

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC180049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## **Beschluss und Urteil vom 23. Januar 2019**

in Sachen

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

Beklagter/Gesuchsteller und Beschwerdeführer

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

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Ehescheidung (Art. 114 ZGB) (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Ver-  
fahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Dezember 2018; Proz. FE180105**

### **Erwägungen:**

#### **1.**

1.1. Seit dem 19. Juli 2018 ist die Scheidungsklage der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) vor Vorinstanz anhängig, in dessen Rahmen die Beschwerdegegnerin unter anderem um Erlass vorsorglicher Massnahmen ersuchte (act. 4/1). Nachdem die Vorinstanz bei der Beschwerdegegnerin einen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten einverlangt hatte, welchen diese leistete, und sie zur Einreichung diverser Unterlagen veranlasst hatte (act. 4/5, 4/10, 4/11–13), wurde – nachdem die Vorinstanz erst noch Frist zur Begründung des Massnahmenbegehrens angesetzt und den Beschwerdeführer mit gleicher Verfügung zur Einreichung seiner Anträge bezüglich der Scheidungsfolgen und diverser Unterlagen angehalten hatte (vgl. act. 4/15) – das Massnahmenverfahren auf Wunsch der Parteien zwecks Führung von Vergleichsgesprächen bis zum 31. Oktober 2018 sistiert (vgl. act. 4/17, 4/18, 4/20, 4/21). Mit Eingabe vom 2. Oktober 2018 reichte der Beschwerdeführer innert erstreckter Frist (vgl. act. 4/23) die einverlangten Unterlagen ein (act. 4/26), gab seine Anträge für das Scheidungsverfahren bekannt und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 4/24 S. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 wies die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung ab (act. 3 = act. 4/42 = act. 5, nachfolgend zitiert als act. 5). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 24. Dezember 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 2 i.V.m. act. 4/43/2) Beschwerde mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- " 1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren vom 18. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr.: FE180105) sei aufzuheben.
2. Die Angelegenheit sei zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu lasten der Beschwerdegegnerschaft."

Im weiteren ersucht der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für das Beschwerdeverfahren.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1–45). Die Sache ist spruchreif. Einer Beschwerdeantwort bedarf es nicht.

## **2.**

Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Mit der Beschwerde kann (a) die unrichtige Rechtsanwendung oder (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren unzulässig (Art. 326 ZPO).

## **3.**

3.1. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ff. ZPO kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 5 E. 2.1.). Wie bereits die Vorinstanz korrekt festhielt, ist im Rahmen eherechtlicher Verfahren die verfassungsmässige Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 29 Abs. 3 BV) der ehelichen Beistands- (Art. 159 Abs. 3 ZGB) und Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) des Ehegatten, aus welchen sich der Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses bei entsprechenden finanziellen Verhältnissen ergibt, nachgeordnet.

3.2. Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber familienrechtlichen Ansprüchen hat eine anwaltlich vertretene Partei, die im Scheidungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt, entweder auch um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu ersuchen oder aber ausdrücklich darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, sodass das Gericht

diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (vgl. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.; BGer 5A\_928/2016 vom 22. Juni 2017 E. 8; BGer 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1; BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (vgl. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1; BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A\_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5), denn solange Ungewissheit darüber besteht, ob die gesuchstellende Partei vom anderen Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss verlangen kann, gilt sie nicht als bedürftig (vgl. BGer 4A\_412/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 4.1).

#### **4.**

4.1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Beschwerdeführer habe weder ein Gesuch auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch die Beschwerdegegnerin gestellt, noch dargetan, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichte. Vielmehr habe er sich darauf beschränkt, pauschal auf seinen Bedarf sowie sein Einkommen und Vermögen zu verweisen. Daraus und aus der Steuererklärung für das Jahr 2017, welche der Beschwerdegegnerin ein steuerbares Einkommen von Fr. 37'700.– und ein Vermögen von Fr. 167'000.– bescheinige, lasse sich nicht ohne weiteres ableiten, dass das gemeinschaftliche Einkommen die Prozessauslagen nicht zu decken vermöge. Es habe am Beschwerdeführer gelegen, sowohl die eigenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzustellen und zu belegen als auch diejenigen der Beschwerdegegnerin. Dem sei der Beschwerdeführer nicht nachgekommen. Weder sei das Gericht gehalten, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Nachfrist zur Verbesserung des Gesuchs anzusetzen, noch liege überspitzer Formalismus vor, wenn das Gericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels expliziter Äusserung zur Frage des Prozesskostenvorschusses ohne weiteres abweise. Die Vorinstanz wies das Gesuch in der Folge wie gezeigt ab (act. 5).

4.2. Der Beschwerdeführer bestätigt in seiner Beschwerde, keinen Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss gestellt und diesen Verzicht auch nicht begründet zu haben. Er bestreitet sodann nicht, dass der Anspruch auf unentgeltliche

Rechtspflege gegenüber familienrechtlichen Unterstützungspflichten subsidiär ist und der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehepartner demjenigen auf unentgeltliche Rechtspflege vorgeht. Die Vorinstanz gehe aber fälschlicherweise davon aus, dass die Beschwerdegegnerin in der Lage sei, einen solchen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Bei einigermaßen gutem Willen und bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt bei Prüfung der Akten wäre es der Vorinstanz ohne weitere möglich gewesen, festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin offensichtlich nicht in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Aufgrund der jahrelangen Betreuung und Begleitung des Beschwerdeführers sei für seinen Rechtsvertreter sonnenklar gewesen, dass von der Beschwerdegegnerin kein Prozesskostenvorschuss verlangt werden könne, weshalb er auf entsprechende Ausführungen verzichtet habe. Er habe aber davon ausgehen können und dürfen, dass die Aktenlage hinreichend klar sei und die Vorinstanz diese hinreichend prüfe. Hinzu komme, dass dem Beschwerdeführer auch als rechtskundig vertretene Person Gelegenheit zu geben gewesen wäre, offensichtlich fehlende Unterlagen und Angaben nachzubringen. Diese Gelegenheit sei ihm nicht gegeben worden, womit auch sein rechtliches Gehör verletzt worden sei (act. 2).

## 5.

5.1. Wie bereits in E. 3 gezeigt, darf nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung von der anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege *ausdrücklich* darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Wenn der Beschwerdeführer nun vor Rechtsmittelinstanz geltend macht, es sei für ihn "sonnenklar" gewesen, dass von der Beschwerdegegnerin kein Prozesskostenvorschuss verlangt werden könne (act. 2 Rz. 9), so nahm er durch diese – nun erklärte – Haltung die entsprechende Prüfung durch die Vorinstanz vorweg. Eine derartige antizipierte Beurteilung durch die Parteien, ob ein Vorschuss zu leisten ist, soll durch die genannte Rechtsprechung eben gerade verhindert werden (z.B. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1; BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Entspre-

chend entbindet der Umstand, dass dem Beschwerdeführer resp. dessen Vertreter die Situation "sonnenklar" gewesen sei, diesen nicht davon, trotzdem entsprechende Ausführungen zu machen und die Vorinstanz an seinen Überlegungen, welche zu dieser Schlussfolgerungen führen, teilhaben zu lassen. Er wäre entsprechend gehalten gewesen, Ausführungen zum Prozesskostenvorschuss zu machen und die finanziellen Verhältnisse seiner Ehefrau darzutun. So ist, um die Mittellosigkeit eines Ehegatten zu ermitteln, vom Gesamteinkommen und -vermögen beider Ehegatten auszugehen (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 37 m.w.H.). Dadurch, dass der Beschwerdeführer vor Vorinstanz weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gestellt hatte, noch explizit darlegte, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichte und es in diesem Rahmen auch unterliess, sich zu den finanziellen Verhältnissen der Beschwerdegegnerin resp. der wirtschaftlichen Gesamtlage der Eheleute zu äussern (vgl. act. 4/24, insb. S. 2 ff. Rz. 1 ff.), konnte die Vorinstanz nicht prüfen, ob der Beschwerdeführer einen Prozesskostenvorschuss von seiner Ehefrau hätte verlangen können. Solange darüber Ungewissheit besteht, gilt der Rechtssuchende gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als bedürftig, und die Vorinstanz wies das Gesuch zu Recht ab. Die Unmöglichkeit der Überprüfung stellte denn auch den Grund für die Abweisung des Gesuchs dar, und nicht – wie der Beschwerdeführer fälschlicherweise anzunehmen scheint –, dass die Vorinstanz davon ausgegangen wäre, die Beschwerdegegnerin sei in der Lage, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (so in act. 2 Rz. 3). Dies ergibt sich aus den Erwägungen der Vorinstanz nirgends.

5.2. Insbesondere verfängt auch das Argument des Beschwerdeführers nicht, die Vorinstanz hätte mit etwas gutem Willen und unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt den Akten selbst entnehmen können, dass die Beschwerdegegnerin nicht in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. So ist der Vorinstanz zu Gute zu halten, dass sie es trotz fehlenden Ausführungen des Beschwerdeführers zu den finanziellen Verhältnissen der Beschwerdegegnerin nicht gänzlich unterlassen hat, sich mit deren finanzieller Situation auseinanderzusetzen. Vielmehr verwies sie unter Hinweis auf act. 4/4/3 (Steuererklärung 2017 der Beschwerdegegnerin) auf die darauf erkennbaren finanziellen Verhältnisse der Beschwerde-

gegnerin, gestützt auf welche die Vorinstanz es zumindest nicht als offensichtlich ansah, die Beschwerdegegnerin sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses nicht in der Lage. Wenn der Beschwerdeführer nun geltend macht, beim grössten Teil des in der Steuererklärung erkennbaren Vermögens handle es sich um den Nutzniessungswert einer Liegenschaft und es handle sich dabei weder um verkauf- noch verpfändbares Eigentum der Beschwerdegegnerin, welche die Leistung eines Prozesskostenvorschusses erlauben würde, so erfolgen diese Vorbringen, genauso wie die Ausführungen zu Bedarf und Einkommen der Beschwerdegegnerin (vgl. act. 2 Rz. 4), verspätet. Genau an solchen Ausführungen mangelte es im vorinstanzlichen Ersuchen, ansonsten die Vorinstanz die Möglichkeit der Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beschwerdegegnerin gestützt darauf hätte prüfen können. Es obliegt – nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung – denn auch nicht der Vorinstanz als ersuchtem Gericht, bei Fehlen der entsprechenden Ausführungen in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei in den Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, es bestehe kein Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss bzw. der Beschwerdeführer habe zu Recht auf das Stellen eines entsprechenden Antrags verzichtet (vgl. z.B. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2.; BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2). Weshalb es sich hier rechtfertigen soll, von dieser klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, erhellt nicht. Die Vorinstanz war nicht verpflichtet, von sich aus nach den finanziellen Verhältnissen der Eheleute zu forschen.

5.3. Entgegen dem Beschwerdeführer ist im Vorgehen der Vorinstanz auch keine Gehörsverletzung zu erkennen. So war sie nicht gehalten, dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Nachfrist zwecks Verbesserung des unvollständigen Gesuchs anzusetzen (vgl. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.2.). Das Bundesgericht hält in verschiedenen Entscheiden explizit fest, dass dies allenfalls bei *unbeholfenen* Rechtssuchenden in Frage kommt, wobei eine durch einen Rechtsanwalt vertretene Person – wie es hier der Fall ist – nicht als unbeholfen gelten kann (vgl. BGer 5A\_536/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 4.1.2. m.w.H.). Auch aus dem vom Beschwerdeführer zitierten Entscheid der Kammer (OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013) ergibt sich nichts anderes. Der Fall, dass Unterla-

gen oder Angaben in einem Gesuch erkennbar mangelhaft sind, ist nicht vergleichbar mit dem hier vorliegenden Fall, in welchem es der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer bewusst unterlassen hat, sich zur Frage eines Prozesskostenvorschusses zu äussern und die finanziellen Verhältnisse seiner Ehefrau darzutun. Das Ansetzen einer Nachfrist dient nicht der Ergänzung oder Verbesserung einer durch eine rechtskundige Person ungenügend begründeten Eingabe. Dieser Schluss drängt sich auch deshalb auf, weil sich die Anforderung an ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung in eherechtlichen Verfahren aus der mehrfach bestätigten Praxis des Bundesgerichts ergibt. Wie bereits gezeigt, verlangt das Bundesgericht von der anwaltlich vertretenen Partei, dass diese im Gesuch *ausdrücklich* darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenseite zu verzichten ist (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017 E. 3.1.); entsprechend erfolgte der Entscheid der Vorinstanz auch nicht überraschend (vgl. BGE 114 Ia E. 2a 97 E. 2a).

5.4. Die Beschwerde erweist sich aus diesen Gründen als unbegründet und ist abzuweisen.

5.5. Es ist dem Beschwerdeführer im Übrigen unbenommen, bei der ersten Instanz unter Beachtung dieser Vorgaben ein neues Gesuch zu stellen.

## **6.**

6.1. Das Beschwerdeverfahren gegen einen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege ist kostenpflichtig (vgl. BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer stellt für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtspflege (act. 2 S. 2).

6.2. Wie oben dargelegt, geht die Pflicht des Ehegatten bzw. der Beschwerdegegnerin zur Bevorschussung der Prozesskosten der unentgeltlichen Rechtspflege vor, weshalb zumindest eine anwaltlich vertretene gesuchstellende Partei einen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber



darzulegen hat, weshalb sie auf die Stellung eines entsprechenden Antrags verzichtet. Der Beschwerdeführer verzichtete auf die Stellung eines entsprechenden Antrages und verweist auf seine Ausführungen, aus welchen sich die Unfähigkeit der Beschwerdegegnerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses ergebe (vgl. act. 2 S. 8). Ob dies der Fall ist, muss aber vorliegend nicht geprüft werden. Selbst bei Bejahung dieser Frage, ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen, da die Beschwerde nach dem Gesagten aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO).

6.3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

6.4. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Dem Beschwerdeführer nicht, da er unterliegt. Der Beschwerdegegnerin nicht, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren unter Beilage der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
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 um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: