

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 4. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 28. April 2017 (FE160130-D)**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss für ihre Anwaltskosten in der Höhe von CHF 10'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Beklagten für das gesamte Scheidungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr für das gesamte Scheidungsverfahren einen unentgeltlichen Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ zu bestellen."

Urteil des Einzelgerichts o.V. am Bezirksgericht Dielsdorf:

1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 10'000.– zu bezahlen.
2. (Frist für schriftliche Klagebegründung)
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

1. Es sei Dispositiv-Ziffer 1 der vom Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirks Dielsdorf erlassenen Verfügung vom 28. April 2017 (Geschäfts-Nr. FE160130) aufzuheben und das Gesuch des Berufungsbeklagten auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Berufungskläger abzuweisen.
2. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen und dem Berufungskläger eine angemessene, gestützt auf die AnwGebVo zu berechnende Parteientschädigung, zzgl. 8,0% MWST, zu bezahlen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 8 S. 2):

"Die Berufung des Klägers und Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

prozessualer Antrag:

"Es sei der Beklagten und Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit 1990 verheiratet und haben zwei volljährige Kinder. Im April 2014 trennten sie sich. Am 27. Juni 2014 reichte die damalige Gesuchstellerin und heutige Beklagte ein Eheschutzbegehren ein. Das Bezirksgericht Dielsdorf erliess am 6. Oktober 2014 Eheschutzmassnahmen, gegen welche beide Parteien ein Rechtsmittel einlegten. Die erkennende Kammer des Obergerichts des Kantons Zürich fällte am 29. April 2015 den Berufungsentscheid (Urk. 4/9/31).
2. Am 2. August 2016 reichte der anwaltlich vertretene Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) die Scheidungsklage bei der Vorinstanz ein. Am 8. September 2016 zeige Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ seine Mandatsübernahme für die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) an. Die Einigungsverhandlung fand am 25. Oktober 2016 statt. Bereits am 18. Oktober 2016 liess die Beklagte den Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, stellen. Mit Verfügung vom 28. April 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2 S. 17).
3. Der Kläger erhob am 22. Mai 2017 Berufung und stellte die obgenannten Anträge (Urk. 1 S. 2). Die Berufungsantwort datiert vom 24. August 2017 und wurde mit Verfügung vom 30. August 2017 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 11). Mit Eingabe vom 11. September 2017 nahm der Kläger Stellung zu Noven in der Berufungsantwort (Urk. 12). Die Stellungnahme wurde am 15. September 2017 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. II S. 6).

II.

1. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende eherechtliche Verfahren – der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

2. In einem Scheidungsverfahren kann eine Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der anderen Partei einen Vorschuss zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136). Dabei sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO analog anzuwenden. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. In zeitlicher Hinsicht ist die wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgeblich. Dabei ist die gesamte finanzielle Lage zu berücksichtigen. Soweit die finanziellen Mittel des Gesuchstellers den Betrag überschreiten, dessen er zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse bedarf, ist dieser Überschuss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird: dabei sollte der monatliche Überschuss es ihm ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, Erw. 2.2).

3.1 Die Vorinstanz prüfte als Erstes die Bedürftigkeit der Beklagten. Sie ermittelte ein anrechenbares Nettoeinkommen bei der Firma C. _____ von Fr. 4'173.40 ab Oktober 2016 und reduzierte dieses auf Fr. 3'200.– (Arbeitslosentaggelder) ab Januar 2017, da die Beklagte ihre Arbeitsstelle per Ende Dezember 2016 verloren hatte (Urk. 2 S. 6f.).

3.2 Den Bedarf der Beklagten setzte die Vorinstanz auf Fr. 2'363.– fest (Urk. 2 S. 11). Aufgrund der Steuererklärungen der letzten zwei Jahre verneinte die Vorinstanz sodann ein nennenswertes Vermögen.

3.3 Die Vorinstanz veranschlagte die mutmasslich anfallenden Prozesskosten für die Beklagte mit rund Fr. 15'000.– (Urk. 2 S. 13). Sie erwog, aufgrund des Freibetrags von Fr. 837.– (ab 1. Januar 2017) könne die Beklagte höchstens Fr. 5'000.– selber bezahlen, so dass ein ungedeckter Mehrbetrag von Fr. 10'000.– jedenfalls ausgewiesen sei (Urk. 2 S. 11, 13).

3.4 In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz die Leistungsfähigkeit des Klägers, bejahte diese und verpflichtete den Kläger zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses (Urk. 2 S. 14 f.).

3.5 Der Kläger kritisiert das für die Beklagte errechnete Einkommen beim früheren Arbeitgeber und dasjenige aus der Arbeitslosenentschädigung sowie den daraus resultierenden Freibetrag (Urk. 1 S. 5 ff.). Er ist der Auffassung, dass die Beklagte das Scheidungsverfahren selber finanzieren könne (Urk. 1 S. 9). Zudem bestreitet er seine eigene Leistungsfähigkeit (Urk. 1 S. 3 f.).

4. Einkommen der Beklagten

4.1 Betreffend den Lohn macht der Kläger geltend, dass er bereits vor Vorinstanz moniert habe, dass bei der Beklagten usanzgemäss der Anteil am 13. Monatslohn anzurechnen sei. Die Beklagte habe diese Behauptung nicht in Abrede gestellt, sie habe beispielsweise ihren Arbeitsvertrag nicht eingereicht. Daher müsse usanzgemäss auf Seiten der Beklagten ein monatliches Nettoeinkommen inkl. Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 4'521.20 berücksichtigt werden (Urk. 1 S. 5).

4.2 Die Beklagte reichte ihren Arbeitsvertrag mit der Berufungsantwort ein (Urk. 21/1) und somit prozessual verspätet, da die Voraussetzungen an das Novenrecht (Art. 317 Abs. 1 ZPO) nicht erfüllt sind. Sie äussert sich denn auch nicht dazu, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein soll, den Arbeitsvertrag vor Vorinstanz einzureichen. Dennoch genügt der Hinweis des Klägers auf die Usanz nicht, um einen 13. Monatslohn in jedem Fall anzurechnen. Das Gesetz spricht unter dem Marginalen "Gratifikation" von einem Anspruch, "wenn es verabredet ist" (Art. 322d OR). Gemäss dem verspätet eingereichten Arbeitsvertrag besteht unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf einen Bonus (Urk. 10/1). Der Kläger geht in seiner Stellungnahme dazu davon aus, dass das Nettoeinkommen inkl. Anteil Provisionen und Boni mindestens Fr. 4'521.20 betrage (Urk. 12 S. 5). Die per Dezember 2016 seitens der Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung spricht indessen gegen eine erfolgreiche Aquisitionstätigkeit der Beklagten, so dass im Rahmen des vorliegenden Summarverfahrens ein allfälliger Bonusanteil vernachlässigbar erscheint und auf den ausbezahlten Lohn abzustellen ist. Für die Zeit vom 18. Oktober 2016 bis Ende Jahr 2016 ist daher von einem monatlichen Einkommen von Fr. 4'173.– auszugehen.

4.3 Die Beklagte orientierte die Vorinstanz im Dezember 2016 über die Kündigung ihrer Arbeitsstelle per Ende Jahr 2016 (Urk. 4/29). Der Kläger moniert, dass die Beklagte spätestens mit der "Replik"-Eingabe vom 28. Februar 2017 hätte vorbringen müssen, dass sie nach wie vor keine neue Arbeitsstelle gefunden habe und daher Arbeitslosentaggelder in zu belegender Höhe beziehe. Dies umso mehr, als er geltend gemacht habe, es sei auf das im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs erzielte Nettoeinkommen von Fr. 4'521.20 abzustellen. Bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung habe die Beklagte der Vorinstanz nicht, auch nicht sinngemäss mitgeteilt, ob sie arbeitslos sei oder eine neue Anstellung angetreten habe. Auch habe sie sich nicht zur Höhe der ALV-Taggelder geäussert (Urk. 1 S. 6 f.).

4.4 Die Beklagte bestreitet den Vorwurf, ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen zu sein. Sie habe den Stellenverlust im Dezember 2016 mitgeteilt. Aus der Mitteilung folge sinngemäss, dass sie - zumindest vorerst - arbeitslos sei und

entsprechend Arbeitslosentaggelder beziehen würde. In diesem Zeitpunkt habe der Rechtsvertreter auch noch über keine Arbeitslosenabrechnung verfügt. Der Rechtsvertreter hätte der Vorinstanz selbstverständlich mitgeteilt, wenn die Beklagte eine neue Arbeitsstelle gefunden hätte. Es habe auch später keine Veranlassung bestanden, dem Gericht mitzuteilen, in welcher Höhe sich die Arbeitslosentaggelder bewegten, da sich diese aus den aktenkundigen Angaben hätten ermitteln lassen, wie es die Vorinstanz korrekterweise getan habe (Urk. 8 S. 3).

4.5 Zwar ist dem Kläger beizupflichten, dass die Beklagte die Abrechnungen der Arbeitslosenkasse bis zur Entscheidung der Vorinstanz hätte einreichen können und müssen, da sie die Last der Glaubhaftmachung trägt. Das Vorgehen der Vorinstanz ist freilich unter dem Gesichtspunkt der Untersuchungsmaxime zu sehen und die ermittelten Beträge für die Arbeitslosigkeit sind im Ergebnis nicht zu beanstanden. Denn ein zu wenig aufschlussreiches und nicht oder unvollständig belegtes Gesuch darf nicht ohne Weiteres abgewiesen werden. Die das Gesuch stellende Partei ist vielmehr zur Mitwirkung anzuhalten. Erst wenn ihr Gelegenheit gegeben worden ist, ihre Mitwirkungspflicht zu erfüllen, die von ihr verlangten Auskünfte oder Ausweise zu wenig aufschlussreich oder unvollständig geblieben sind, darf ihr Gesuch zufolge Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden (BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, E. 3.2.2.; 8C_777/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2.). Bereits im Eheschutzverfahren zeigte sich, dass die Beklagte sich immer wieder um neue Stellen bemühen musste. So hatte sie per September 2013 eine Stelle in einem Callcenter zu 60 % angetreten und es wurde im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 6. Oktober 2014 von ihr verlangt, dass sie ihre Tätigkeit auf 100 % ausbaue (Urk. 4/9, S. 16 f.). Am 16. November 2015 hatte sich die Beklagte beim RAV gemeldet und es wurden ihr in den folgenden vier Monaten Arbeitslosentaggelder ausbezahlt (Urk. 5/21/4). Die im März 2016 bei C._____ AG angetretene Stelle endete per Dezember 2016. Vor diesem Hintergrund ist das Vorgehen der Vorinstanz, von einer erneuten und längeren Arbeitslosigkeit auszugehen, vertretbar, zumal mit der Vorinstanz zu betonen ist, dass die Beklagte bereits 56jährig ist und nicht über spezifische Fähigkeiten verfügt und Ausbildungsgänge auf dem Arbeitsmarkt vorweisen kann.

4.6 Nicht zu folgen ist der Behauptung des Klägers, es sei das bei Gesuchseinreichung erzielte Einkommen anzurechnen - wohl ungeachtet der Veränderungen - und die Vorinstanz habe die Verhandlungsmaxime verletzt (Urk. 1 S. 7). Aus dem verfassungsrechtlichen Begriff der Mittellosigkeit folgt, dass auf die aktuelle ökonomische Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege abgestellt wird und nur Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden dürfen, die tatsächlich (effektiv) vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar sind (BGE 118 Ia 369 E. 4b und c). Aus dem Effektivitätsgrundsatz folgt, dass das Selbstverschulden des Gesuchstellers an seiner Mittellosigkeit und sein Verzicht auf die Erzielung von Einkommen unerheblich sind (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8 f.). Allerdings macht der Kläger weder geltend noch sind Hinweise dafür ersichtlich, dass die Beklagte ihre Stelle freiwillig gekündigt hat. Daher ist die während laufendem Verfahren eingetretene Einkommensreduktion zu berücksichtigen und es ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ab Januar 2017 die tiefere Arbeitslosenentschädigung anzurechnen.

4.7 In der Berufungsantwort trägt die Beklagte vor, dass sie am 16. Februar 2017 einen schweren Autounfall erlitten habe, infolge dessen sie arbeitsunfähig geworden sei. Es sei zuerst unklar gewesen, ob sie Unfalltaggelder erhalten werde. Ende März habe die SUVA erstmals Taggelder ausbezahlt (Urk. 8 S. 4). Dieses Vorbringen sowie das Einreichen des Arbeitsunfähigkeitszeugnisses erfolgen unter novenrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich zu spät (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Denn im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) hat das Gericht Noven bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Sie sind ohne Verzug, mithin unverzüglich nach Entdeckung in den Prozess einzuführen (Art. 229 Abs. 1 ZPO; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm, Art. 229 N 9 f.). Da indessen die Taggeldabrechnungen der SUVA betragsmässig höher ausfallen, im Durchschnitt beträgt das Taggeld bei 30 Tagen gerundet Fr. 3'576.- (Urk. 8 S. 4; Urk. 10/3-6), als die von der Vorinstanz dem Entscheid zugrunde gelegte Arbeitslosenentschädigung von Fr. 3'200.-, sind ab März 2017 durchschnittlich Fr. 3'576.- anzurechnen. Ein Beleg dafür, dass die Beklagte - wie von ihr behauptet - die Sozialversicherungsbeiträge freiwillig leisten würde (Urk. 8

S. 4), liegt nicht in den Akten, weshalb dies unbeachtlich ist. Nicht abzustellen ist auf den vom Kläger geltend gemachten Betrag von Fr. 3'634.75 (Urk. 12 S. 5), da er 31 Tagen entspricht. Für den Unfallmonat Februar ist im Rahmen des Summarverfahrens mit Fr. 3'200.– zu rechnen, da die Beklagte lediglich 10 Unfalltag-gelder erhielt (Urk. 10/3).

4.8 Nach dem Gesagten ist von folgenden monatlichen Einkünften auszugehen: Oktober 2016 bis Dezember 2016 je Fr. 4'173.–, Januar und Februar 2017 je Fr. 3'200.– und ab März 2017 je Fr. 3'576.–.

5. Bedarf der Beklagten

5.1 Die Vorinstanz bezifferte den Bedarf der Beklagten mit Fr. 2'363.–, bestehend aus den Positionen Grundbetrag (Fr. 1'100.–), Miete (Fr. 800.–), Krankenkasse/Franchise (Fr. 228.–), Kommunikation (Fr. 120.–), Haftpflicht (Fr. 15.–) und Schulden (Fr. 100.–) (Urk. 2 S. 10 f.).

5.2 Zur Zeit der Einigungsverhandlung hatte die Beklagte bei einer Freundin ein Zimmer gemietet (Prot. I S. 4). In der Berufungsantwort führt sie aus, dass sie seit 1. April 2017 eine neue Wohnung gemietet habe (Urk. 8 S. 5). Der Mietvertrag wurde bereits am 1. Februar 2017 unterzeichnet (Urk. 10/8), weshalb es sich erneut um ein unechtes Novum handelt. Die Beklagte äussert sich wiederum nicht, weshalb sie den Vertrag nicht schon vor Vorinstanz einreichte. Der Kläger hält dafür, dass die Beklagte mit keinem Wort ausführe, aus welchen objektiven und nachvollziehbaren Gründen sie gezwungen gewesen sei, die bisher ausgesprochen vorteilhafte und v.a. kostengünstige Wohnsituation während des laufenden Verfahrens zu ändern und eine um Fr. 500.– pro Monat teurere Wohnung anzumieten (Urk. 12 S. 6 f.). Die Parteien waren bis zur Trennung im Jahr 2014 rund 24 Jahre verheiratet. Damals zog die Beklagte aus dem Einfamilienhaus aus und mietete sich eine Wohnung für Fr. 1'500.–, was im Eheschutzverfahren berücksichtigt wurde (Urk. 4/8/15 S. 20). Die Miete einer eigenen Wohnung kann angesichts des Alters der Beklagten und der gelebten ehelichen Verhältnisse nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden, weshalb die höheren Kosten zu berücksichtigen sind. Da der Mietvertrag indessen prozessual verspätet eingereicht wur-

de, es sich jedoch um ein Dauerschuldverhältnis handelt, erscheint es angemessen, die Mehrauslagen von Fr. 560.– (Urk. 10/4) ab Eingang der Berufungsantwort im August 2017 anzurechnen. Das Gleiche gilt für die Anhebung des Grundbetrages um Fr. 100.–.

5.3 Weiter macht die Beklagte geltend, dass sie seit Ende Mai 2017 Schulden ratenweise zu Fr. 50.– zurückbezahle (Urk. 8 S. 11). Die Beklagte erklärt nicht, für welchen Zweck sie diese Schulden bei D._____ eingegangen ist und weshalb diese während des laufenden Prozesses zurückbezahlt werden müssen, zumal die Schulden bereits in der Steuererklärung 2014 deklariert wurden (Urk. 21/1). Sie sind im Rahmen des vorliegenden Verfahrens daher nicht zu berücksichtigen. Der Einwand des Klägers in der Stellungnahme, der von der Vorinstanz angerechnete Betrag für Schulden von Fr. 100.– sei vollumfänglich zu streichen (Urk. 12 S. 7), ist prozessual verspätet und nicht zu hören, da der Kläger in der Berufungsschrift den Bedarf in Höhe von Fr. 2'363.– und somit die Position Schulden von Fr. 100.– anerkannt hat (Urk. 1 S. 7).

5.4 Im Gegensatz zum familienrechtlichen Bedarf in Mankofällen sind Aufwendungen für die laufenden Steuern zu berücksichtigen. Die Beklagte schätzt diese auf Fr. 50.– pro Monat (Urk. 4/19 S. 3).

5.4 Nach dem Gesagten ist der Bedarf bis und mit Juli 2017 auf Fr. 2'413.– (Fr. 2'363.– + Fr. 50.–) und ab August auf Fr. 3'073.– (Fr. 2'363.– + Fr. 50.– + Fr. 100.– + Fr. 560.–) festzulegen.

6. Der Kläger fordert in der Stellungnahme vom 12. September 2017, die Beklagte habe diverse Unterlagen im Zusammenhang mit dem Autounfall zu edieren (Vergütung Leasingfahrzeug / Ankauf neues Fahrzeug / Höhe der geltend gemachten Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche; Urk. 12 S. 10). Von Weiterungen ist auf folgenden Gründen abzusehen. Leasingraten wurden keine in den Bedarf aufgenommen. Bei allfälligen Genugtuungsansprüchen gegenüber dem Unfallverursacher handelt es sich nicht um Erwerbseinkommen und im Übrigen gilt wie bereits erwähnt das Effektivitätsprinzip, d.h. unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist jede Auf- und Anrechnung von hypothetischem Ein-

kommen oder Vermögen unzulässig (BK ZPO-Bühler, Art. 117 Art. N 9). Es sind daher keine [allenfalls erst] geltend gemachten bzw. in Aussicht gestellten Ansprüche (Urk. 12 S. 10) zu berücksichtigen.

7. Überschuss der Beklagten

7.1 Eine Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ergibt folgendes Bild:

	Okt-Dez 16	Jan-Feb 17	März-Juli	ab August 17
Einkommen	4'173.–	3'200.–	3'576.–	3'576.–
Bedarf	2'413.–	2'413.–	2'413.–	3'073.–
Überschuss	1'760.–	787.–	1'163.–	503.–

7.2 Die Vorinstanz erwog, dass es der Beklagten möglich wäre, innerhalb eines halben Jahres (lediglich) Prozesskosten von Fr. 5'000.– zu bezahlen (Urk. 2 S. 11, 13). Gemäss der in Ziff. 2 zitierten Rechtsprechung sind nicht sechs Monate massgebend, was auch der Kläger moniert (Urk. 1 S. 9), sondern massgebend ist, ob Prozesskosten binnen eines Jahres bzw. binnen zweier Jahre getilgt werden können. Werden Bedarf und Einkommen der Beklagten mit der Vorinstanz ab Januar 2017 einander gegenübergestellt, resultiert auf ein Jahr gerechnet ein Überschuss von Fr. 9'904.–, der für Prozesskosten verwendet werden könnte. Dieser Überschuss liegt aber immer noch erheblich unter den prognostizierten Prozesskosten von Fr. 15'000.–.

7.3 Die Beklagte selbst stellt die vorinstanzliche Erwägung, wonach sie Fr. 5'000.– an Gerichts- und Anwaltskosten selber bezahlen könne, in Abrede. Die Vorinstanz führe selber aus, dass es sich bei dem von ihr ermittelten Bedarf um das absolute Minimum handle. Auch wenn sie im Bedarf nicht berücksichtigt werden könnten, habe die Klägerin zusätzlich noch Steuern und Auslagen für ihr Auto, dessen Leasingvertrag zurzeit nicht auflösbar sei, zu bezahlen. Hinzu würden die monatlichen Abzahlungen für Schulden kommen, welche von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden seien (Urk. 8 S. 5 f.). Was die Leasingraten angeht, so steht die Auffassung der Vorinstanz in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre (BGer 5A_774/2015 vom 24. Februar 2016, E. 6.2 m.w.H.). Allerdings ist nicht zu übersehen, dass bestehende Leasingverträge nicht sofort gekündigt werden können; der Leasingvertrag liegt bei den Akten

(Urk. 4/26). Wie weiter dargelegt, war die heute 56jährige Beklagte in den letzten Jahren immer wieder arbeitslos (oben Ziff. 4.5). Daher dürfte auch eine beträchtliche Lücke in ihrer Altersvorsorge entstanden sein. Gegenwärtig bezieht sie Unfalltaggelder und ist deshalb nicht vermittelbar. Wie lange die Arbeitsunfähigkeit andauert, ist ungewiss. Über nennenswertes Vermögen verfügt sie nicht (Urk. 4/21/2). Sie wird auch nicht mit einer grossen güterrechtlichen Ausgleichszahlung rechnen können. Gemäss Ehevertrag fallen die Erträge aus Eigengut in Anwendung von Art. 199 Abs. 2 ZGB nicht in die Errungenschaft (Urk. 4/5/4). Grundsätzlich ist eine Person schon während des Prozesses gehalten, im Rahmen ihrer Möglichkeiten für die Bezahlung der Prozesskosten Rücklagen zu bilden. Aufgrund des Berufungsentscheids der Kammer vom 29. April 2015 konnte die Beklagte jedenfalls nicht darauf vertrauen, einen Prozesskostenvorschuss erhältlich machen zu können. Allerdings kam die Beklagte im Eheschutzverfahren in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 4/9/31 S. 24) und ihre ökonomische Situation hat sich mit Blick auf die teilweise Arbeitslosigkeit nicht verbessert (Einkünfte im Jahr 2015 gemäss Steuererklärung: Fr. 31'988; Urk. 4/21/2). In Berücksichtigung all dieser Umstände und insbesondere mit Blick auf das Alter der Beklagten erscheint es vertretbar, den resultierenden Überschuss als finanzielle Reserve zu belassen. Folglich ist die prozessuale Bedürftigkeit der Beklagten zu bejahen.

8. Leistungsfähigkeit des Klägers

8.1 Wie bereits im Berufungsentscheid der Kammer vom 29. April 2015 festgehalten, geht der Kläger seit Jahren keiner Erwerbstätigkeit nach. Seine Lebenshaltungskosten werden seit Jahren von seiner Mutter finanziert. Zudem ist der Kläger Gesamteigentümer und er bildet zusammen mit seinem Bruder E. _____ eine einfache Gesellschaft, welche als Miteigentümerin zur Hälfte die Liegenschaften F. _____-Strasse 1 und F. _____-Strasse 2 hält, und worauf die lebenslange Nutzniessung zugunsten der Mutter besteht. Den anderen Miteigentumsanteil besitzt sein Bruder alleine. Dazu ist der Kläger Gesamteigentümer (Erbengemeinschaft) zusammen mit seiner Mutter und seinem Bruder an der Liegenschaft G. _____-Strasse 3 und an den Liegenschaften F. _____-Strasse 4 und 5, welche

ebenfalls je mit einer lebenslangen Nutzniessung zugunsten der Mutter belastet sind (Urk. 4/9/31 S. 19 f.).

8.2 Die Vorinstanz begründete die Leistungsfähigkeit des Klägers im Wesentlichen wie folgt: Es könne nicht der geltenden Gesetzgebung von Art. 163 und 159 Abs. 3 ZGB entsprechen, dass sich ein Ehegatte, der seit geraumer Zeit vollständig durch seine Mutter finanziell unterstützt werde und über Beteiligungen an Gesamthandliegenschaften verfüge, seiner eherechtlichen Beistandspflicht dem anderen Ehegatten gegenüber entziehen könne. Dies vor allem nicht, wenn dem anderen Ehegatten nach Berechnung des Existenzminimums ein Überschuss verbleibe, der es ihm nicht ermögliche, für die Prozesskosten aufzukommen. Faktisch lebe der Kläger auf Kredit, den er von seiner Mutter bekomme – wohl auf Rechnung seines zukünftigen Erbes. Wenn der Kläger auf diese Weise auf Kredit lebe, sei nicht einzusehen, warum er diesen Kredit nicht auch für die vom Gesetz vorgesehene eheliche Unterstützungspflicht aufwenden solle. Es gehe nicht an, diese Pflicht nun der Allgemeinheit überbinden zu wollen. Somit sei davon auszugehen, dass der Kläger über Einkommens- und Vermögensquellen verfüge, die es ihm ermöglichen, eine Prozesskostenvorschuss an die Beklagte zu leisten (Urk. 2 S. 14).

8.3 Zur Frage der Anrechnung der von der Mutter des Klägers bezahlten Lebenshaltungskosten hat die Kammer im Berufungsentscheid vom 29. April 2015 auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen und Folgendes festgehalten:

"Die Leistungskraft des Unterhaltspflichtigen wird durch freiwillige Zuwendungen Dritter zwar erhöht, doch lehnt das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre die Berücksichtigung solcher Leistungen bei der Festsetzung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen grundsätzlich mit dem Argument ab, dass diese nach dem Willen des zuwendenden Dritten dem Empfänger und nicht der unterhaltsberechtigten Person zukommen sollen (BGE 128 III 161 Erw. 2c/bb mit Hinweisen). Eine Ausnahme hiervon lässt das Bundesgericht nur dann zu, wenn davon auszugehen ist, dass die Anrechnung nicht dem Willen des zuwendenden Dritten widerspricht und die Zuwendung auf einer Unterstützungspflicht (auch gegenüber dem Unterhaltsberechtigten) beruht

(BGer 5C.27/2005 vom 23. November 2005 Erw. 3.4. mit Verweis auf BGE 128 III 161); (Urk. 4/9/31 S. 14).

Wie schon im Eheschutzverfahren fehlt neben dem Rechtsanspruch auch der Zuwendungswille der betreffenden Person. Die Mutter hat dies explizit erneut bestätigt (Urk. 42/2). Damit gilt weiterhin, dass die Leistungen der Mutter kein Einkommen bilden, das dem Kläger angerechnet werden könnte.

8.4 Was die Eigentumsverhältnisse an den Liegenschaften bzw. deren Belehnung angeht, ist wiederum auf den Berufungsentscheid zu verweisen (Urk. 4/9/31 S. 20):

"Steht eine Liegenschaft im Gesamteigentum, bedarf es zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer. Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen (Art. 653 Abs. 2 und 3 ZGB). Der Gesuchsgegner verfügt somit über keine rechtlichen Möglichkeiten, einen Kredit zu beschaffen, wenn seine Mutter und sein Bruder ihre Zustimmung nicht erteilen. Dass sie diese Zuteilung nicht erteilen, wurde erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebracht."

In der Stellungnahme des Klägers vom 6. Januar 2017 zum Gesuch um Prozesskostenvorschuss verwies der Kläger auf die Bestätigung des Bruders und der Mutter des Klägers, wonach diese keine Zustimmung für die Belehnung der Liegenschaften erteilen würden. Auch spreche die H._____ [Bank] dem Kläger mangels Einkünften die Kreditfähigkeit schlicht ab (Urk. 4/32 S. 6). Die betreffenden Belege datieren vom 22. Dezember 2014 und vom 19. Dezember 2014 (Urk. 4/34/2-3). Die Beklagte ging im Rahmen des von ihr beanspruchten Replikrechts nicht darauf ein (Urk. 4/35). In der Berufungsantwort macht sie nun geltend, die Erklärungen seien über zwei Jahre alt. Demnach vermöge der Kläger nicht darzulegen, dass eine Belehnung der Liegenschaften an der F._____ - Strasse aktuell aufgrund mangelnder Zustimmung nicht möglich sei (Urk. 8 S. 6). Diese Bestreitung erfolgt prozessual zu spät (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn man sie zuliesse, müsste die Frage aufgeworfen werden, ob das Gericht, wollte es auf die Belege nicht abstellen, dem Kläger im Rahmen der Mitwirkungspflicht nicht Gelegenheit geben müsste, die unvollständig gebliebenen Behauptungen zu

belegen (vgl. Ziff. 4.5). Sowohl das Eheschutzverfahren als auch das laufende Scheidungsverfahren zeigen jedoch deutlich, dass auf Seiten des Klägers keine Bereitschaft besteht, der Beklagten zumindest im Sinne eines Vorschusses finanziell entgegenzukommen. Da der Beschluss der Gesamteigentümer für eine Belehnung einstimmig sein müsste, der Kläger vorträgt, die Zustimmung sei auch in Zukunft nicht erhältlich zu machen (Urk. 4/32 S. 5) und die Mutter im Schreiben vom 15. März 2017 noch einmal bestätigte, dass sie ihrem Sohn kein Geld für die Gerichts- oder Anwaltskosten seiner Ehefrau geben werde (Urk. 4/42/2), ist auf Weiterungen zu verzichten. Es muss davon ausgegangen werden, dass eine Belehnung der Liegenschaften sich nicht realisieren lässt.

8.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Leistungsfähigkeit des Klägers zu verneinen ist. Die Berufung ist gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

9. Unentgeltliche Rechtspflege

9.1 Die Beklagte beantragte eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege für das gesamte Scheidungsverfahren (Urk. 2 S. 2).

9.2 Wie unter Ziff. 7 ausgeführt, gilt die Beklagte als prozessual mittellos. Da der Kläger die Scheidung anstrebt, können die Prozessaussichten der Beklagten nicht als aussichtslos gelten. Schliesslich ist der Beklagten unter Verweis auf das Gebot der Waffengleichheit (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

III.

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf die § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 1'750.– festzusetzen.

2. Ausgangsgemäss unterliegt die Beklagte im Hauptstandpunkt, weshalb sie die Kosten zu tragen hat, und sie ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine

Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Letztere ist auf Fr. 1'800.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

3. Die Beklagte stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 8 S. 2). Die prozessuale Bedürftigkeit ist nach dem Gesagten ausgewiesen. Was die Frage der Aussichtslosigkeit angeht, so verlangt die Beklagte die Bestätigung des angefochtenen Entscheides, weshalb ihr Standpunkt nicht als aussichtslos zu gelten hat. Ferner war die Beklagte bei ihrem Vorgehen auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Folglich ist das Gesuch gutzuheissen. Entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht von Art. 123 ZPO.

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts o.V. des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 28. April 2017 wird ersatzlos aufgehoben.
2. Der Beklagten wird für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Der vom Kläger geleistete Kostenvorschuss wird an den Kläger zurückerstattet.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 i.S.v. 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. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc