

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RE230014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss und Urteil vom 12. Dezember 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht

betreffend **Eheschutz (Prozesskostenbeitrag/-vorschuss, unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerden gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 3. Oktober 2023 (EE220280-L)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) und der Gesuchsteller und Beschwerdegegner 1 (fortan Gesuchsteller) stehen sich seit dem 22. Dezember 2022 in einem Eheschutzverfahren vor der Vorinstanz gegenüber (Urk. 7/1). Mit Eingabe vom 21. April 2023 legitimierte sich Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als Vertreter der Gesuchsgegnerin und beantragte die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von mindestens Fr. 5'000.– eventualiter die Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege für die Gesuchsgegnerin (Urk. 7/12–13). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. Juli 2023 wiederholte die Gesuchsgegnerin diese Anträge (Urk. 7/26 S. 2). Mit Eingabe vom 19. Juli 2023 teilte die Gesuchsgegnerin mit, dass sie die am 10. Juli 2023 gefertigte Trennungsvereinbarung (Urk. 7/28) nicht unterzeichnen werde (Urk. 7/29), woraufhin der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 28. August 2023 Frist zur Stellungnahme zur Stellungnahme des Gesuchstellers zur Gesuchsantwort angesetzt wurde (Urk. 7/32 S. 3). Mit Eingabe vom 25. September 2023 erstattet die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme. Zugleich erhöhte sie ihren Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses auf Fr. 10'000.– (Urk. 7/40). Mit einer ersten Verfügung vom 3. Oktober 2023 (Urk. 2 S. 4 = Urk. 7/42 S. 4) trat die Vorinstanz auf das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1) und wies das Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Dispositiv-Ziffer 2). Als Rechtsmittel belehrte die Vorinstanz die Beschwerde (Dispositiv-Ziffer 5). Mit Eingabe vom 9. Oktober 2023 stellte die Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz folgende Anträge (Urk. 7/44 S. 1):

- "1. *Es sei der Gesuchsteller zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages von CHF 10'000.-- zu verpflichten, unter Vorbehalt weiterer Prozesskostenbeiträge bei einer Fortsetzung des Prozesses;*
2. *Eventualiter, sei der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, und es ihr in der Person des Unterzeichnenden einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beizugeben.*

Über den Antrag betreffend das prozessuale Armenrecht sei umgehend zu entscheiden."

1.2. Mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 erhob die Gesuchsgegnerin gegen die erste Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2023 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Es sei Ziff. 1 der (ersten) Verfügung aufzuheben, und es sei der Gesuchsteller zu verpflichten der Gesuchsgegnerin im Verfahren EE220280 vor dem Bezirksgericht Zürich einen Prozesskostenvorschuss, eventualiter einen Prozesskostenbeitrag von CHF 10'000 zu bezahlen.*
- 2. Eventualiter sei Ziff. 2 der (ersten) Verfügung aufzuheben, und es sei der Gesuchsgegnerin im Verfahren EE220280 vor dem Bezirksgericht Zürich die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.*
- 3. Das Beschwerdeverfahren sei zu sistieren, bis zum Entscheid der Vorinstanz über einen am 9. Oktober 2023 gestellten Antrag auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages von CHF 10'000 an die Gesuchsgegnerin, eventualiter den Antrag auf Gewährung des prozessualen Armenrechtes ab Prozessbeginn.*
- 4. Es sei es der Gesuchsteller zu verpflichten der Gesuchsgegnerin in diesem Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenvorschuss, eventualiter einen Prozesskostenbeitrag von CHF 3'000 zu bezahlen.*
- 5. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Prozessführung für dieses Verfahren zu gewähren, und sie sei von der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren zu befreien.*
- 6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt. zu Lasten des Gesuchstellers."*

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1–45). Da sich die Beschwerden – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – sogleich als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweisen, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. Sistierungsantrag

2.1. Die Gesuchsgegnerin beantragt die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bis zum Entscheid der Vorinstanz über ihr Gesuch um Verpflichtung

des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 10'000.– vom 9. Oktober 2023 (Urk. 1 S. 2). Zur Begründung führt sie aus, dass eine Gutheissung dieses Antrags oder des Eventualbegehrens auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab Prozessbeginn zur Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Beschwerdeverfahrens führen würde (Urk. 1 Rz. 30).

2.2. Gemäss Art. 126 ZPO kann das Gericht ein Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist.

2.3. Es trifft zwar zu, dass das vorliegende Beschwerdeverfahren gegenstandslos würde, würde das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vom 9. Oktober 2023 von der Vorinstanz gutgeheissen werden. Gleichermassen würde jedoch das vorinstanzliche Verfahren – soweit es diese Frage betrifft – gegenstandslos, würde eine der Beschwerden gutgeheissen werden. Eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens erscheint daher nicht als angezeigt, zumal die hier zu beurteilenden Anträge zeitlich vor dem Gesuch der Gesuchsgegnerin vom 9. Oktober 2023 gestellt wurden. Entsprechend ist das Sistierungsgesuch der Gesuchsgegnerin abzuweisen.

3. Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid betreffend Prozesskostenvorschuss

3.1. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, mit Ausnahme von vermögensrechtlichen Streitigkeiten von unter Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerde der Gesuchsgegnerin gegen Dispositiv-Ziffer 1 der ersten Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2023 richtet sich gegen die Abweisung ihres Antrags auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 10'000.–. Dabei handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, womit die Berufung das (einzig) zulässige Rechtsmittel ist.

3.2. Ergreift eine Partei ein unzulässiges Rechtsmittel, ist auf dieses grundsätzlich nicht einzutreten. Die Rechtsmittelbehörde kann das unzulässige Rechtsmittel indes als ein anderes Rechtsmittel entgegennehmen, wenn die Rechtschrift die Voraussetzungen auch des anderen Rechtsmittels erfüllt und nicht bewusst das unzulässige Rechtsmittel eingereicht wurde. Die Rechtsprechung stützt sich hierbei auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Konversion ausgeschlossen, wenn ein anwaltlich vertretener Rechtsmittelkläger bewusst ein Rechtsmittel gewählt hat, obwohl er nicht in Unkenntnis darüber sein konnte, dass dieses unzulässig war. Dies trifft sogar im Falle einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung zu, wenn der Rechtsmittelkläger bzw. dessen Rechtsvertreter mit einem Blick in das Gesetz hätte erkennen können, dass nur ein bestimmtes Rechtsmittel zulässig ist (BGer 4A_113/2021 vom 2. September 2022, E. 6: Ablehnung der Konversion einer unzulässigen Beschwerde in eine zulässige Berufung).

3.3. Vorliegend hat die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin bewusst Beschwerde erhoben. Sie hat ihre Rechtsmitteleingabe als Beschwerde bezeichnet (Urk. 1 S. 1), die Parteien als Beschwerdeführerin und -gegner aufgeführt (Urk. 1 S. 1) und in ihrer Begründung auf die zehntägige *Beschwerdefrist* hingewiesen. Die Fehlerhaftigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 308 ZPO; oben Erwägung 3.1), weshalb kein Vertrauensschutz besteht (BGer 5A_350/2021 vom 17. Mai 2021, E. 5, m.w.H.). Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde der Gesuchsgegnerin gegen Dispositiv-Ziffer 1 der ersten Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2023 nicht einzutreten.

3.4. Selbst wenn jedoch auf die Beschwerde eingetreten bzw. diese als Berufung entgegengenommen würde, wäre dieser – wie nachfolgend aufgezeigt wird – kein Erfolg beschieden.

3.5. Die Vorinstanz erwog, dass es sich sowohl beim Prozesskostenvorschuss als auch bei der unentgeltlichen Rechtspflege, in Abgrenzung zum Prozesskostenbeitrag, um Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen handle und im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geld-

zahlungen (und mithin auch keine Prozesskostenvorschüsse) zugesprochen werden könnten. Sofern Entscheide explizit als Massnahmenanträge bezeichnet würden und die antragsstellende Partei anwaltlich vertreten sei, sei auf einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss daher nicht einzutreten. Die Gesuchstellerin verlange explizit den Erlass einer vorsorglichen Massnahme und gerade nicht eine Entscheidung über den Antrag mit dem Endentscheid, indem sie wiederholt beantragt habe, über ihren diesbezüglichen Antrag sei vorab und umgehend zu entscheiden und somit eine Auffassung des Antrags als auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags im Endentscheid ausgeschlossen sei. Auf das Gesuch der Gesuchsgegnerin auf sofortige und umgehende Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei daher nicht einzutreten (Urk. 2 S. 2 f.).

3.6. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass es für die Bezeichnung und Form der finanziellen Unterstützung eines Ehegatten durch den anderen keine gesetzlich vorgegebene Terminologie gebe, welche eine Unterscheidung von "Beiträgen" und "Vorschüssen" vorgebe oder diktiere. Auch in der bundesgerichtlichen Judikatur werde stets von Prozesskostenvorschüssen gesprochen, nicht von Prozesskostenbeiträgen. Wesentlich sei, dass es bei der finanziellen Prozesshilfe um die Zwecksetzung gehe, dass dem Vorschussempfänger, der selbst nicht über die nötigen Mittel verfüge, die Wahrnehmung seiner Interessen vor Gericht ermöglicht werden solle. Wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege gehe es mithin um die Herstellung der prozessualen Waffengleichheit zwischen den Parteien (Urk. 1 Rz. 12). Hinsichtlich der prozessrechtlichen Einordnung des Prozesskostenvorschusses verhalte es sich dabei so, dass es sich bei der Anordnung eines solchen entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht um einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handle und ein Prozesskostenvorschuss auch in einem Eheschutzverfahren beantragt werden könne. So habe das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten: *"Stellt eine Partei im Eheschutzverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, hat sie (...) entweder auch um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu ersuchen oder aber darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines solchen zu verzichten ist, sodass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (Urteile 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016 E. 2.1; 5A_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2). Beim Gesuch um*

Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses handelt es sich nicht um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. bzw. Art. 276 ZPO oder Art. 104 BGG, sondern um einen materiellrechtlichen Anspruch, der in der familienrechtlichen Unterstützungspflicht gründet. Entsprechend ist er bei dem für Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständigen Gericht einzufordern (Urteil 5A_793/2008 vom 8. Mai 2009 E. 6.2; vgl. auch Urteile 5A_687/2016 vom 19. Juli 2017 E. 3; 5A_894/2016 vom 26. Juni 2017 E. 5; 5A_315/2016 vom 7. Februar 2017 E. 11; 5A_239/2017 vom 14. September 2017 E. 3.2)" (BGer Urteil vom 14. September 2017, 5A_239/2017, E. 3.2.). Vorliegend sei der Antrag auf Prozesskostenvorschuss am 21. April 2023 gestellt worden, unter ausdrücklicher Berufung auf Art. 159 bzw. Art. 163 ZGB, mithin als materiell-rechtlicher Anspruch. Dass der Antrag anlässlich der Verhandlung vom 10. Juli 2023 mit der Bezeichnung als "prozessualer Antrag" wiederholt worden sei oder dazu sogar an einer Stelle einmal fälschlich von einer vorsorglichen Massnahme gesprochen worden sei, ändere nichts daran, zumal dieser Antrag nicht als "Antrag auf vorsorgliche Massnahmen" oder mit "Massnahmeantrag" betitelt worden sei. Die Bezeichnung als prozessualer Antrag sei dabei insofern korrekt gewesen, sei das Ersuchen doch mit dem Antrag auf Gewährung des prozessualen Armenrechts verbunden worden. Insofern hier beim Gericht eine Unklarheit bestanden habe, wäre es ihm zumindest gestützt auf Art. 56 ZPO angestanden, und dies auch bei einer anwaltlich vertretenen Partei, der Gesuchsgegnerin durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung zu geben, statt den Prozess mit stetig steigendem Aufwand weiterzuführen und der mittellosen Gesuchsgegnerin im Nachgang jede Kostentragung durch den Ehemann oder den Staat zu versagen (Urk. 1 Rz. 13 f.).

Ebenso wenig spreche gegen die Beachtlichkeit und Anhandnahme des Antrages, wenn verlangt worden sei, darüber vorab und umgehend zur Vorabklärung der Kostentragungsfrage einen Entscheid zu treffen. Es sei nicht erkennbar, wieso die Vorinstanz darüber nicht im Sinne eines Teilentscheides vorab habe entscheiden können. Immerhin sei es *"grundsätzlich zulässig, noch vor Ansetzung der Verhandlung gestützt auf Art. 98 ZPO einen Kostenvorschuss einzufordern oder über ein Armenrechtsgesuch zu entscheiden"* (OGer ZH RE220004 vom 21. Dezember 2022, E. 3.4). Effektiv sei die Vorinstanz sogar verpflichtet oder zumin-

dest gehalten gewesen, einen solchen Vorabentscheid zu fällen. Zusammen mit dem Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss sei der Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung gestellt worden und dies sogar noch bevor überhaupt zur Gerichtsverhandlung am 10. Juli 2023 vorgeladen worden sei. Die Vorinstanz habe jedoch nichts entschieden und sie habe es auch nicht nach dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen vom 10. Juli 2023 getan. Hingegen habe die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 28. August 2023 eine neue Frist angesetzt, um schriftlich Stellung zu nehmen zu den replicando Ausführungen des Gesuchstellers an der Gerichtsverhandlung, was die Gesuchsgegnerin zur Wahrung ihrer Rechte wahrzunehmen gehabt habe. Damit habe die Vorinstanz entgegen der bundesgerichtlichen Praxis gehandelt, umgehend über ein Armenrechtsgesuch zu entscheiden, wenn die Rechtsvertretung nach dessen Einreichung gehalten sei, weitere Verfahrensschritte (wie beispielsweise auch die Teilnahme an einer Verhandlung) zu unternehmen. *"In diesen Fällen ist es unabdingbar, dass die Behörden über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung umgehend entscheiden, damit sich Klient und Rechtsvertreter über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können. Der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung würde seines Gehalts entleert, wenn die Behörden den Entscheid über das Gesuch hinausschieben, um es im Rahmen der Kostenregelung abzuweisen"* (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 50_98/2016 vom 22. Juni 2016, E. 4.1 m.w.Hinw.; Urk. 1 Rz. 15–17).

Es stelle nebst der Verletzung der Ansprüche der Gesuchsgegnerin aus Art. 163 ZGB und Art. 159 Abs. 3 ZGB sowie Art. 117 ZPO einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 52 ZPO) und den Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) dar, wenn die Vorinstanz das gestellte Armenrechtsgesuch nicht nur vor der Verhandlung vom 10. Juli 2023 ausser Acht lasse – und dies trotz des ausdrücklichen Antrags vorab und umgehend darüber zu entscheiden –, sondern wenn sie der Gesuchsgegnerin sogar danach noch für eine Prozesshandlung mit erkennbar erheblichem kostenwirksamem Aufwand Frist ansetze, und erst zuletzt festhalte, dass sie auf die betreffend der Kostentragung durch die Gegenpartei oder den Staat gestellten Anträge nicht

eintrete bzw. sie ablehne und die Gesuchsgegnerin auf dem angefallenen Aufwand sitzen lasse, den sie selbst unmöglich begleichen könne. Der Anspruch auf ein vorab zu entscheidendes prozessuales Armenrecht sei subsidiär. Es könne daher nicht angehen, dass der Anspruch auf einen Vorabentscheid entgegen der Praxis des Bundesgerichts mit der Begründung verweigert werde, dass sie zusammen mit dem Armenrechtsgesuch auch einen Entscheid über einen Prozesskostenvorschuss verlangt habe und eine Prozessbeteiligung erst in einem Endentscheid beurteilt werden könne. Den Antrag auf Prozesskostenvorschuss habe sie ja vorgehend zum Armenrecht stellen müssen. Es sei ein falscher Standpunkt, dass damit der Entscheid über das prozessuale Armenrecht mithin ebenfalls erst in einem Endentscheid gefällt werden könne. Das widerspreche der bundesgerichtlichen Vorgabe und Praxis, die diesbezüglich auch nicht zwischen summarischem oder ordentlichen Verfahren unterscheide (Urk. 1 Rz. 18–20).

Wenn auch in einem leicht anderen Zusammenhang, so hier doch auch zutreffend, habe das Bundesgericht bereits einmal festgehalten, dass *"das Prozessrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, letzteres nicht vereiteln soll und nicht zum Selbstzweck verkommen darf"* (BGer 5A_568/2020 vom 13. September 2021, E 3.2). Durch die Annahme, ein Antrag auf einen Entscheid betreffend einen Prozesskostenvorschuss könne nicht vor einem Endentscheid verlangt werden, werde der Anspruch einer Partei auf eine genügend frühzeitige Klärung der Kostentragungsfrage sowohl gestützt auf den materiell-rechtlichen Anspruch einer Unterstützung nach Art. 163 ZGB und Art. 159 Abs. 3 ZGB als auch jener auf eine Gewährung des prozessualen Armenrechts gemäss Art. 117 ZPO vereitelt (Urk. 1 Rz. 21).

Zusammengefasst habe der Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss keinen Antrag auf eine vorsorgliche Massnahme dargestellt, entspreche es doch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass im Eheschutzverfahren sehr wohl ein Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss gestellt und durch den Eheschutzrichter behandelt werden könne, ja müsse, und sei die Interpretation der Vorinstanz, dass die Gesuchsgegnerin einen Antrag auf vorsorgliche Massnahmen nach Art 261 ZPO gestellt habe, weil sie einen Vorabentscheid haben wollen, auf den

sie nur schon aus Gründen der Kostenklarheit bei einem prozessualen Armenrechtsgesuch einen Anspruch gehabt habe, unrichtig, eine Anwendung eines überspitzten Formalismus bei der prozessualen Rechtsanwendung und eine abzulehnende Verwendung von Prozessrecht zur Vereitelung materiell-rechtlicher Ansprüche (Urk. 1 Rz. 22).

3.7. Die Verpflichtung eines Ehegatten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung eines Prozesskostenvorschusses/-beitrags beizustehen, ist Ausfluss der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB (BGE 148 III 21 E. 3.1; *OGer ZH LE210060 vom 04.05.2023, E. 5.2*). Es handelt sich folglich, in Übereinstimmung mit der Ansicht der Gesuchsgegnerin, im Gegensatz zum prozessualen Armenrechtsgesuch im Sinne von Art. 117 ff. ZPO, um einen Anspruch des materiellen Rechts. Über materielle Ansprüche wird grundsätzlich im Endentscheid befunden, sofern sich kein Teilentscheid über einen einzelnen Streitgegenstand aufdrängt. Zwar besteht für die Dauer des Verfahrens grundsätzlich die Möglichkeit, ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen (vgl. Art. 261 ff. ZPO), wie die Vorinstanz jedoch korrekt festhielt, kann gemäss Praxis der angerufenen Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage (vgl. Art. 262 lit. e ZPO) kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen werden (*OGer ZH LE170012 vom 26.06.2017, E. 4.4*). Ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist – sofern er nicht von einer anwaltlich vertretenen Partei ausdrücklich als Massnahmeantrag bezeichnet wird – im Zweifelsfall als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid aufzufassen (*OGer ZH LY210028 vom 18.05.2022, E. III. 3.2; OGer ZH LE130048 vom 21.10.2013, E. 4.a*).

3.8. Es stellt sich somit die Frage, wie der Antrag der anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin vorliegend aufzufassen ist. In ihrer ersten Eingabe vom 21. April 2023 beantragte die Gesuchsgegnerin, "dass der Ehemann gestützt auf Art. 159 bzw. Art. 163 ZGB zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses zugunsten seiner Frau von mindestens CHF 5'000.-- zu verpflichten sei." Eventualiter ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Urk. 7/12 S. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. Juli 2023 wiederholte sie

diesen "prozessualen Antrag" und ersuchte darum, dass darüber "vorab und umgehend" entschieden werde (Urk. 7/26 S. 2). In der Begründung führte sie Folgendes aus (Urk. 7/26 Rz. 83): "Da er damit leistungsfähig ist, ist er als vorsorgliche Massnahme in diesem Verfahren zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen Kostenvorschuss von CHF 5'000.-- zu leisten, unter Vorbehalt weiterer Kostenvorschussanträge bei fortlaufendem Verfahren." Mit Eingabe vom 19. Juli 2023 ersuchte sie die Vorinstanz darum, umgehend über das gestellte Begehren um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung des prozessualen Armenrechts, wie es von Anfang an beantragt worden sei, zu entscheiden (Urk. 7/29 S. 2). Mit ihrer Stellungnahme vom 25. September 2023 erhöhte die Gesuchsgegnerin ihren "prozessualen Antrag" auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses auf Fr. 10'000.– (Urk. 7/40 S. 3). Zudem bestritt sie die Ausführungen des Gesuchstellers, wonach im summarischen Verfahren kein Prozesskostenvorschuss beantragt werden könne. So gehe es in dem vom Gesuchsteller angerufenen Obergerichtsentscheid OGer ZH LE180065 vom 30. Januar 2009 alleine um die Frage der Zulässigkeit von vorsorglichen Unterhaltszahlungen in einem Eheschutzverfahren. Der Prozesskostenvorschuss sei dort abgewiesen worden, weil das Rechtsmittelverfahren nicht genügend Aussicht auf Erfolg gehabt habe. Dies sei wohl nicht ganz das Gleiche (Urk. 7/40 Rz. 6, Rz. 56 und Rz. 57).

Es ist somit festzuhalten, dass die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin in sämtlichen Eingaben stets den Begriff des Prozesskostenvorschusses verwendete. Auch das Begehren, es sei umgehend und vorab über den Antrag zu entscheiden (Urk. 7/26 S. 2; Urk. 7/40 S. 3), in Kombination mit der Bezeichnung als Prozesskostenvorschuss lässt eher auf eine vorsorgliche Massnahme als auf einen Antrag auf Erlass eines Teilentscheids betreffend Prozesskostenbeitrag schliessen. Entscheidend ist vorliegend jedoch, dass die Gesuchsgegnerin offensichtlich in Unkenntnis der Praxis der hiesigen Kammer davon ausging, dass ein Prozesskostenvorschuss im Sinne einer vorsorglichen Massnahme im Eheschutzverfahren verlangt werden könne (vgl. Urk. 7/40 Rz. 57). Es ist daher auch nicht davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin lediglich versehentlich den Begriff "vorsorgliche Massnahme" in ihren Plädoyernotizen vom 10. Juli 2023 (Urk. 7/26 Rz. 83) verwendete. Im Ergebnis ist daher in Übereinstimmung mit der

Vorinstanz davon auszugehen, dass die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin ausdrücklich einen Massnahmeantrag stellte, weshalb auch zu Recht auf diesen nicht eingetreten wurde.

Die Gesuchsgegnerin kann auch keine Ansprüche daraus ableiten, dass die Vorinstanz ihr Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege erst am 3. Oktober 2023 und damit erst nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 10. Juli 2023 und Erstattung ihrer Duplik vom 25. September 2023 abwies. Zwar sind Gesuche um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege umgehend zu entscheiden, wenn der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen, damit sich Klient und Rechtsvertreter über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können (BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2). Wartet das Gericht mit dem Entscheid zu lange, begeht es eine Rechtsverzögerung. Dies führt jedoch nicht automatisch zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – oder Zuspreehung des Prozesskostenvorschusses –, denn diese ist stets nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 117 ZPO zu bewilligen (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, N 930 m.w.H.).

4. Beschwerde gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege

4.1. Die Vorinstanz wies den Eventualantrag der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung ab, dass ein solches Gesuch, unter dem Vorbehalt offenkundiger Mittellosigkeit der Gegenpartei, das vorgängige Ersuchen um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrags voraussetze, und dieses Gesuch von der Gesuchsgegnerin bislang nicht gestellt worden sei. Zudem sei der Gesuchsteller auch nicht offenkundig mittellos (Urk. 2 S. 3).

4.2. Die Gesuchsgegnerin erhob auch hiergegen Beschwerde (Urk. 1 S. 2). Sie rügt, wenn die Vorinstanz gestützt auf eine, vom Gesetz nicht vorgesehene dialektische Unterscheidung zwischen "Vorschuss" und "Beitrag" und alleine deshalb, weil sie einen Vorabentscheid gefordert habe, einen "Antrag auf einen Pro-

zesskostenvorschuss nicht als einen Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss" akzeptiere und deshalb aufgrund der Subsidiarität des prozessualen Armenrechts den Antrag auf eine unentgeltliche Prozessführung abweise, so sei dies ein unrechter Entscheid, der antragsgemäss zu korrigieren sei (Urk. 1 Rz. 29).

4.3. Wie unter Erwägung 3 ausgeführt, trat die Vorinstanz zu Recht auf den ausdrücklich als Massnahmeantrag gestellten Antrag um Verpflichtung des Gestalters zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Gesuchsgegnerin nicht ein. Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zum Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags erweist sich auch die Abweisung des Gesuchs der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege als korrekt. Die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 2 der ersten Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2023 ist damit offensichtlich unbegründet und entsprechend abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. In Bezug auf den Prozesskostenvorschuss richtet sich die Entscheidgebühr nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert von Fr. 10'000.–. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO im Grundsatz keine Gerichtskosten zu erheben. Dies gilt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung allerdings nur für das Gesuchs-, nicht hingegen für das entsprechende Rechtsmittelverfahren (BGE 137 III 470 E. 6). Entsprechend ist auch dieses Verfahren kostenpflichtig. Da sich der Streit vorliegend hauptsächlich um den von der Gesuchsgegnerin beantragten Prozesskostenvorschuss drehte und das Armenrechtsgesuch nur subsidiär zu prüfen war, rechtfertigt es sich insgesamt, für das Beschwerdeverfahren von einem Streitwert von Fr. 10'000.– auszugehen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

5.2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Gesuchsgeg-

nerin zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner 2 mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

6. Prozesskostenvorschuss/-beitrag / unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

6.1. Die Gesuchsgegnerin beantragt auch für das Beschwerdeverfahren, es sei der Gesuchsteller zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter Prozesskostenbeitrags zu verpflichten. (Sub)eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 2 S. 3 f.).

6.2. Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses/-beitrags als auch die Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege setzen voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO; vgl. *OGer ZH PC170032 vom 24.11.2017, E. IV. 3*). Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, ist jedoch sowohl die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 1 als auch die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 2 der ersten Verfügung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2023 als von vornherein aussichtslos anzusehen. Die Anträge sind daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 1 der ersten Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 3. Oktober 2023 wird nicht eingetreten.
3. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses eventualiter Prozesskostenbeitrags für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 2 der ersten Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 3. Oktober 2023 wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller und den Beschwerdegegner 2 je unter Beilage eines Doppels bzw. einer Kopie von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert des Massnahmebegehrens beträgt Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Dezember 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Paszehr

versandt am:
jo