Kostenvorschusses anzusetzen (BGE 138 III 163 E. 4.2 S. 165 f.; BGE 138 III 672 E. 4.2.1 S. 674). Im Einklang damit verzichtete die Vorinstanz denn auch vorerst auf die Einholung eines Kostenvorschusses (vgl. Urk. 6/5 S. 5 Disp.-Ziff. 1). Hingegen spricht nichts dagegen, in ein und demselben Entscheid zunächst das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses oder -beitrags abzuweisen und zugleich Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses anzusetzen, wie die Vorinstanz es tat (vgl. BGE 138 III 163 E. 4.3 S. 166; BGer 4A\_84/2014 vom 18. September 2014, E. 2). Daran hindert auch der Umstand nicht, dass Art. 98 ZPO als "Kann"-Vorschrift ausgestaltet ist (vgl. Urk. 1 S. 12 Rz 21) und die Erhebung eines Vorschusses – auch im Eheschutzverfahren (vgl. ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 98 N 3) – ins pflichtgemässe Ermessen des Gerichts legt, zumal die Verpflichtung der klagenden (im summarischen Verfahren: gesuchstellenden [vgl. Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 98 N 3; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 98 N 4]) Partei zur Vorschuss-

- 9 - leistung die Regel und der Verzicht darauf die Ausnahme darstellt (vgl. BGE 140 III 159 E. 4.2 S. 162 f.). Die Rüge geht somit fehl.

### **E. 3.4**

Die Gesuchstellerin stört sich sodann am Umstand, dass die Vorinstanz die Parteien nicht sofort nach Eingang des Eheschutzbegehrens zur mündlichen Verhandlung vorlud, sondern zunächst verschiedene Unterlagen einforderte (Urk. 1 S. 6 Rz 3 und Rz 5, S. 8 Rz 12). Abgesehen davon, dass weder rechtsgenügend dargetan noch ersichtlich ist, was sie daraus

mit Bezug auf den angefochtenen Entscheid zu ihren Gunsten ableiten will, ist das vorinstanzliche Vorgehen auch in der Sache nicht zu beanstanden. Art. 273 ZPO schreibt lediglich vor, dass das Gericht eine mündliche Verhandlung durchzuführen habe. Zu deren Zeitpunkt lässt sich der Vorschrift aber nichts entnehmen. Insbesondere verlangt Art. 273 ZPO nicht, dass die Verhandlung vorab (vgl. Urk. 1 S. 6 Rz 3), d.h. vor der Einforderung von Unterlagen und vor der Beurteilung eines bereits gestellten Gesuchs um Prozesskostenhilfe stattzufinden habe. Der Zeitpunkt ihrer Ansetzung und Durchführung liegt – als Akt der Prozessleitung im Sinne von Art. 124 ZPO – vielmehr im Ermessen des Gerichts (vgl. CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 124 N 1 f.; ZK ZPO-Staehelin, Art. 124 N 4; BGE 140 III 159 E. 4.2 S. 162; BGer 5D\_160/2014 vom 26. Januar 2015, E. 2.3). Deshalb ist es grundsätzlich auch zulässig, noch vor Ansetzung der Verhandlung gestützt auf Art. 98 ZPO einen Kostenvorschuss einzufordern oder über ein Armenrechtsgesuch zu entscheiden. Letzteres trägt der bundesgerichtlichen Praxis Rechnung, wonach umgehend über ein Armenrechtsgesuch zu entscheiden ist, wenn die Rechtsvertretung nach dessen Einreichung gehalten ist, weitere Verfahrensschritte (wie beispielsweise auch die Teilnahme an einer Verhandlung) zu unternehmen. In diesen Fällen ist ein umgehender Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung unumgänglich, damit Klientenschaft und Rechtsvertretung sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können (vgl. BGer 1C\_262/2019 vom 6. Mai 2020, E. 3.1 m.Hinw. auf BGer 4A\_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2; BGer 5D\_98/2016 vom 22. Juni 2016, E. 4.1 m.w.Hinw.). Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 52 ZPO) ist nicht auszumachen (vgl. Urk. 1 S. 8 Rz 12).

- 10 -

### **E. 3.5**

Die Gesuchstellerin rügt weiter eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. So habe die Vorinstanz ihr die Eingabe des Gesuchsgegners vom 11. April 2022 samt Beilagen (Urk. 6/13 und Urk. 6/14/1-13) erst zusammen mit der angefochtenen, ihre Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abweisenden Verfügung zur Kenntnis gebracht. Dadurch sei ihr verunmöglicht worden, zu diesen Unterlagen bzw. zu den darin aufgeführten Positionen Stellung zu beziehen, was sie nach Eingang der gesuchsgegnerischen Eingabe selbstverständlich getan hätte. Es sei nachvollziehbar, dass die Gesuchstellerin beim (damals) aktuellen Verfahrensstand keine komplette Gegenüberstellung von Einkommen und Ausgaben vorgebracht habe, da praktisch alle Positionen auf Schätzungen beruht hätten, was nicht ansatzweise sinnvoll sei (Urk. 1 S. 7 Rz 7, S. 9 f. Rz 14 und Rz 17; vgl. auch S. 8 Rz 12).

#### **E. 3.5.1**

Nach gefestigter bundesgerichtlicher Praxis verleiht der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) bzw. auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) den Parteien das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen, bevor das Gericht seinen Entscheid fällt. Unerheblich ist dabei, ob die Eingabe neue und/oder wesentliche Vorbringen (Tatsachen oder Argumente) enthält und ob sie das Gericht oder den zu fällenden Entscheid tatsächlich zu beeinflussen vermag. Es ist Sache der Parteien (und nicht primär des Gerichts) zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder

nicht, bzw. zu entscheiden, ob sie zu einer Eingabe Bemerkungen anbringen wollen (statt vieler BGE 133 I 100 E. 4.3-4.6 S. 102 ff.; BGE 146 III 97 E. 3.4.1 S. 103 f. m.w.Hinw.; BGer 2C\_356/2010 vom 18. Februar 2011, E. 2.1; BGer 4A\_410/2011 vom

### **E. 3.5.2**

Im vorliegenden Fall reichte der Gesuchsgegner am 22. April 2022 eine Eingabe (datiert vom 11. April 2022, bei der Vorinstanz eingegangen am 25. April 2022) samt Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen der Parteien ein

- 12 - (Urk. 6/13 und Urk. 6/14/1-13). Zwar stand diese Eingabe nicht in direktem Zusammenhang mit den Gesuchen der Gesuchstellerin um Prozesskostenhilfe, sondern wurde im Hinblick auf den Entscheid in der Hauptsache, d.h. auf die Beurteilung der Eheschutzbegehren eingereicht (vgl. Urk. 6/5). Sie enthält aber auch Angaben, die für die Beurteilung der Gesuche um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrags bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von Relevanz sein können. Dennoch wurde sie der Gesuchstellerin erst mit der angefochtenen Verfügung vom 3. Mai 2022 zur Kenntnis zugestellt (vgl. Urk. 2 S. 7 Disp.-Ziff. 5) und derselben damit die Möglichkeit abgeschnitten, sich in Ausübung ihres Replikrechts hierzu zu äussern. Darin liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) bzw. auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) und mithin eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO). Zur Wahrung des Gehörsanspruchs hätte die Vorinstanz der Gesuchstellerin die Eingabe des Gesuchsgegners vor dem Entscheid über deren prozessuale Gesuche zur Kenntnis bringen müssen, zumal sich die Gesuchstellerin in ihrer Gesuchsbegründung ausdrücklich vorbehalten hatte, ihre "hierin gemachten Ausführungen zu präzisieren, zu ergänzen oder abzuändern, sobald die genauen Bedarfszahlen des Gesuchsgegners vorliegen" (Urk. 6/1 S. 10 Rz 22). Zwar war im Zeitpunkt des Versands der Verfügung vom 19. April 2022, mit der die Gesuchstellerin nochmals aufgefordert wurde, ihrer Mitwirkungsobligiertheit gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO nachzukommen (Urk. 6/12), die Eingabe des Gesuchsgegners noch nicht bei der Vorinstanz eingetroffen (vgl. den Versand- bzw. Eingangsstempel auf Urk. 6/12 und Urk. 6/13). Eine Zustellung im Nachgang zu dieser Verfügung drängte sich aber umso mehr auf, als die Gesuchstellerin selbst bis zu diesem Zeitpunkt praktisch keine Angaben zu ihren finanziellen Verhältnissen gemacht und kaum Unterlagen eingereicht hatte, da gemäss ihrer eigenen Darstellung der Gesuchsgegner alles Finanzielle organisiert und sie deswegen keine hinreichende Kenntnis von den massgeblichen Positionen habe. Unter diesen Umständen hätte eine Kenntnissgabe der gegnerischen Eingabe der Gesuchstellerin ermöglicht, sich mit den Vorbringen und Belegen des Gesuchsgegners auseinanderzusetzen und gestützt darauf allenfalls nähere Angaben zu ihrer eigenen finanziellen Situation zu machen. Diesbezügliche Noven wären unter der

- 13 - Herrschaft der vorliegend geltenden eingeschränkten Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 272 ZPO [betr. Eheschutz] und BGer 5A\_716/2021 vom 7. März 2022, E. 3; BGer 5D\_102/2022 vom 13. September 2022, E. 2.1 [betr. unentgeltliche Rechtspflege]) denn auch ohne Weiteres zulässig gewesen (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO). Die Rüge der Gehörsverletzung ist daher an sich begründet.

### **E. 3.5.3**

Das Recht, angehört zu werden, und mithin auch das allgemeine Replikrecht ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des

Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197; BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226; BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17; BGer 4A\_86/2018 vom 6. August 2018, E. 2.3; CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 53 N 14), sofern eine Heilung im Rechtsmittelverfahren ausser Betracht fällt, was aufgrund des Noven-verbots (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.3) und der in Tatfragen bloss beschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 320 lit. b ZPO) im vorliegenden Fall zutrifft (vgl. Hoffmann-Nowotny/Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel – Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 327 N 14; Schenker, Stämpfli Handkommentar, ZPO 53 N 23; ZK ZPO-Sutter- Somm/Chevalier, Art. 53 N 27 f.; BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 83; CHK-Sutter- Somm/Seiler, ZPO 53 N 15; s.a. BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226). Dieses Recht ist jedoch kein Selbstzweck. Wenn nicht ersichtlich ist, dass und welchen Einfluss seine Verletzung auf das Verfahren hatte, muss der angefochtene Entscheid nicht aufgehoben werden (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 S. 386; BGer 5A\_120/2019 vom 21. August 2019, E. 2.3 m.w.Hinw.). Die Gutheissung des Vorwurfs der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör setzt somit voraus, dass die beschwerdeführende Partei in ihrer Begründung darlegt, welche Argumente sie im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht hätte und inwiefern diese relevant gewesen wären. Andernfalls würde die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein aufgrund der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu einer sinnlosen Formalität führen und das Verfahren unnötig verlängern (BGer 5A\_644/2022 vom 31. Oktober 2022, E. 3.1; BGer 4A\_593/2020 vom 23. Juni 2021, E. 7.2 [je m.w.Hinw.]). Genau dies wäre bei einer Gutheissung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz aber vorliegend der Fall:

- 14 - Wie in der Beschwerde zutreffend festgehalten wird, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Gesuchstellerin ihre Bedürftigkeit nicht glaubhaft gemacht habe. Entgegen der Gesuchstellerin führte sie aber nicht aus, dass "weder der aktuelle Bedarf noch das aktuelle Einkommen ermittelt werden könnte" (vgl. Urk. 1 S. 9 Rz 13 [und S. 10 Rz 17]). Vielmehr warf sie der Gesuchstellerin vor, keine entsprechenden Belege (zum Nachweis ihrer Bedürftigkeit) eingereicht und weder zu ihrem aktuellen Bedarf noch zu ihrem aktuellen Einkommen irgendeine Angaben gemacht zu haben, obwohl ihr zumindest eine rudimentäre Darlegung zumutbar gewesen wäre und obwohl "gemäss Steuererklärung offensichtlich genügend finanzielle Mittel vorhanden" seien (Urk. 2 S. 6 E. 3). Damit sprach sie insbesondere das in der Steuererklärung ausgewiesene Vermögen der Parteien von über Fr. 700'000.– aus Wertschriften und Guthaben (Bankkonti) an. Bereits in ihrer Verfügung vom 25. März 2022 hatte die Vorinstanz unter explizitem Hinweis auf dieses Vermögen erwogen, dass die Gesuchstellerin ausführlich darzutun habe, weshalb es ihr nicht möglich sein solle, "keinen [gemeint: einen] Prozesskostenvorschuss zu bezahlen", und dass ihr Gesuch betreffend Prozesskostenbeitrag bzw. unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abzuweisen sein werde, "[s]ollte sie hierzu [d.h. zur ausgewiesenen Vermögenssituation] keine plausiblen Erklärungen abgeben" (Urk. 6/5 S. 3 E. 2). Solche Erklärungen gab die Gesuchstellerin in der Folge nie ab, obwohl sie selbst eine Kopie der Steuererklärung 2020 einreichte, die von ihr mitunterzeichnet ist und deren Inhalt ihr deshalb bekannt sein muss (Urk. 6/10/4). Danach verfügen die Parteien über Wertschriften und Guthaben von über Fr. 700'000.–, verteilt auf drei CHF-Konten bei der D.\_\_\_\_\_ [Bank] und ein EUR-Konto bei der E.\_\_\_\_\_ [Bank]. Zu diesen Konten äusserte sich die Gesuchstellerin trotz ausdrücklicher Aufforderung durch die Vorinstanz nicht näher. Sie belies es in diesem Zusammenhang bei der Behauptung, der Gesuchsgegner habe ihr den Zugriff "zum gemeinsamen Konto der Parteien" entzogen (Urk. 6/1 S. 8 Rz 17; s.a.

S. 9 Rz 20: "Zugriffsentzug zum gemeinsamen Konto"), ohne näher darzulegen, auf welches der vier Konten sie sich bezog und was es mit den anderen drei Konten auf sich hat. Die zunächst in Aussicht gestellte "de-taillierte Begründung" (vgl. Urk. 6/1 S. 9 Rz 20) reichte sie nie nach. Stattdessen machte sie später lediglich geltend, keine "weitere[n] Unterlagen" einreichen zu

- 15 - können (Urk. 6/9), bzw. es sei ihr "sicherlich nicht zumutbar", innert zehn Tagen "irgendwelche Dokumente von ... den 'Konten in C. \_\_\_\_\_ (auch auf seinen Namen lautend und sie hat keinen Zugriff darauf) von einer ausländischen Bank zu beschaffen" (Urk. 6/17 S. 3 Rz 5). Ihr pauschaler Hinweis auf die "Konten" in C. \_\_\_\_\_ bzw. bei "einer ausländischen Bank" steht indessen in offenem Widerspruch zu den Angaben in der Steuererklärung, welche drei Schweizer (CHF-)Konten bei der D. \_\_\_\_\_ ausweist. Zu diesen drei Konten verlor sie indessen kein Wort. Mit ihren zu rudimentären, vollends unsubstantiierten und überdies den selbst eingereichten Belegen widersprechenden Behauptungen zu den Bankguthaben blieb die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin trotz unmissverständlicher Aufforderung durch die Vorinstanz eine auch nur ansatzweise plausible Darstellung ihrer auf den ersten Blick gegen eine Bedürftigkeit sprechenden Vermögenssituation schuldig. Letztere blieb deshalb im Dunkeln. Zumindest erklärende Ausführungen wären ihr aber selbst dann möglich, zumutbar und von ihr zu erwarten gewesen, wenn sie tatsächlich ausser Stande gewesen sein sollte, diesbezügliche Unterlagen zu beschaffen. Hierfür war sie auch nicht auf die Mitwirkung des Gesuchsgegners angewiesen (vgl. Urk. 1 S. 11 Rz 17 und S. 12 Rz 20). Insofern warf ihr die Vorinstanz zu Recht eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit hinsichtlich der Glaubhaftmachung ihrer Bedürftigkeit vor. Die Gesuchstellerin äussert sich auch in der Beschwerde nur am Rande und ohne Bezugnahme auf die Eingabe des Gesuchsgegners zur Vermögenssituation. Sie legt nicht dar, welche Argumente sie dazu im erstinstanzlichen Verfahren wegen der Gehörsverletzung nicht vorbringen konnte und ohne die Gehörsverletzung vorgebracht hätte und inwiefern dieselben für die Beurteilung ihrer Gesuche relevant gewesen wären. Stattdessen wiederholt sie im Wesentlichen lediglich, was sie im erstinstanzlichen Verfahren bereits vorgetragen hat (Urk. 1 S. 11 Rz 19). Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Berücksichtigung ihrer neuen Argumente, welche einzig ihren Bedarf und ihr Einkommen betreffen (vgl. Urk. 1 S. 9 ff. Rz 15 ff.), erwies sich deshalb als formeller Leerlauf. Damit bleibt es dabei, dass die Gesuchstellerin ihre Mitwirkungsobliegenheit bezüglich der Darlegung ihrer Vermögenssituation verletzt und die Vorinstanz das Gesuch

- 16 - um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Recht abgewiesen hat.

### **E. 3.6**

Weitere Beschwerdegründe im Sinne von Art. 320 ZPO werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 4**

Der Gesuchstellerin wird eine Frist von 7 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Meilen in bar oder durch Überweisung auf das Postkonto (...) einen Kostenvorschuss von CHF 6'000.- zu leisten. ...

### **E. 4.1**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher bemisst sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) und ist in (analoger) Anwendung von § 9 Abs. 1 GebV OG (in Verbindung mit § 12 Abs. 1 GebV OG) auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

#### **E. 4.2**

Für das zweitinstanzliche Verfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Dem nicht kostenpflichtigen Gesuchsgegner, der die Beschwerde nicht beantwortet hat, sind im Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Gesuchstellerin ihrerseits hat als vollumfänglich unterliegende Partei ohnehin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 5. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

#### **E. 5**

... [Mitteilung]

#### **E. 5.1**

Die – anwaltlich vertretene – Gesuchstellerin beantragt, den Gesuchsgegner zu verpflichten, ihr für das vorliegende (zweitinstanzliche) Verfahren einen Kostenvorschuss für ihre Anwaltskosten von einstweilen Fr. 2'500.– zu bezahlen (Urk. 1 S. 2 f. Antrag 3, 1. Absatz). Damit verlangt sie – anders als noch vor Vorinstanz, wo sie ausdrücklich um Leistung eines Prozesskostenbeitrags ersuchte (vgl. Urk. 6/1 S. 3 Ziff. 7) – offensichtlich einen vorläufigen Kostenvorschuss im Sinne einer vorsorglichen Massnahme. Wie sie in ihrer Rechtschrift selber zum Ausdruck bringt (Urk. 1 S. 7 Rz 6), können im Eheschutzverfahren – das vorliegende Rechtsmittelverfahren stellt Teil eines solchen dar – mangels gesetzlicher

- 17 - Grundlage jedoch keine vorsorglichen Geldzahlungen und mithin auch kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen werden (vgl. vorne, E. 3.2.2 m.w.Hinw.). Der Antrag ist deshalb abzuweisen. Dass dieser tatsächlich auf einen Vorschuss (und nicht auf einen Prozesskostenbeitrag) abzielt, erhellt auch daraus, dass die Gesuchstellerin in ihrer Beschwerdebegründung klar und in zutreffender Weise zwischen Prozesskostenvorschuss und -beitrag differenziert und ihr der Unterschied (vgl. dazu insbes. OGer ZH RE130016 vom 17.09.2013, E. II.3.c) somit durchaus bekannt ist. Es geht deshalb nicht an, den Beschwerdeantrag 3 entgegen seinem klaren Sinn in einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags umzu- deuten resp. sinngemäss als solchen aufzufassen (vgl. OGer ZH LE130048 vom 21.10.2013, E. 4.a; Maier, a.a.O., S. 835 f.). Ein Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags wurde demnach nicht gestellt. Einem Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags hätte aber auch kein Erfolg beschieden sein können, weil die Beschwerde – wie die vorstehenden Erwägungen zeigen – trotz der festgestellten Gehörsverletzung als aussichtslos einzustufen ist.

#### **E. 5.2**

Unter diesen Umständen kann auch dem eventualiter gestellten Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Urk. 1 S. 3 Antrag 3, 2. Absatz) im Beschwerdeverfahren nicht entsprochen werden. Denn der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär gegenüber den familienrechtlichen Unterstützungs- pflichten, aus denen der Anspruch auf

Prozesskostenvorschuss oder -beitrag fliesst. Unter Vorbehalt (hier unstreitig fehlender; vgl. Urk. 1 S. 8 Rz 12) offenkundiger Mittellosigkeit der Gegenpartei setzt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb voraus, dass die gesuchstellende Partei zunächst um Zusage eines Prozesskostenbeitrags ersucht. Unterlässt sie dies wie vorliegend, ist das Armenrechtsgesuch mangels hinreichender Begründung ohne Weiteres abzuweisen (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3; BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4). Im Übrigen könnte die Gesuchstellerin ohnehin nicht als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO gelten, nachdem der Gesuchsgegner nach ihrer eigenen Darstellung "über Ersparnisse [verfügt], welche es ihm erlauben würden, ihr im vorliegenden Prozess finanziell beizustehen" (Urk. 6/1 S. 9 Rz 20).

- 18 - Es wird beschlossen:

#### **E. 6**

... [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage]"

#### **E. 11**

Juli 2012, E. 4.1; BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3). Aus dem unbedingten Charakter dieses sog. "Replikrechts" folgt, dass es von den Parteien nach jeder Stellungnahme der Gegenpartei ausgeübt werden kann (BGE 146 III 97 E. 3.4.2 S. 104). Deshalb müssen grundsätzlich sämtliche Eingaben von Parteien sowie Vernehmlassungen und Stellungnahmen von Vorinstanzen oder Dritten den übrigen Verfahrensparteien zur Kenntnisnahme zuge-

- 11 - stellt werden. Denn nur durch effektive Kenntnis der eingegangenen Eingabe werden diese in die Lage versetzt, ihr konventions- und verfassungsmässiges Äusserungsrecht auch tatsächlich wahrnehmen zu können. Die Zustellung kann mit der Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels verbunden werden oder mit der förmlichen Fristansetzung zur freigestellten Vernehmlassung. Die Eingabe kann, soweit das Gesetz einen weiteren Schriftenwechsel nicht zwingend vorsieht, jedoch auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine weitere Äusserungsmöglichkeit zur blossen Kenntnisnahme (Information, Orientierung) übermittelt werden, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen zutrifft. Hält eine Partei eine Stellungnahme zu einer ihr (ohne formelle Fristansetzung) zur Kenntnisnahme zugestellten Eingabe oder einem anderen Aktstück für erforderlich, muss sie diese grundsätzlich von sich aus unverzüglich einreichen oder beantragen, ansonsten davon auszugehen ist, sie verzichte auf eine Stellungnahme. Auf der anderen Seite muss das Gericht bei dieser Vorgehensweise mit der Entscheidfällung zuwarten, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 133 I 98 E. 2.2 S. 99 f.; BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; BGE 146 III 97 E. 3.4.1 S. 104; BGer 5D\_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3). Das allgemeine oder unbedingte Replikrecht besteht nach einhelliger Ansicht auch im summarischen Verfahren (vgl. CHK-Sutter-Somm/Seiler, ZPO 253 N 8 m.w.Hinw.; CPC-Komm-Bohnet, Art. 253 N 9; s.a. BGE 144 III 117 E. 2.1 S. 118; BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 242; BGer 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.1; BGer 5A\_151/2007 vom 22. Januar 2008, E. 3.2) und damit insbesondere auch im Eheschutzverfahren sowie im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Art. 271 lit. a und Art. 119 Abs. 3 ZPO). Folglich ist auch in solchen Verfahren zu gewährleisten, dass sich die Parteien vor der Entscheidfällung zu jeder Eingabe der Gegenpartei äussern können.

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