

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Beschluss und Urteil vom 3. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 19. August 2019; Proz. FE190049

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien heirateten am 8. September 2010 in ... [Stadt] (Innere Mongolei, China; act. 3/1). Aus ihrer Ehe ging der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2012, hervor (act. 3/2). Gemäss der zwischen den Parteien am 2. Juli 2018 geschlossenen Trennungsvereinbarung leben sie seit dem 27. Mai 2018 getrennt (act. 6/19). Die Folgen des Getrenntlebens haben sie in der bereits erwähnten Vereinbarung geregelt, die mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 2. Juli 2018 vorgemerkt und genehmigt wurde. Beiden Parteien wurde für jenes Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 6/1-29; Geschäfts-Nr. EE180047-E).

1.2 Am 25. März 2019 reichte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) das gemeinsame Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB (ohne vollständige Regelung der Nebenfolgen) beim Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren ein (Geschäfts-Nr. FE190049-E; act. 1). Gleichzeitig beantragte sie, es sei der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 5'000.– zu verpflichten. Eventualiter sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Prozessbeiständin beizugeben. Sie stellte die Begründung dieser Anträge anlässlich der Anhörung/Eini-gungsverhandlung in Aussicht (act. 1 S. 2).

Die Parteien wurden zur Anhörung auf den 16. Mai 2019 vorgeladen (act. 8). Mit Eingabe vom 2. Mai 2019 beantragte die Beschwerdeführerin in einem begründeten Gesuch den Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Sie verlangte, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr auf erstes Verlangen den Reisepass von C._____ herauszugeben (act. 13). Das Einzelgericht (nachfolgend Vorinstanz) lud in der Folge ebenfalls auf den 16. Mai 2019 zusätzlich zur

Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor (act. 15). Am 6. Mai 2019 wandte sich der Beschwerdegegner an die Vorinstanz und erklärte, vor diesem Hintergrund ziehe er sein Scheidungsbegehren zurück (act. 16). Am 8. Mai 2019 verfügte die Vorinstanz, sowohl die Anhörung als auch die Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen würden stattfinden (act. 17). Mit Eingaben vom 15. Mai 2019 wandten sich beide Parteien an die Vorinstanz und ersuchten darum, dass die Verhandlung vom 16. Mai 2019 verschoben werde, damit sie aussergerichtliche Vergleichsgespräche führen könnten (act. 20 und act. 21). Die Vorinstanz nahm die Ladungen ab (act. 22) und lud neu auf den 22. Juli 2019 vor (act. 24).

Am 28. Juni 2019 hielt der Beschwerdegegner den Rückzug seines Scheidungsbegehrens fest bzw. zog es erneut zurück und ersuchte um Abschreibung des Scheidungsverfahrens (act. 26). Innert der ihr mit Verfügung vom 1. Juli 2019 (act. 27) angesetzten Frist reichte die Beschwerdeführerin am 8. Juli 2019 (Datum Poststempel) ihre Stellungnahme zur Eingabe des Beschwerdegegners ein. Sie hielt fest, nun ziehe der Beschwerdegegner seinen Scheidungswillen erneut zurück (...). Sie könne dies nicht verhindern und werde nun halt warten, bis sie die Scheidungsklage einreichen könne. Sie hoffe aber, dass das querulatorische Verhalten des Beschwerdegegners Berücksichtigung bei der Kostenauflegung finde (act. 29). Zu dieser, dem Beschwerdegegner zur Wahrung des sog. allgemeinen Replikrechts zugestellten Stellungnahme (act. 30), reichte dieser am 12. Juli 2019 (Datum Poststempel) erneut eine Eingabe ein, worin er darlegte, er habe sich entschieden, vorläufig einmal die Zweijahrestrennung abzuwarten, trotz der früheren Zusage eine Konventionalscheidung abzuschliessen (act. 31). Hierzu äusserte sich die Beschwerdeführerin nicht mehr (vgl. act. 32).

Die Vorinstanz nahm sodann am 17. Juli 2019 die Ladungen für die Verhandlung vom 22. Juli 2019 ab (act. 33).

Mit Verfügung und Urteil vom 19. August 2019 wies die Vorinstanz sowohl den Antrag der Beschwerdeführerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch denjenigen auf Bewilligung der

unentgeltlichen Rechtspflege ab. Das gemeinsame Scheidungsbegehren wies sie ebenfalls ab. Sie setzte die Entscheidgebür auf Fr. 1'000.– fest und auferlegte die Kosten den Parteien je hälftig. Die Parteientschädigungen wurden wettgeschlagen (act. 35 = act. 40/2 = act. 41 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 41).

2.1 Die Beklagte focht die vorinstanzliche Verfügung vom 19. August 2019 mit Eingabe vom 2. September 2019 (Datum Poststempel) rechtzeitig (act. 37) an und stellte folgende Rechtsmittelanträge:

- "1. Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster [recte: Hinwil] vom 19. August 2019 sei aufzuheben.
2. Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Uster [recte: Hinwil] vom 19. August 2019 sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Gesuchstellers/Beschwerdegegners resp. der Staatskasse."

Gleichzeitig stellte sie das Gesuch, der Beschwerdegegner sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 3'000.– zu verpflichten. Eventualiter ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 39).

2.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 – act. 37). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1.1 Der Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme (vgl. etwa OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017, II. / 1.1), weshalb gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO dagegen Berufung erhoben werden kann, sofern der erforderliche Streitwert erreicht ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

1.2 Wie sich der Streitwert vorsorglicher Massnahmen bemisst, ist umstritten. Der wohl überwiegende Teil der Lehre sowie das Bundesgericht gehen davon

aus, dass nicht der Streitwert der Klage, sondern derjenige der umstrittenen vorsorglichen Massnahme massgebend ist. Gemäss anderer Ansicht ist hingegen auf den Streitwert der Klage abzustellen (vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung statt vieler BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 1.2; für weitere Hinweise zur Lehre und Rechtsprechung vgl. OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017, E. II. / 1.2). Der Ansicht, dass der Streitwert im Rahmen eines Verfahrens über den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme mit demjenigen der Hauptsache übereinstimmt, folgt auch die Kammer (vgl. OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017, E. II. / 1. mit eingehender Begründung). Dies gilt jedoch nur so lange, als der Entscheid noch Auswirkungen auf die Hauptsache haben kann. Kann sich der Entscheid hingegen nicht mehr auf die Hauptsache auswirken, entspricht der Streitwert demjenigen der umstrittenen vorsorglichen Massnahme.

Die Beschwerdeführerin hat lediglich die Ziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung angefochten, nicht jedoch das Urteil. Das unter der Geschäfts-Nr. FE190049-E geführte Scheidungsverfahren gilt damit als in der Hauptsache abgeschlossen. Der Entscheid über den Prozesskostenvorschuss wird keinerlei Auswirkungen (mehr) auf das Hauptverfahren zeitigen. Der Streitwert ist damit entsprechend der Höhe des beantragten Prozesskostenvorschusses festzulegen. Eventualbegehren werden nicht berücksichtigt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt mithin Fr. 5'000.–. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher mit Beschwerde anfechtbar.

1.3 Die Abweisung des Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist ebenfalls mit Beschwerde anfechtbar (Art. 121 ZPO).

2. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungsobliegenheit ergibt sich ferner, dass die Beschwerde zudem Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des

Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

III. Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Vorinstanzlicher Entscheid

Die Vorinstanz erwog, nachdem die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. Juli 2019 bestätigt habe, den Reisepass von C._____ erhalten zu haben, würden sich ihre vorsorglichen Massnahmeanträge als gegenstandslos erweisen (act. 41 E. 2.1).

Der Beschwerdegegner habe mit Eingabe vom 28. Juni 2019 erklärt, er verweigere seine Zustimmung zur Scheidung, was zur Folge habe, dass die Scheidung nicht durchgeführt werden könne, lebten die Parteien doch keine zwei Jahre getrennt. Die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren seien somit nicht erfüllt. Von einer Fristansetzung zur Einreichung einer Scheidungsklage gemäss Art. 288 Abs. 3 ZPO könne angesichts dessen abgesehen werden, dass die Beschwerdeführerin ihrerseits im Rahmen ihrer Eingabe vom 8. Juli 2019 ausdrücklich festgehalten habe, sie werde nun halt warten, bis sie die Scheidungsklage einreichen könne und damit sinngemäss zum Ausdruck gebracht habe, mangels Ablauf der zweijährigen Trennungsdauer derzeit keine Klage einzureichen (act. 41 E. 2.2).

Die Vorinstanz erwog weiter, die Beschwerdeführerin habe mit Eingabe vom 25. März 2019 beantragt, der Beschwerdegegner sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 5'000.– zu verpflichten; im Eventualantrag habe sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht. Sie habe sich die Begründung dieser Anträge anlässlich der Verhandlung vorbehalten (act. 1 S. 2). Zu einer Verhandlung sei es aus den im Urteil dargelegten Gründen nicht gekommen. Im Rahmen der von ihr mit Verfügung vom 1. Juli 2019 eingeholten Stellungnahme vom 8. Juli 2019 (act. 29) zur Eingabe des Beschwerdegegners vom 28. Juni 2019 habe sich die

Beschwerdeführerin insbesondere zur bevorstehenden Beendigung des Verfahrens geäussert – welche ihr demnach bewusst gewesen sei – und habe ihrer Hoffnung Ausdruck gegeben, dass das ihres Erachtens querulatorische Verhalten des Beschwerdegegners bei der Kostenauflegung berücksichtigt werde. Zu ihrer behaupteten aktuellen Mittellosigkeit habe sie hingegen weder substantiiert Behauptungen aufgestellt noch habe sie entsprechende Belege eingereicht (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die Ansetzung einer weiteren Frist an die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Anträge um Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages sowie ihres Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege erübrige sich unter diesen Umständen und die entsprechenden Anträge seien mangels dargetaner Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin abzuweisen (act. 41 E. 4).

2. Beanstandungen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, gemäss Art. 288 Abs. 3 ZPO weise das Gericht das gemeinsame Scheidungsbegehren ab, wenn die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht gegeben seien und setze gleichzeitig beiden Parteien eine Frist zur Einreichung einer Scheidungsklage an. Das Verfahren bleibe während dieser Zeit rechtshängig und allfällige vorsorgliche Massnahmen gölten weiter. Beim Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss handle es sich um einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Es stelle sich somit die Frage, ob über diesen Antrag trotz des Rückzugs des Scheidungswillens des Beschwerdegegners noch hätte entschieden werden müssen (act. 39 S. 6).

Die Beschwerdeführerin habe sich [in der Stellungnahme vom 8. Juli 2019, Anm. hinzugefügt] in keiner Art und Weise dazu geäussert, ab welchem Zeitpunkt sie eine Scheidungsklage für zulässig halte und damit auch nicht dazu, ob das bereits während einer vom Gericht angesetzten Frist zur Einreichung der Scheidungsklage der Fall sein könne. Sie habe lediglich ausgedrückt, sie werde bis zu diesem Zeitpunkt warten, aber habe nichts dazu gesagt, wann sie diesen Zeitpunkt für gegeben halte. Ob die Scheidungsklage zulässig sei, habe das

Gericht zu beurteilen, nachdem eine Scheidungsklage eingereicht worden sei und nicht davor. Art. 288 Abs. 3 ZPO enthalte denn auch keinen Entscheidungsspielraum für das Gericht, auf die Fristansetzung zu verzichten, weil das Gericht der Meinung sei, eine Scheidungsklage sei derzeit nicht möglich (act. 39 S. 7). Nachdem der Beschwerdegegner zum ersten Mal seinen Scheidungswillen zurückgezogen habe, habe die Vorinstanz selber in ihrer Verfügung vom 8. Mai 2019 ausgeführt, dass das Gericht in einem solchen Fall jedem Ehegatten eine Frist zur Einreichung einer Scheidungsklage ansetzen müsse. Ausserdem habe die Vorinstanz in jener Verfügung festgehalten, dass das Verfahren deshalb einstweilen hängig bleibe und das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen trotz des Rückzuges noch zu behandeln sein werde. Drei Monate später habe sich das Verfahren wieder an der genau gleichen Stelle befunden. Auch der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei ein Antrag auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Dieser sei zum Zeitpunkt der Verfügung noch offen gewesen und hätte demzufolge noch behandelt werden müssen. Anwendbar sei die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Sie habe sich die detaillierte Begründung der Anträge auf Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Prozessführung/ Verbeiständung für die Verhandlung vorbehalten. Dieses Vorgehen sei von der Vorinstanz damals nicht beanstandet worden. Die Beschwerdeführerin habe zum Zeitpunkt, als sie den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gestellt habe, diesen auch noch gar nicht begründen können, habe sie doch keinerlei Unterlagen zum Einkommen und Vermögen des Beschwerdegegners gehabt. Zu einer Verhandlung, anlässlich derer sie ihre Anträge genauer hätten begründen können, sei es in der Folge nie gekommen. Bis zum Abschluss des Verfahrens habe der Beschwerdegegner keinerlei Belege zu seinem Einkommen und Vermögen eingereicht. Es ändere sich somit nichts daran, dass die Beschwerdeführerin ihren Antrag nicht detailliert habe begründen können. Ihre eigene Mittellosigkeit sei hingegen, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, mit den von ihr eingereichten Unterlagen und den beigezogenen Akten aus dem Eheschutzverfahren zweifelsfrei belegt gewesen. Die Beschwerdeführerin habe sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Bedarfsbelege zu den Akten gereicht. Da allerdings das Gesuch um UP/URV

subsidiär zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei sei, habe sie auch das UP/URV-Gesuch nicht sinnvoll begründen können, ohne zu wissen, ob der Antrag auf Zusprechung eines Kostenvorschusses Aussicht auf Erfolg habe oder nicht. Hinzu komme, dass der Beschwerdegegner seinen Scheidungswillen just – und wohl absichtlich – genau zu dem Zeitpunkt zurückgezogen habe, als die Beschwerdeführerin einen Monat zwecks Weiterbildung in China [weilte, Ergänzung hinzugefügt] und darum nicht erreichbar gewesen sei. Es hätten somit auch keine weiteren Belege von ihr erhältlich gemacht werden können. Es sei ihr gerade nicht bewusst gewesen, dass die Vorinstanz das Verfahren ohne Fristansetzung zur Einreichung einer Scheidungsklage und ohne Aufforderung an den Beschwerdegegner, Unterlagen zur Beurteilung des Antrags auf Prozesskostenvorschuss einzureichen, abschliessen würde. Damit habe sie nicht gerechnet und habe auch nicht rechnen müssen, erst recht nicht, weil die Vorinstanz am 8. Mai 2019 in der gleichen Situation noch ganz anders vorgegangen sei. Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZPO führe das Gericht eine mündliche Verhandlung durch. Darauf könne nur verzichtet werden, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten sei. Beides sei nicht der Fall gewesen (act. 39 S. 10).

3. Würdigung

3.1 Die Vorinstanz hat im Urteil vom 19. August 2019 entschieden, das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien werde abgewiesen, ohne dabei gleichzeitig – und wie vom Gesetz vorgesehen (Art. 288 Abs. 3 ZPO) – eine Frist zur Einreichung der Scheidungsklage anzusetzen, da die Gesuchstellerin bereits sinngemäss zum Ausdruck gebracht habe, mangels Ablauf der zweijährigen Trennungszeit derzeit keine Klage einzureichen (act. 41 E. 2.2; vgl. oben, Ziff. 1). Das vorinstanzliche Urteil wurde nicht angefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen.

3.2 Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der eine Ehegatte gehalten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen. Das Institut des Prozesskostenvorschusses (sog. *provisio ad litem*) ist eng mit dem prozessualen

Armenrecht verknüpft. Soweit eine Prozesskostenvorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. BGE 142 III 36, E. 2.3). Während der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verfahrensrechtlicher Natur ist und sich in erster Linie gegen den Staat richtet, ist der auf eherechtliche Pflichten (je nach dogmatischer Begründung Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB) gründende Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen den anderen Ehegatten gerichtet. Die Zwecksetzung ist dieselbe: Dem Vorschussempfänger, der selbst nicht über die nötigen Mittel verfügt, soll die Wahrnehmung seiner Interessen vor Gericht ermöglicht werden. Es geht mithin um die Herstellung der prozessualen Waffengleichheit zwischen den Parteien. Dies erheischt keine definitive Kostenauflegung. Der Leistende besitzt grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung oder Anrechnung auf güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen. Beim Prozesskostenvorschuss eines Ehegatten an den anderen handelt es sich folglich um eine vorläufige Leistung (siehe KassGer AA080164 vom 9. September 2009, E. 3.1; BGer 5A_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3; BGE 66 II 70). Für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess (Art. 276 ZPO) besteht (anders als im Eheschutzverfahren, vgl. Art. 172 Abs. 3 ZGB) kein numerus clausus. Alle vorsorglichen Regelungen, die nötig, geeignet und verhältnismässig sind, können angeordnet werden.

Das Verfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ist ein summarisches. Es gelangt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO). Auch das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird im summarischen Verfahren behandelt (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Auch hier gilt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl., Art. 119 N 13).

Der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz umfasst vor allem eine gesteigerte gerichtliche Fragepflicht; die Parteien werden vom Gericht bei der Sammlung des Prozessstoffs durch geeignete Fragen unterstützt. Sinn und Zweck des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ist die Unterstützung der schwächeren Partei. Sie greift nur zum Ausgleich eines Machtgefälles oder eines

ungleichen Know-hows. Sind beide Parteien anwaltlich vertreten, hat sich das Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7348).

Im summarischen Verfahren muss das Gesuch gemäss Art. 130 ZPO schriftlich respektive elektronisch beim Gericht eingereicht werden; in einfachen oder dringenden Fällen kann es mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 ZPO). Das Gesuch muss (auch) im summarischen Verfahren in analoger Anwendung von Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO grundsätzlich eine Darstellung des relevanten Sachverhaltes enthalten und die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen bezeichnen.

3.3.1 Die bereits dargelegten Vorbringen der Beschwerdeführerin lassen sich insgesamt so zusammenfassen, dass sie geltend macht, sie hätte – mit Blick auf den Gesetzeswortlaut von Art. 288 Abs. 3 ZPO, das bisherige Vorgehen der Vorinstanz im Verfahren und ihr hängiges Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als vorsorgliche Massnahme – nicht damit rechnen müssen, dass das Verfahren in jenem Zeitpunkt bereits abgeschlossen werde.

3.3.2 Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 1. Juli 2019 Frist zur Stellungnahme zur Eingabe des Beschwerdegegners vom 28. Juni 2019 angesetzt wurde. In jener Eingabe beantragte der Beschwerdegegner explizit die Abschreibung des Verfahrens, mithin dessen Beendigung, da die Scheidung nicht durchgeführt werden könne, lebten doch die Parteien keine zwei Jahre getrennt (act. 26). Die Beschwerdeführerin wurde in der besagten Verfügung ausdrücklich auf die beantragte Abschreibung hingewiesen (act. 27). Damit stand bereits in jenem Zeitpunkt ein Antrag des Beschwerdegegners hinsichtlich des Abschlusses des Verfahrens im Raum, welcher ihr zur Stellungnahme unterbreitet wurde. Die Beschwerdeführerin kann sich vor diesem Hintergrund nicht darauf berufen, sie hätte nicht mit einer Beendigung rechnen müssen. In ihrer Eingabe erklärte die Beschwerdeführerin denn auch explizit, sie werde nun halt warten, bis sie die Scheidungsklage einreichen könne. Sie hoffe aber, dass das querulatorische Verhalten des Beschwerdeführers Berücksichtigung bei der Kostenauflegung finde. Zwar zieht

die Beschwerdeführerin damit nicht explizit auch ihrerseits das Scheidungsbegehren zurück. Nachdem der Beschwerdegegner jedoch explizit auf die zweijährige Trennung Bezug genommen hatte, die Voraussetzung einer Scheidungsklage gemäss Art. 114 ZGB wäre, kann die Stellungnahme der Beschwerdeführerin dazu – sie werde nun halt warten, bis sie die Scheidungsklage einreichen könne – nicht anders verstanden werden, als dass sie nach Ablauf der Frist gemäss Art. 114 ZGB auf Scheidung klagen werde. Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin musste dabei bewusst sein, dass das Gericht das laufende Verfahren nicht bis zum Ablauf dieser Frist, die im Zeitpunkt der Stellungnahme noch fast ein Jahr dauern sollte, sistieren würde. Dass sie mit einer Sistierung gerechnet hätte, macht sie denn auch nicht geltend. Aus den Umständen erhellt vielmehr, dass es der Beschwerdeführerin resp. ihrer Anwältin zu jenem Zeitpunkt nicht präsent war, dass sie ihre Gesuche um Prozesskostenvorschuss resp. unentgeltliche Rechtspflege noch nicht begründet hatte, hätte sie doch ansonsten angesichts der im Raume stehenden Beendigung des Verfahrens zumindest die Begründung dieser Gesuche in Aussicht gestellt.

3.3.3 Hinsichtlich ihres Argumentes, es hätte eine mündliche Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen zur Behandlung des Prozesskostenvorschussbegehrens stattfinden müssen bzw. sie hätte mit einer solchen Verhandlung gerechnet, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz am 17. Juli 2019 die Ladungen für die Anhörung und die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 22. Juli 2019 abnahm (act. 33). Anders als noch im Frühjahr, als die Vorinstanz aufgrund des (mit einer Begründung eingereichten) vorsorglichen Massnahmebegehrens der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Passes von C. _____ an der Durchführung der Verhandlung vom 16. Mai 2019 festhielt, teilte sie den Parteien nun mit, es werde keine Verhandlung stattfinden. Auch aufgrund der Ladungsabnahme musste die Beschwerdeführerin daher mit einem Verfahrensabschluss rechnen und konnte sich nicht ohne Weiteres darauf verlassen, dass erneut zu einer Verhandlung bzw. wie von ihr behauptet zu einer mündlichen Verhandlung im Zusammenhang mit ihrem Gesuch betreffend Prozesskostenvorschuss vorgeladen würde. Dies musste die Vorinstanz ohne

begründetes Prozesskostenvorschussbegehren (bzw. Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege) auch nicht tun, wie sogleich zu zeigen sein wird.

3.3.4 Es ist zwar zutreffend, dass es vor erstinstanzlichen Gerichten zumindest in familienrechtlichen Verfahren gebilligt wird, dass Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses oder um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zunächst unbegründet eingereicht werden und gleichzeitig eine Begründung im Rahmen der anzusetzenden Verhandlung in Aussicht gestellt wird. Dies geschieht in erster Linie vor dem Hintergrund, dass die Einkommens-, Bedarfs- und Vermögenszahlen der Parteien ohnehin im Rahmen des Hauptverfahrens Thema sein werden, weshalb die Begründung von Prozesskostenvorschussgesuchen respektive Gesuchen um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Einreichung der dafür notwendigen Belege nach Erarbeitung der entsprechenden finanziellen Grundlagen im Hauptverfahren ohne allzu viel weiteren Aufwand möglich ist. Diese Praxis rechtfertigt sich somit aus prozessökonomischen Überlegungen. Dass die Vorinstanz die unbegründeten Gesuche der Beschwerdeführerin entgegennahm, da sie zunächst davon ausging, es würde eine Verhandlung zur Regelung der strittigen Nebenfolgen stattfinden, an der die Beschwerdeführerin ihre Gesuche begründen und belegen würde, ist somit nicht zu beanstanden.

Nach der Eingabe des Beschwerdegegners vom 28. Juni 2019 und erst Recht nach der Ladungsabnahme vom 17. Juli 2019 zeichnete sich allerdings ein Abschluss des Verfahrens ab, den wie dargelegt auch die Beschwerdeführerin erkannt hat bzw. zumindest hätte erkennen müssen. Sie hätte somit mit ihrer Stellungnahme vom 8. Juli 2019, in der sie sich auch zur Kostenaufgabe äusserte, ihre Gesuche begründen und belegen müssen. Eine Begründung der Gesuche unter Beilage der relevanten Beweismittel bzw. Offerte der entsprechenden Beweismittel hätte jedoch spätestens erfolgen müssen, nachdem der Beschwerdeführerin die Ladung für die Verhandlung vom 22. Juli 2019 abgenommen worden war. Sie konnte in jenem Zeitpunkt nicht (mehr) damit rechnen, dass eine weitere Verhandlung stattfinden würde, an welcher sie – wie in ihrer ersten Eingabe angekündigt – ihre Begehren hätte begründen können.

Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin musste bekannt sein, dass ein Prozesskostenvorschussgesuch bzw. ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu begründen und hinreichend zu dokumentieren ist.

3.3.5 Es ist entgegen der Beschwerdeführerin auch nicht so, dass sie ihre Gesuche nicht hätte begründen können. Wie ihre Ausführungen in der Beschwerdeschrift zeigen, war es ihr sehr wohl möglich, für das zweitinstanzliche Verfahren begründete Gesuche um Zusprechung eines Kostenvorschusses sowie Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einzureichen – ohne dass sie in der Zwischenzeit mehr Unterlagen von der Gegenseite hätte erhältlich machen können (act. 39 S. 12). Es liegt auf der Hand, dass sie ihre Gesuche zumindest mit Blick auf ihre eigene Mittellosigkeit bereits vor Vorinstanz ohne Weiteres hätte begründen können. Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners hätte sie – wie sie dies im zweitinstanzlichen Verfahren nun auch gemacht hat – Behauptungen aufstellen und die Edition der entsprechenden Belege zur Untermauerung ihrer Behauptungen beantragen können (vgl. act. 39 S. 12). Es war nicht an der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin zur Gesuchsbegründung eine Frist anzusetzen, aus den bis dahin eingereichten Belegen sich selbst eine Begründung zu Recht zu legen oder, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, gar eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Entgegen der Beschwerdeführerin musste die Vorinstanz erst Recht keine Unterlagen vom Beschwerdegegner herausverlangen, waren ihrerseits doch gar keine entsprechenden Editionsbegehren gestellt worden. Dies würde bei einer anwaltlich und somit fachkundig vertretenen Partei selbst bei Geltung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes zu weit führen. Es ging hier auch nicht um eine Nach- resp. Verbesserung des Gesuchs der Beschwerdeführerin (i.S.v. Art. 132 ZPO), sondern es fehlte ohne jegliche Begründung und entsprechende Beweisofferten überhaupt an einem genügenden Gesuch im Sinne von Art. 252 ZPO.

3.4 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit einem Verfahrensabschluss rechnen musste und nicht davon ausgehen durfte, dass sie

(weiterhin) Gelegenheit haben würde, ihre Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege begründen und belegen zu können. Dennoch reichte sie keine Begründung ihrer Gesuche nach. Mit ihrer Beschwerde vermag sie weder eine Rechtsverletzung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes darzulegen.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist damit abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung vom 19. August 2019 (Geschäfts-Nr. FE190049-E) ist zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 750.– festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die Beschwerdeführerin stellt im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie einen Eventualantrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 39 S. 2). Die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses setzt grundsätzlich – wie die dazu subsidiäre (BGE 127 I 202, E. 3b) unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) – 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).

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde als aussichtslos, weshalb sowohl ihr Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch der Eventualantrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren abzuweisen sind.

3. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteienschädigungen zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, dem

Beschwerdegegner nicht, weil ihm keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage der Doppel von act. 39 und act. 40/1-5, sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein 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 beträgt Fr. 5'000.-.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Ochsner

versandt am: