

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY210052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Beschluss und Urteil vom 9. März 2022

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes  
Bülach vom 22. Oktober 2021; Proz. FE200100**

### **Rechtsbegehren:**

der Klägerin (act. 8/1 und act 8/65):

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 15'000.– zu bezahlen.

Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bewilligen.

des Beklagten (act. 8/14 und act. 8/62):

Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 8'000.– zu leisten.

Eventualiter sei dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen.

### **Verfügung des Einzelgerichts:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 12'000.– zu leisten. Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Das Gesuch des Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin in Höhe von einstweilen Fr. 8'000.– wird abgewiesen.
4. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittel

### **Berufungsanträge:**

#### des Beklagten (act. 2):

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 22. Oktober 2021, Geschäfts-Nr. FE200100-C, sei aufzuheben.
2. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen.
3. Die Berufungsbeklagte sei im Verfahren Geschäfts-Nr. FE200100-C vor Bezirksgericht Bülach zu verpflichten, dem Berufungskläger/Beschwerdeführer einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen mindestens Fr. 8'000.– zu bezahlen.
4. Eventualiter zu Antrags-Ziff. 3 sei dem Berufungskläger/Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizustellen.
5. Subeventualiter zu Antrags-Ziff. 2 bis 4 sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

#### prozessuale Anträge:

1. Es sei der vorliegenden Berufung und Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die vorliegenden Berufungs- und Beschwerdeverfahren seien zu vereinigen.
3. Es seien die Akten des Scheidungsverfahrens vor dem Bezirksgericht Bülach, Geschäfts-Nr. FE200100-C, inkl. Bezugsakten beizuziehen.
4. Es sei darauf zu verzichten, vom Berufungskläger/Beschwerdeführer für das vorliegende Verfahren einen Kostenvorschuss zu verlangen.
5. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger/Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7. % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Eventualiter zu Antrags-Ziff. 5 sei dem Berufungskläger/Beschwerdeführer für das vorliegende Berufungs- und Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

der Klägerin (act. 13):

Es sei die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 22. Oktober 2021 vollumfänglich abzuweisen.

Es seien die Akten des Scheidungsverfahrens vor der ersten Instanz (FE200100-C) sowie die Akten des Eheschutzes (EE170116) des Bezirksgerichts Bülach beizuziehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer von 7,7 % zu Lasten des Berufungsklägers.

prozessuale Anträge:

Es sei der Berufungskläger zu einem Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 3'000.00 an die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren zu verpflichten.

Eventualiter sei der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Seit dem 21. April 2020 ist beim Bezirksgericht Bülach (nachfolgend Vorinstanz) das Scheidungsverfahren zwischen der Klägerin und dem Beklagten pendent (act. 8/1). Mit Verfügung vom 22. Oktober 2021 verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 12'000.– zu leisten, schrieb das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als gegenstandslos geworden ab, wies das Gesuch des Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin in Höhe von einstweilen Fr. 8'000.– ab und wies schliesslich das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 7).

1.2. Mit Eingabe vom 22. November 2021 erhob der Beklagte gegen diesen Entscheid Berufung und Beschwerde und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten inklusive Eheschutzakten wurden beigezogen (act. 8/1-75). Mit Verfügung vom 25. November 2021 wurde die hinsichtlich der Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin als "Beschwer-

de" bezeichnete Rechtsmitteleingabe des Beklagten auch in Bezug auf dieses Begehren als Berufung entgegengenommen. Sodann wurde der Berufung einstweilen die aufschiebende Wirkung gewährt und der Klägerin die Möglichkeit gegeben, zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (act. 5). Dies tat sie mit Eingabe vom 9. Dezember 2021, wobei sie die Abweisung des Gesuches auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte. Daneben stellte sie auch für das Berufungsverfahren einen Antrag auf Prozesskostenbevorschussung bzw. eventualiter auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9). Mit Beschluss vom 10. Januar 2022 wurde die Anordnung vom 25. November 2021 bestätigt, mit welcher der Berufung einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt worden war. Ausserdem wurde der Klägerin Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 11). Am 24. Januar 2022 reichte die Klägerin die Antwort mit den eingangs aufgeführten Anträgen ein (act. 13). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss einzuholen (Art. 98 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2.

Der Entscheid über die Leistung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme (vgl. OGer ZH PC160020 vom 9. November 2016, E. 2.1.). Entsprechend ist der Entscheid berufungsfähig, sofern der erforderliche Streitwert erreicht ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gemäss der Praxis der Kammer beurteilt sich Letzteres nach dem Hauptsacheverfahren (vgl. PC170014 vom 15. September 2017 E. II.1.). In der Hauptsache geht es um einen Scheidungsprozess. Folglich ist bei beiden Entscheiden zu den Prozesskostenvorschüssen von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen und damit die Berufung zulässig.

## 3.

3.1. Als Ausfluss der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB ist der eine Ehegatte gehalten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvor-

schüssen beizustehen. Soweit eine Prozesskostenvorschusspflicht besteht, geht diese dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 142 III 36 E. 2.3). Der gesuchstellende Ehegatte hat die eigene Bedürftigkeit sowie die Leistungsfähigkeit des anderen Ehegatten glaubhaft zu machen (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO und OGer ZH LY170046 vom 19. April 2018 E. II.1.3). Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten (BGE 142 II 49 E. 6.2). Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des anderen Ehegatten ist auch sein Vermögen einzubeziehen, soweit dieses einen angemessenen "Notgroschen" übersteigt (vgl. BGer 4A\_294/2010 vom 2. Juli 2010 E. 1.3).

3.2. Die Vorinstanz bejahte die Leistungsfähigkeit des Beklagten aufgrund seiner Vermögenssituation und verpflichtete ihn, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 12'000.– zu leisten. Die Klägerin habe glaubhaft dargelegt, dass die Parteien über ein hohes Vermögen von über Fr. 350'000.– in einem Bankschliessfach verfügt hätten. Für die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen spreche insbesondere die Tatsache, dass die Klägerin sich mit ihren Aussagen selbst belaste, indem sie einerseits angegeben habe, das Geld nicht versteuert zu haben, und andererseits zugestanden habe, im Eheschutzverfahren unberechtigterweise die unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch genommen zu haben. Damit habe die Klägerin eine Anzeige des Gerichts an die Steuerbehörden riskiert, wie dies mit der vorliegenden Verfügung denn auch geschehe. Die Klägerin habe nachvollziehbar dargelegt, weshalb sie erst jetzt offengelegt habe, über Vermögen zu verfügen, nämlich aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte entgegen seines Versprechens das Arbeitsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH gekündigt habe und weil sie nun einen güterrechtlichen Anspruch auf dieses Geld geltend machen möchte. Ein Grund, weshalb die Klägerin diesbezüglich falsche Aussagen tätigen könnte, sei nicht ersichtlich, ebenso wenig, weshalb die Klägerin das Geld hätte an sich nehmen und es dann aber im Verfahren thematisieren sollen, wie der Beklagte behauptet habe. Dass sie unterschiedliche Daten angegeben habe, wann

genau sie das Schrankfach besucht habe, ändere nichts an der grundsätzlichen Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen.

Demgegenüber seien die Aussagen des Beklagten zum Schrankfach unglaubhaft, da er widersprüchliche und inkonsistente Angaben mache. So habe er angegeben, dass sie das Schrankfach gemeinsam eröffnet hätten, um dann zu behaupten, es gehöre der Klägerin respektive kurz darauf, dass es der Tochter gehöre. Die Bank gebe ihm deshalb keine Auskunft über die Besuche der Klägerin. Er dürfe nicht reingehen und habe auch keinen Schlüssel. Diese Aussagen seien erwiesenermassen unwahr, wie die Besucherliste des Schrankfachs zeige. Aus den edierten Bankunterlagen sei ersichtlich, dass sich der Beklagte seit 2016 21 Male Zutritt zum Schrankfach verschafft habe, wobei er sich jeweils habe ausweisen müssen. Damit erwiesen sich auch seine Aussagen als unglaubhaft, dass sich im Schrankfach einzig die wenigen Tausend Euro der Tochter befunden haben sollen, da in diesem Fall nicht erklärbar sei, weshalb und wozu der Beklagte das Schrankfach zahlreiche Male aufgesucht habe, die Tochter der Parteien aber kein einziges Mal. Zudem ergebe es keinen Sinn, dass die Klägerin eigenes Schwarzgeld in den Safe legen und dort fotografieren sollte, um es dann vor Gericht geltend zu machen, wie dies der Beklagte geltend mache. Damit würde sie eine Anzeige sowie die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege riskieren, ohne jedoch irgendeinen Vorteil zu erlangen. Nach dem Gesagten sei glaubhaft gemacht, dass der Beklagte über Vermögen von über Fr. 350'000.– verfüge (act. 7 E. 4.1.2.-4.1.4.).

3.3. Die Vorinstanz leitet das Vermögen des Beklagten also aus den angeblich glaubhaften Aussagen der Klägerin ab. Der Beklagte macht nun aber zu Recht geltend, dass die beiden Sachverhaltsdarstellungen der Klägerin am 18. August 2020 bzw. 13. September 2021 sich diametral widersprechen und deshalb nicht als glaubhaft eingestuft werden können (act. 2 S. 7 N 18): Am 18. August 2020 erklärte die Klägerin auf Befragung durch das Gericht, sie habe die Fotos des Geldes (act. 24/7) im letzten Jahr gemacht, sie sei ein einziges Mal dort gewesen. Sie und der Beklagte hätten das Fach gemeinsam eröffnet. Sie habe gewusst, dass dort sehr viel Bargeld aufbewahrt werde. Es habe sich um ihr gemeinsames

Geld gehandelt. Auf die Frage, woher die Familie A. \_\_\_\_\_ B. \_\_\_\_\_ dieses Geld habe, erklärte sie, sie hätten in Deutschland rund 15 Jahre lang in Dönerbuden gearbeitet. Bevor sie das Schrankfach gehabt hätten, sei das Geld irgendwo zu Hause gewesen. Sie hätten das Geld zusammen nachgezählt bzw. er habe das Geld zusammengezählt. Im Anschluss seien sie zusammen zur Bank gegangen und hätten gemeinsam ein Konto eröffnet (Prot. VI S. 10-13). In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 13. September 2021 erzählte sie eine ganz andere Geschichte: Als sie sich im Jahr 2014 in der Schweiz niedergelassen hätten, hätten sie das Geschäft des Neffen, die C. \_\_\_\_\_ GmbH, und den Safe der C. \_\_\_\_\_ GmbH übernommen. Während der gemeinsamen Ehe- und Geschäftszeit habe man teilweise die Einnahmen aus dem Gastrobetrieb in diesen Safe gelegt. Sie (die Klägerin) sei selber nie davon ausgegangen, dass sich in diesem Safe sehr viel Geld befunden habe. Sie sei der Meinung gewesen, dass nur Liquiditätsüberbrückungskapital in diesem Safe hinterlegt worden sei. Aufgrund des gestörten Vertrauensverhältnisses sei sie am 14. August 2017 von 10.40 Uhr - 11.00 Uhr mit den beiden zuhause in einer Schublade aufbewahrten Safeschlüsseln zur Zürcher Kantonalbank gegangen und habe sich den Safe-Inhalt zeigen lassen. Sehr erstaunt habe sie festgestellt, dass sich im Safe sehr viel Geld in Schweizerfranken und Euro befunden hätten. Völlig konsterniert hätte sie das gesamte Geld fotografiert (act. 52).

In der Berufungsantwort erklärt die Klägerin, als sie bei der gerichtlichen Befragung vom 18. August 2020 ausgesagt habe, sie habe die Fotos im letzten Jahr gemacht, habe sie gemeint, im Jahr vor der Trennung 2018 (act. 13 N 9 und 14). Dies überzeugt nicht und scheint eher eine nachgeschobene Schutzbehauptung zu sein, wobei dem Zeitpunkt der Fotoaufnahme angesichts der beiden vollkommen unterschiedlichen Tatsachenschilderungen der Klägerin eine eher untergeordnete Bedeutung zukommt. Es bleibt entgegen der Ansicht der Klägerin in der Berufungsantwort (act. 13 N 15-18) dabei, dass die beiden Sachverhaltsdarstellungen der Klägerin am 18. August 2020 bzw. 13. September 2021 sich diametral widersprechen und deshalb nicht als glaubhaft eingestuft werden können.



3.4. Der Beklagte macht auch zutreffend geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgehalten, es sei kein Grund dafür ersichtlich, weshalb die Klägerin falsche Aussagen hätte tätigen sollen (act. 2 S. 8 N 20). Die Klägerin beansprucht im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung des hängigen Scheidungsverfahrens die Hälfte des fotografierten Geldes (vgl. Prot. VI S. 9 und act. 13 N 20) und hat entsprechend ein sehr grosses finanzielles Interesse, das als Motiv für mögliche Falschaussagen gewertet werden kann.

3.5. Der Beklagte legt auch überzeugend dar, warum aus der Selbstbelastung der Klägerin nicht allzu viel für die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen abgeleitet werden kann: Die Klägerin habe erst auf die entsprechende Nachfrage zu Protokoll gegeben, dass das Geld nicht versteuert worden sei (Prot. VI S. 12). Vor diesem Hintergrund sei nicht auszuschliessen, dass sie die Tragweite und die möglichen Konsequenzen ihrer Behauptung nicht abschliessend erfasst und entsprechend nicht mit dieser Frage gerechnet habe. Andererseits habe die Klägerin für die angebliche Steuerhinterziehung in der Person des Beklagten auch gleich einen Schuldigen gefunden, indem sie klargestellt habe, dass das Geld bei ihm und nicht etwa bei ihr gewesen sei. Schliesslich habe sie ihm im gleichen Antwortsatz auch noch gleich eine Todesdrohung unterstellt für den Fall, dass sie etwas vom Geld preisgeben würde. Offensichtlich sei die Klägerin auch in ihrer Stellungnahme sehr darauf bedacht gewesen, die Schuld für die Steuerhinterziehung dem Beklagten zuzuschieben, wolle sie doch auf einmal das Geld nicht mehr mit ihm zusammen zu Hause gelagert, sondern überhaupt nichts davon gewusst und es stattdessen beim Schliessfachbesuch völlig konsterniert vorgefunden haben. Aber selbst wenn die Klägerin mit einer Anzeige wegen Steuerhinterziehung gerechnet hätte, so würde die verfolgte Zusprechung der güterrechtlichen Forderung den drohenden Nachteil einer Verurteilung bei weitem überwiegen, sodass jedenfalls davon ausgegangen werden müsse, dass sie Letzteren in Kauf genommen hätte, wäre er ihr tatsächlich bewusst gewesen. Dasselbe müsse in Bezug auf die zu Unrecht beanspruchte unentgeltliche Rechtspflege gelten. Die Kosten im Eheschutzverfahren und des Scheidungsverfahrens inkl. Anwaltskosten beliefen sich mit mehreren Tausend, allenfalls mehreren Zehntausend Franken auf einen weit aus tieferen Betrag als die Hälfte des beanspruchten Geldes im Betrag von rund

Fr. 175'000.– (act. 2 S. 8 N 21). In der Berufungsantwort anerkennt die Klägerin ein falsches Vorgehen im Zusammenhang mit den Steuererklärungen bis zum Jahr 2016, nicht hingegen im Zusammenhang mit dem Eheschutzverfahren. Im Weiteren legt sie den Fokus auf ihre Stellung als Ehefrau, die lange Jahre unter dem Patriarchat des Ehemannes für vier Kinder gesorgt habe und daneben ohne Mitspracherecht einer Vollzeitbeschäftigung im gemeinsam aufgebauten Gastrobetrieb nachgegangen sei (act. 13 N 23).

3.6. Der Beklagte stellt schliesslich für den Fall, dass sich das Geld tatsächlich im Safe befunden habe, die Frage in den Raum, weshalb es sich einzig um Einnahmen der Parteien aus dem gemeinsamen Geschäftsbetrieb, nicht aber um Beteiligungen von D.\_\_\_\_\_, dem heutigen Geschäftsführer der C.\_\_\_\_\_ GmbH, oder um Mittel der C.\_\_\_\_\_ GmbH gehandelt haben soll, habe das Schliessfach doch gerade auf die juristische Person C.\_\_\_\_\_ GmbH und nicht auf die Parteien gelautet (act. 2 S. 8 N 19). Die Klägerin wendet ein, der Geschäftspartner, Herr D.\_\_\_\_\_, sei am Safe nie berechtigt gewesen und habe diesen auch nie aufgesucht (act. 13 N 19). Eine Berechtigung von Herrn D.\_\_\_\_\_ und/oder ein Besuch im Safe ist aus den Akten tatsächlich nicht ersichtlich. Das Schliessfach lautete aber auf die juristische Person C.\_\_\_\_\_ GmbH und nicht auf die Parteien (vgl. act. 24/6 und act. 34/3 i.V.m. act. 33) und es bleibt unklar, warum es sich nicht zumindest auch um Mittel der C.\_\_\_\_\_ GmbH gehandelt haben sollte.

3.7. Im Ergebnis sind die Aussagen der Klägerin nicht hinreichend glaubhaft, um allein gestützt darauf im Zeitpunkt des Gesuchs von einem beklagteschen Vermögen von Fr. 350'000.–, welches sich indem Bankschliessfach befunden habe, ausgehen zu können. Es gibt in den Akten auch keine objektiven Beweismittel, welche ein beklagteschen Vermögen in der Höhe von Fr. 350'000.– glaubhaft machen, insbesondere taugen die Fotos des Bargelds allein nicht dafür (act. 24/7). Dass es auch den Aussagen des Beklagten an genügenden Realitätskriterien fehlt, mithin auch diese völlig unglaubhaft sind, ändert nichts an diesem Ergebnis. Es bleibt (zumindest vorläufig) unklar, wie viel Geld sich wann in dem Safe befand und was mit diesem Geld in der Zwischenzeit geschehen ist.

3.8. Die Klägerin macht in ihrer Berufungsantwort weiter geltend, der Beklagte habe nur wenige Monate vor der Scheidungsverhandlung seinen Firmenanteil an der im Jahr 2015 vom Cousin der Mutter E.\_\_\_\_\_ übernommenen C.\_\_\_\_\_ GmbH zum Nominalwert an seinen besten Kollegen und Geschäftspartner, D.\_\_\_\_\_, überschrieben. Dabei handle es sich um eine Farce. Nur schon das vorgelegte Schriftstück zeige, dass nur vordergründig eine Geschäftsübergabe vereinbart worden sei. Tatsächlich hätten sich die Geschäftsbeziehungen unter den Partnern nie verändert. Der Beklagte habe nie dargelegt, ob D.\_\_\_\_\_ ihm den Firmenanteil von Fr. 10'000.– tatsächlich ausbezahlt habe. Angesichts des Ertrages von Fr. 468'682.40 im Jahr 2019 sei jedenfalls glaubhaft, dass der Ertrags- bzw. Fortführungswert den Betrag von Fr. 10'000.– bei weitem übersteige. Es scheine deshalb glaubhaft, dass der Geschäftspartner D.\_\_\_\_\_ dem Beklagten den Betrag von Fr. 12'000.– als teilweise Abgeltung der Firmenanteile ausbezahlen könne (act. 13 N 38-40). Mit diesen Ausführungen hat die Klägerin nicht hinreichend dargetan, dass der Beklagte Firmenanteile an der C.\_\_\_\_\_ GmbH weit unter dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert an seinen Compagnon überschrieben hat und es ihm deshalb auch möglich wäre, die Fr. 12'000.– von seinem Geschäftspartner erhältlich zu machen. Daran ändert auch der Verweis auf den Betriebsertrag im Jahr 2019 nichts (act. 13 N 39 mit Verweis auf act. 8/15/3).

3.9. Nach dem Gesagten ist aufgrund der Angaben der Klägerin nicht glaubhaft gemacht, dass der Beklagte im Zeitpunkt des Gesuchs über ein Vermögen in der geltend gemachten Höhe verfügte, welches ihm erlauben würde, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Die Klägerin leitet die Möglichkeit des Beklagten, den Prozesskostenvorschuss von Fr. 12'000.– für das vorinstanzliche Verfahren sowie einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'000.– für das Berufungsverfahren zu bezahlen, allein aus seinem Vermögen ab. Sie erklärt in der Berufungsantwort, aufgrund der zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge an die Kinder sei davon auszugehen, dass er aus dem laufenden Einkommen nicht in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen (act. 13 N 29). Damit ist in Gutheissung der Berufung das vorinstanzliche Gesuch der Klägerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten in Höhe von einstweilen Fr. 15'000.– abzuweisen und es ist auch das im Berufungsverfahren gestellte Gesuch der Kläge-

rin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten in Höhe von einstweilen Fr. 3'000.– abzuweisen.

3.10. Der Beklagte schreibt in der Berufung, es sei davon auszugehen, dass die Klägerin über das von ihr fotografierte Geld verfüge. Jedenfalls habe sie nie dargetan, wem es sonst gehöre. Da es sich noch irgendwo befinden müsse, sei davon auszugehen, dass es in ihrem Besitz sei. Sie sei daher zu verpflichten, ihm für das Scheidungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 8'000.– und für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7. % MwSt. zu bezahlen (act. 2 S. 12 N 16 und S. 13 N 22). Mit diesen vagen Ausführungen macht er nicht glaubhaft, dass die Klägerin im Besitz von über Fr. 350'000.– ist. Mangels glaubhaft gemachter Leistungsfähigkeit der Klägerin ist die vorinstanzliche Abweisung des beklaglichen Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin in Höhe von einstweilen Fr. 8'000.– zu schützen und das im Berufungsverfahren gestellte Gesuch des Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Klägerin in Höhe von Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7. % Mehrwertsteuer ist ebenfalls abzuweisen.

4.

4.1. Da sämtliche Anträge auf Prozesskostenbevorschussung abzuweisen sind, kommen die erst- und zweitinstanzlich gestellten Gesuche der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zum Zug.

4.2. Gestützt auf die Ausführungen der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 9. Dezember 2021 (act. 9 N 15-17) ist die Klägerin mit der Vorinstanz (vgl. act. 7 E. 4.2.1 und 4.2.2.) als mittellos zu betrachten. Ihre erst- und zweitinstanzlichen Rechtsbegehren sind bzw. waren im Übrigen nicht aussichtslos und der Beizug anwaltlicher Vertretung für die Wahrung ihrer Rechte erforderlich. Daher ist der Klägerin sowohl für das erst- als auch für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Klägerin ist darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist

(Art. 123 ZPO). Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Berufungsverfahren ist nach Ablauf der Frist für einen Weiterzug dieses Entscheids an das Bundesgericht festzusetzen, in einem separaten Beschluss unter Berücksichtigung der Aufwandübersicht der Rechtsvertreterin (vgl. § 23 Abs. 2 AnwGebV).

4.3. Der Beklagte berechnet gestützt auf die eingereichten Belege einen Überschuss von Fr. 603.– (so auch bei der Vorinstanz, vgl. act. 40 N 19 und N 21), welchen er aber für die Bezahlung von Kindesunterhaltsbeiträgen brauche. Mit der Klägerin (act. 13 N 29) ist aufgrund der zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge an die Kinder davon auszugehen, dass er aus dem laufenden Einkommen nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss bzw. die Prozesskosten für das vorinstanzliche oder obergerichtliche Verfahren zu bezahlen.

Zu beachten ist jedoch Folgendes: Für die Person, welche ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt, besteht eine umfassende Mitwirkungspflicht. Sie hat ihre wirtschaftliche Situation offen zu legen und ihre Mittellosigkeit sowie die Erfolgsaussichten der Rechtsbegehren glaubhaft zu machen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte war wirtschaftlich Berechtigter des Bankschliessfachs und ging 21 Mal dorthin. Es ist damit klar, dass es in diesem Schliessfach einen relevanten Geldbetrag gab, der formell auf die C.\_\_\_\_\_ GmbH lautete. Zu der ihm behaupteten Übertragung der C.\_\_\_\_\_ GmbH auf D.\_\_\_\_\_ kam es erst nach Stellung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege. Damit wäre vom Beklagten zu erwarten gewesen, dass er auch über die finanziellen Verhältnisse der C.\_\_\_\_\_ GmbH (mittels Buchhaltungsunterlagen) und über den Inhalt des Bankfachs detailliert Auskunft gibt. Hinzu kommt, dass das Bankfach nach Angaben der Parteien in der Zeit um die Übertragung der C.\_\_\_\_\_ GmbH auf D.\_\_\_\_\_ aufgelöst wurde (Prot. VI S. 12, 24). Dies wirft zumindest die Frage auf, ob der Inhalt tatsächlich Eigentum der C.\_\_\_\_\_ GmbH war. Deshalb hätte der Beklagte im Rahmen der Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zwingend darüber Auskunft geben müssen, was mit den Vermögenswerten im Schrankfach geschah. Dem anwaltlich vertretenen Beklagten war bekannt, dass er mindestens im Rahmen seines Eventualbegehrens verpflichtet war, um-

fassend über seine Vermögensverhältnisse bzw. über die Vermögensverhältnisse der GmbH Auskunft zu geben. Eine neuerliche Aufforderung an den anwaltlich vertretenen Beklagten braucht es nicht. Vor Vorinstanz (act. 43 S. 3) liess er ausführen, dass er zur Herkunft und dem Verbleib des Geldes keine Angaben machen kann, was so nicht genügen kann. Die mangelhafte Mitwirkung führt zur sofortigen Abweisung des zweitinstanzlichen Gesuches des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie zur Bestätigung der Abweisung des erstinstanzlichen Gesuchs des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

5.

5.1. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Mit seinem ersten Hauptantrag, wonach seine Verpflichtung zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren aufzuheben sei, obsiegt der Beklagte. Er unterliegt hingegen mit seinem zweiten Hauptantrag, wonach die Klägerin zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren zu verpflichten sei. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

5.2. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist eine zweitinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind aufgrund der hälftigen Teilung der Prozesskosten keine zuzusprechen.

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

1. Das Gesuch des Beklagten, die Klägerin sei zu einem Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7. % Mehrwertsteuer an ihn für das Berufungsverfahren zu verpflichten, wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Klägerin, der Beklagte sei zu einem Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 3'000.00 an sie für das Berufungsverfahren zu verpflichten, wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.  
Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.
5. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.  
Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.
6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden Dispositiv-Ziffern 1. und 2. der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Oktober 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
  
" 1. Das Gesuch der Klägerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten in Höhe von einstweilen Fr. 15'000.– wird abgewiesen.  
  
2. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihr wird in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO."  
  
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.  
  
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Klägerin wird infolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht der Klägerin nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsantwort samt Beilagen, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:



