

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130060-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur.
E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Ge-
richtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Beschluss und Urteil vom 17. März 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., lic. oec. HSG X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfah-
ren des Bezirksgerichts Uster vom 7. November 2013; Proz. FE130139**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. März 2007. Die Ehe der Parteien blieb kinderlos, wobei die Beschwerdegegnerin zwei voreheliche Kinder mit Jahrgang 1995 und 2000 in die Ehe brachte. Mit Verfügung und Urteil vom 22. Dezember 2011 wurde den Parteien eheschutzrichterlich das Getrenntleben bewilligt und beiden Parteien die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt (act. 5/3/35). Dem Beschwerdeführer wurde seine Arbeitsstelle als Metzger per Ende Oktober 2013 gekündigt. Seither ist er arbeitslos. Die Beschwerdegegnerin arbeitet als Verkäuferin bei der ... in C._____.

1.2. Mit Einreichung der Scheidungsklage vom 30. April 2013 setzte der Beschwerdeführer beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster das Scheidungsverfahren in Gang und stellte gleichzeitig den Antrag, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen, eventualiter sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlicher Rechtsbeistand durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____) zu gewähren (act. 5/1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin ersuchte mit Eingabe vom 4. Juli 2013 ebenfalls um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/6).

1.3. Mit Verfügungen vom 7. November 2013 wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beschwerdegegnerin sowie sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen (Dispositivziffern 1 und 2 der ersten Verfügung von act. 3 = act. 4 = act. 5/17). Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.– angesetzt (Dispositivziffer 1 der zweiten Verfügung von act. 3 = act. 4 = act. 5/17). Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde ebenfalls abgewiesen (Dispositivziffer 3 der ersten Verfügung von act. 3 = act. 4 = act. 5/17).

Betreffend den Beschwerdeführer führte die Vorinstanz in ihrer Begründung aus, zwar sei die Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 ZPO bloss glaubhaft zu machen,

doch seien seine Ausführungen, welche pauschal auf die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Eheschutzentscheides vor zwei Jahren verweisen würden, ohne konkrete Angaben zu seinen aktuellen Bedarfs- und Einkommenszahlen zu machen, ungenügend. Es reiche nicht, bloss Unterlagen einzureichen. Massgebend sei die aktuelle ökonomische Situation eines Gesuchstellers zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Nur weil dem Beschwerdeführer im Eheschutzverfahren vor zwei Jahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei, bedeute dies nicht, dass ihm dieselbe auch im Scheidungsverfahren wieder zuteil werde. Aufgrund der als unsubstantiiert zu qualifizierenden Angaben sei sowohl sein Antrag um Leistung eines Prozesskostenvorschusses als auch sein Eventualantrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen (act. 4 S. 4).

Betreffend die Beschwerdegegnerin wurde der Antrag um unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung abgewiesen, dass sie es unterlassen habe, zuerst die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdeführer zu beantragen. Die unentgeltliche Rechtspflege sei gegenüber der Leistung eines Prozesskostenvorschusses subsidiär, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werden müsse, wenn gegen die Obliegenheit der ehelichen Unterhalts- und Beistandspflicht verstossen worden sei (act. 4 S. 4 f.).

1.4. Während die Beschwerdegegnerin gegen den ablehnenden Entscheid kein Rechtsmittel ergriff, reichte der Beschwerdeführer gegen die ihm am 11. November 2013 zugegangenen Verfügungen (act. 5/18) mit rechtzeitiger Eingabe vom 21. November 2013 (Datum Poststempel: 21. November 2013) Beschwerde ein und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es seien Disp.-Ziff. 1 und 2 der Verfügung 1 und Disp.-Ziff. 1 der Verfügung 2 des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren (Geschäfts-Nr. FE130139-I), aufzuheben;
2. Es sei dem Kläger für den Fall, dass der Beklagten kein Prozesskostenvorschuss an ihn auferlegt werden kann, sowohl für das erstinstanzliche Verfahren (betreffend Ehescheidung) als auch für dieses Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege - einschliesslich eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person des Unterzeichnenden - zu gewähren;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Bezirksgerichtskasse der Vorinstanz."

1.5. Der Beschwerdeführer stellte keinen expliziten Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZPO, sondern beschränkte sich auf den Antrag, es sei Dispositivziffer 1 betreffend die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses für das vorinstanzliche Verfahren aufzuheben. Ob er hiermit sinngemäss einen Antrag um aufschiebende Wirkung der Beschwerde stellte, was bei dessen Gutheissung dazu führen würde, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht fortsetzen und dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO auch keine Nachfrist zur Leistung eines Kostenvorschusses ansetzen dürfte, kann dahin gestellt bleiben. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Thematik besteht jedenfalls kein Anlass, der Beschwerde von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung zu erteilen, denn das Bundesgericht verlangt, dass ein Kostenvorschuss erst dann eingeholt werden darf, wenn über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abschliessend entschieden wurde (BGer 5A_499/2013 vom 3. September 2013, Erw. 3.4; BGE 138 III 163).

1.6. Die vorinstanzlichen Akten, inklusive der eheschutzrichterlichen Akten (Geschäfts-Nr. EE110129 als act. 3/1-42), wurden beigezogen (act. 5/1-18). In Anwendung von Art. 119 Abs. 3 ZPO, wonach die Gegenpartei nur anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll, was vorliegend nicht der Fall ist, wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt. Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2. Vorbemerkungen zur Beschwerde

Gemäss Art. 321 ZPO ist die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (so auch Art. 311 Abs. 1 ZPO für die Berufung). Das bedeutet, dass die Beschwerde Anträge zu enthalten hat, welche bestimmt und begründet sind (ZK ZPO Freiburghaus/Afheldt, 2. Aufl., N 14 f. zu Art. 321). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids geht (ZK

ZPO Freiburghaus/Afeldt, 2. Aufl., N 3 zu Art. 326). Soweit der Beschwerdeführer also Noven geltend macht, sind diese nicht zu hören. Dazu gehören insbesondere seine ergänzenden, erstmaligen Ausführungen zu seiner finanziellen bzw. gesundheitlichen Situation (act. 2 S. 3 ff.).

3. Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege

3.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO und fehlende Aussichtslosigkeit nach Art. 117 lit. b ZPO) zutreffend dargelegt, weshalb darauf verwiesen werden kann (act. 3 S. 2 f.). Ergänzend ist anzufügen, dass für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zusätzlich deren praktische Notwendigkeit vorausgesetzt wird. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts ist einer mittellosen Partei die unentgeltliche Rechtsverteidigung nur zu bewilligen, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten aufweist, die den Beizug eines Rechtsanwalts erforderlich machen. Bei strittigen Scheidungen – insbesondere wenn die Gegenseite anwaltlich vertreten ist – wird die Notwendigkeit grösstenteils bejaht. Ein automatischer Anspruch darauf besteht aber nicht (vgl. dazu Stefan Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009, S. 8; BGer 5A_145/2010 Erw. 3.5 f.; BGer 5P.207/2003 Erw. 1).

3.2. Dass familienrechtliche Beistands- und Unterstützungspflichten nach Art. 159 Abs. 3 ZGB und Art. 163 ZGB der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehen, gab die Vorinstanz ebenfalls zutreffend wieder (act. 4 S. 3). Danach muss der eine Ehegatte dem anderen einen seinen Verhältnissen angemessenen Prozesskostenvorschuss leisten, wenn er dazu in der Lage ist und die Streitigkeit die eheliche Gemeinschaft betrifft. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, fällt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausser Betracht (BSK ZPO-Rüegg, N 3 zu Art. 117). Ein Prozesskostenvorschuss wird aber nur zugesprochen, wenn der antragstellende Ehegatte mittellos und der Prozess nicht aussichtslos ist. Es gelten dieselben Voraussetzungen wie für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. dazu Meichssner, a.a.O., S. 6).

3.3. Die unentgeltliche Rechtspflege ist zu verweigern, wenn die betreffende Partei mit dem monatlichen Überschuss die Prozesskosten innert eines Jahres bei weniger aufwändigen Prozessen bzw. innert zweier Jahre bei aufwändigeren Prozessen tilgen kann. Entscheidend ist zudem, ob die betroffene Partei in der Lage ist, mit dem Überschuss Vorschüsse für Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit zu leisten (BGer 4P.22/2007 vom 18. April 2007, Erw. 3.2).

4. Einwendungen des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer dementiert in seiner Beschwerdeschrift die fehlende Glaubhaftmachung seiner Mittellosigkeit und macht geltend, er habe der Vorinstanz im Hinblick auf die Einigungsverhandlung vom 16. September 2013 mit Eingabe vom 12. September 2013 insgesamt 25 Beilagen zur Verdeutlichung seiner aktuellen wie auch kurzfristig zurückliegenden Einkommens- und Vermögensverhältnisse eingereicht (act. 5/12 und act. 5/13/1-25). Dazu hätten unter anderem die Steuererklärung 2012 sowie 2 Lohnausweise aus dem Jahr 2012, 5 Lohnabrechnungen von November 2012 bis Februar 2013 und vom Juni 2013, welche allesamt den gleichen Monatslohn von brutto Fr. 5'500.– bzw. netto Fr. 5'409.15 auswiesen, die Krankenkassenprämien, Steuerrechnungen, das Kündigungsschreiben vom 23. August 2013 per 31. Oktober 2013 und ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 3. September 2013 gehört (act. 5/13/2-8). Die übrigen Notbedarfspositionen würden sich aus dem Kreisschreiben des Zürcher Obergerichts vom 16. September 2009 ergeben, worauf verwiesen worden sei. Da seine finanziellen Verhältnisse seit der Eheschutzverhandlung nahezu unverändert geblieben seien, habe er – entgegen der vorinstanzlichen Auffassung – ohne Nachteil um Berücksichtigung der seinerzeit von der Eheschutzrichterin errechneten Zahlen ersuchen dürfen. Aus jenen Akten ergebe sich, dass ihm ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'456.– und ein Notbedarf von Fr. 3'539.– angerechnet worden sei (act. 5/3/30 S. 2). Er sei verpflichtet worden, vom Überschuss von Fr. 1'917.– eheliche, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zu bezahlen, welche er auch heute noch leiste. Aktuell sei er immer noch zu 70% arbeitsunfähig und beim RAV ... angemeldet. Er wohne heute wie damals bei seinen Eltern, wofür ihm ein angemessener Wohnkostenbeitrag anzurechnen sei. Die eheliche Wohnung, für welche ein Kaufpreis von Fr. 475'000.– bezahlt worden sei, sei mit Fr. 410'000.– belehnt. Eine noch höhere Belehnung

werde seitens der Banken nicht gewährt, womit sich hieraus kurzfristig keine liquiden Mittel ergeben würden. All dies habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt (act. 2 S. 3 ff.).

Im Übrigen hätte die Vorinstanz aufgrund des beschränkten Untersuchungsgrundsatzes spätestens anlässlich der Einigungsverhandlung entweder zusätzliche Unterlagen einfordern oder zumindest die richterliche Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO umfassender ausüben müssen, anstatt sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege pauschal abzuweisen. Es hätte der Vorinstanz auch auffallen müssen, dass die Beschwerdegegnerin nur deshalb keinen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdeführer verlangt habe, weil sie aus dem Eheschutzverfahren um seine finanzielle Situation gewusst habe. Der Vorinstanz sei auch Rechtsverweigerung und Verweigerung des rechtlichen Gehörs vorzuwerfen, da sie sich bloss mit der Mittellosigkeit und nicht auch mit dem Antrag um unentgeltliche Rechtsverbeiständung auseinandergesetzt habe (act. 2 S. 5).

Was den letzten Einwand betrifft, ist sogleich anzumerken, dass die Mittellosigkeit Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ist (vgl. dazu Ziff. 5 nachstehend). Fehlt es an der Mittellosigkeit, entfällt die unentgeltliche Rechtsverbeiständung von vornherein (Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

5. Würdigung

5.1. Die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege sind von Amtes wegen im summarischen Verfahren zu prüfen, wobei es Sache der gesuchstellenden Partei ist, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzutun und soweit möglich zu belegen (Art. 119 Abs. 2 und 3 ZPO). Insofern wird der aufgrund der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege geltende Untersuchungsgrundsatz durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei beschränkt. Je komplexer die finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei sind, umso höhere Anforderungen sind an eine umfassende und klare Darstellung ihrer finanziellen Situation zu stellen, denn nur bei vollständiger Kenntnis der gesamten finanziellen Verhältnisse ist das Gericht in der Lage zu beurteilen, ob und allenfalls in welchem Umfang dieser Partei die Beanspruchung des Vermögens, etwa durch eine Kreditaufnahme, zumutbar ist. Es bestehen somit umfassende Of-

fenlegungs- und Mitwirkungspflichten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass an die Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen. Glaubhaft machen bedeutet nicht, dass das Gericht von der Richtigkeit der Behauptung überzeugt werden muss. Es genügt, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fragliche Tatsache spricht. Dass das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass es sich anders verhalten könnte, schadet nicht (BGE 132 III 715, 720 Erw. 3.1; BGE 130 III 321, 325 Erw. 3.3). Werden die Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten verletzt, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen (BGE 125 IV 161; BGE 120 Ia 179; ZR 104 Nr. 14 S. 54; BSK ZPO-Rüegg, N 3 ff. zu Art. 119; KuKO ZPO-Jent Sørensen, N 10 zu Art. 119).

5.2. Die Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege erfolgte mündlich im Rahmen der vorinstanzlichen Einigungs- und Instruktionsverhandlung vom 16. September 2013 (Prot. I S. 3 f.). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers beschränkte sich darauf, auf das Eheschutzverfahren sowie auf die eingereichten Unterlagen zu verweisen mit der Bemerkung, dass sich seither weder der Bedarf noch das Einkommen des Beschwerdeführers zum Positiven verändert hätten. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer heute arbeitslos sei und bei seinen Eltern lebe, wofür ihm ein angemessener Wohnkostenanteil anzurechnen sei, präsentierte sich seine finanzielle Situation so, wie dies im Eheschutzverfahren bereits der Fall gewesen sei. Konkrete Ausführungen zu den einzelnen Bedarfspositionen oder eine tabellarische Aufstellung derselben blieben aus (Prot. I S. 4). Auf Nachfrage des Einzelrichters erklärte der Beschwerdeführer ergänzend, dass er seit dem 15. Mai 2013 krankgeschrieben sei und er bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses 80% des Lohnes erhalte und danach wohl eine Arbeitslosenentschädigung von 70% seines bisherigen Einkommens. Er sei sich am Bewerben als Metzger, habe bislang aber noch keine Anstellung erhalten. Allenfalls werde er mit Unterstützung der IV eine Umschulung absolvieren (Prot. I S. 4).

5.2.1. Bei dieser Ausgangslage ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass sich der Beschwerdeführer zu knapp zu seinen finanziellen Verhältnissen äusserte. Er führte insbesondere nicht aus, wie sich sein monatlicher Bedarf zusammen setzt. Für die Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ist aber gerade das

Verhältnis zwischen Einkommen und Bedarf entscheidend. Ebenfalls zutreffend ist, dass pauschale Verweise oder generelle Hinweise eine Begründung nicht zu ersetzen vermögen. Hinzukommt, dass bei einer anwaltlich vertretenen Partei grundsätzlich höhere Anforderungen an die Begründung gestellt werden dürfen als an eine unvertretene, juristisch nicht versierte Person (ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, N 52 zu Art. 55 ZPO, vgl. dazu sogleich nachstehend). Obwohl diese Anforderungen einem Rechtsanwalt bekannt sein müssen, überliess es der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers weitgehend der Vorinstanz, sich aus den eingereichten Unterlagen ein konkretes Bild über die finanziellen Verhältnisse seines Mandanten zu machen, was die Vorinstanz zurecht beanstandete. Die mündliche Begründung des Gesuchs ist daher als ungenügend zu qualifizieren.

5.2.2. Unter Berücksichtigung allerdings, dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz im Hinblick auf die Einigungs- und Instruktionsverhandlung vom 16. September 2013 zahlreiche, aktuelle Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnisse eingereicht und auf diese verwiesen hat, ist es nicht sachgerecht, das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung wegen Verletzung der Begründungs- bzw. Mitwirkungspflicht abzuweisen. Die erforderlichen Unterlagen waren vorhanden. Sie sind soweit vollständig, nummeriert und mit einem Beilagenverzeichnis versehen (act. 5/13/1-25). Gemäss Art. 56 ZPO hat das Gericht eine Partei durch entsprechende Fragen zur Klarstellung und zur Ergänzung anzuhalten, wenn ihr Vorbringen unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist. Dazu gehört grundsätzlich auch die fehlende Substantiierung. Es ist allerdings umstritten, wie weit die gerichtliche Fragepflicht gehen muss, um mangelhaft substantiierte Vorbringen zu heilen. Fest steht jedenfalls, dass in Verfahren, bei welchem der Verhandlungsgrundsatz gilt und beide Parteien anwaltlich vertreten sind, eine grössere Zurückhaltung geboten ist als in Verfahren wie dem Vorliegenden, bei welchem der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. dazu ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, N 29 f. zu Art. 56 ZPO m.w.H.; DIKE-Komm-ZPO-Glasl, N 4 ff. zu Art. 55 ZPO). Hier hat sich das Gericht – soweit erforderlich – durch geeignete Fragen ein Bild über den relevanten Sachverhalt zu machen. Das bedeutet, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer anlässlich der genannten Verhandlung zu den eingereichten Unterlagen so hätte befragen müssen, dass sie Kenntnis über dessen Bedarf erlangt und gestützt

darauf hätte entscheiden können. Die Vorinstanz befragte den Beschwerdeführer aber einzig zu seiner Arbeitssituation (Prot. I S. 4), was selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass er anwaltlich vertreten ist, als Verletzung der gerichtlichen Fragepflicht zu würdigen ist. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass die ungenügende Begründung durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Letzterem nicht zum Nachteil gereichen soll.

5.2.3. Weiter ist dem Beschwerdeführers zugute zu halten, dass der Eheschutzentscheid in der Tat lediglich zwei Jahre zurück liegt (Verfügung und Urteil vom 22. Dezember 2011, act. 5/3/35). Diese kurze Zeitspanne lässt grundsätzlich keine grösseren Veränderungen in finanzieller Hinsicht erwarten (vgl. dazu auch BGer 9C_800/2009 vom 19. Oktober 2009). Zwar werden die eingereichten Beilagen nach Abschluss des Verfahrens den Parteien retourniert, womit sich in den Eheschutzakten (act. 5/3/1-42) keine Unterlagen zu den damaligen finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers mehr befinden, doch lässt sich dem (unbegründeten) Eheschutzentscheid vom 29. November 2011 das genannte Nettoeinkommen von Fr. 5'456.– (inkl. 13. Monatslohn und Überzeitenschädigung) und der Notbedarf des Beschwerdeführers von Fr. 3'539.– entnehmen (act. 5/3/35 S. 4). Vergleicht man diese Angaben mit den zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids geltenden Einkommenszahlen von rund Fr. 5'409.– (bei einem 100%-Pensum) und der unveränderten Wohnsituation (act. 5/3/25 S. 2 und act. 5/3/27 S. 8), so zeigen sich nahezu gleichgebliebene Verhältnisse, wobei sich die Einkommenssituation des Beschwerdeführers aufgrund seiner Arbeitslosigkeit seit 1. November 2013 noch verschlechtert hat. Geht man von einer 70%-igen Arbeitslosentschädigung aus, so dürfte sein Einkommen aktuell auf rund Fr. 3'800.– gesunken sein. Allerdings ist zu beachten, dass grundsätzlich auf die Zahlen zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs abzustellen ist (BGer 5D_40/2009 vom 9. April 2009 Erw. 3.2), weshalb die aktuelle Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers nicht unmittelbar zum Tragen kommt. Dennoch ist aber augenfällig, dass der Beschwerdeführer bis zur Wiederaufnahme einer 100%-igen Erwerbstätigkeit sowie unter Berücksichtigung der zu leistenden Unterhaltsbeiträge kaum in der Lage sein dürfte, einen angemessenen Überschuss zu generieren, welcher es ihm ermöglichen würde, die Prozess- und Anwaltskosten mittels Ratenzahlung zu begleichen. Viel mehr dürften sich seine

Schulden noch vergrössern (vgl. dazu auch act. 13/22-23). Da sich aus der eingereichten Steuererklärung 2012 zudem ergibt, dass auch kein Vermögen angefallen ist (act. 5/13/2), ist hinsichtlich der Einkommens- und Vermögenssituation von bescheidenen finanziellen Mitteln auszugehen.

5.2.4. Hinsichtlich der Ausgabenseite (Bedarf) fragt sich aber, ob dem Beschwerdeführer, welcher seit rund zwei Jahren bei seinen Eltern lebt, tatsächlich – wie beantragt und im Eheschutzverfahren von der Beschwerdegegnerin soweit anerkannt (act. 5/3/27 S. 8) – hypothetische Wohnkosten von rund Fr. 1'500.– anzurechnen sind, stellen diese doch eine relativ grosse Bedarfsposition dar. Der Beschwerdeführer schweigt sich dazu aus, in welchem Umfang er seinen Eltern für Kost und Logis eine Abgabe zu entrichten hat bzw. ob er beabsichtigt, in Bälde eine eigene Wohnung zu beziehen. Grundsätzlich ist mit einem jederzeitigen Auszug zu rechnen, denn der Beschwerdeführer ist nicht verpflichtet, aufgrund des hängigen Scheidungsverfahrens und der zu leistenden ehelichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– bzw. 750.– bei seinen Eltern zu wohnen. Fest steht aber, dass die Leistung dieser Unterhaltsbeiträge während der Arbeitslosigkeit erheblich ins Gewicht fallen. Geht man von einem um 20% (gemäss seinen eigenen Angaben wurde ihm zuletzt an seiner früheren Arbeitsstelle während seines krankheitsbedingten Ausfalls lediglich 80% des Lohnes entrichtet, Prot. I S. 4) bzw. 30% reduzierten Nettoeinkommen von Fr. 5'400.– aus (die Arbeitslosentschädigung beträgt ohne Unterhaltspflichten gegenüber Kindern 70% des versicherten Verdienstes) und bringt die Unterhaltsbeiträge in Abzug, verbleiben dem Beschwerdeführer rund Fr. 3'000.–. Hievon sind noch ein (praxisgemäss um 20% erhöhter) Grundbetrag sowie die Auslagen für die Krankenkasse, die Hausrat- und Haftpflichtversicherung, die Telefonkosten sowie Kosten im Zusammenhang mit der Stellensuche abzuziehen. Es ist offensichtlich, dass der Beschwerdeführer bei dieser Ausgangslage mit finanziell sehr knappen Verhältnissen konfrontiert ist, unabhängig davon, ob ihm hypothetische Wohnkosten angerechnet werden oder nicht. Insofern kann vorliegend davon abgesehen werden, eine konkrete Bedarfsaufstellung zu machen.

5.3. Damit bleibt festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer insgesamt gelungen ist, glaubhaft zu machen, momentan nicht in der Lage zu sein, für die Gerichts- und Anwaltskosten des Scheidungsverfahrens selbst aufzukommen. Die ange-

spannte finanzielle Situation des Beschwerdeführers erlaubt es ihm zumindest aus aktueller Sicht nicht, mit einem allfällig verbleibenden monatlichen Überschuss die Prozesskosten innert eines Jahres bzw. innert zweier Jahre zu tilgen. Damit ist die Mittellosigkeit zu bejahen. Aussichtslos ist ein Scheidungsverfahren in aller Regel nicht, weshalb es diesbezüglich keiner weiteren Ausführungen bedarf.

Ob die dürftigen Angaben ein weiteres Mal ausreichend sein dürften, ist fraglich.

5.4. Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin wirtschaftlich in der Lage ist, dem Beschwerdeführer nebst ihren eigenen finanziellen Verpflichtungen einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (act. 5/11/1-26 und act. 5/14). Gemäss den vorinstanzlich eingereichten Akten, steht ihr ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 6'144.– (exklusive Kinderzulagen) zur Verfügung bei einem geltend gemachten erweiterten Notbedarf von Fr. 5'681.– (act. 3/14, vgl. dazu auch act. 3/11/1-26). Selbst wenn bei diesem erweiterten Notbedarf die eine oder andere Position fraglich ist, so zeigen die genannten Zahlen deutlich, dass die Beschwerdegegnerin finanziell nicht in der Lage ist, dem Beschwerdeführer den beantragten Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Abgesehen von der ehelichen Liegenschaft verfügt sie über kein Vermögen (act. 5/15/27).

6. Fazit

Somit hat die Vorinstanz den Antrag des Beschwerdeführers um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beschwerdegegnerin, wenn auch mit einer anderen Begründung, im Resultat zurecht abgewiesen. Der Eventualantrag um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren ist wie gesehen gutzuheissen.

7. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

7.1. Da der Beschwerdeführer mittellos ist und sich die Beschwerde als nicht aussichtslos erweist, ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeistandung für das Rechtsmittelverfahren im Sinne von Art. 117 ff. ZPO gutzuheissen und es ist ihm Rechtsanwalt lic. iur., lic. oec. HSG X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Art. 118 Abs.1 lit. c i.V.m. Art. 119 Abs. 5 ZPO). Die Nachzahlungs-

pflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Rechtsanwalt X._____ wird nach Einreichung seiner Honorarnote gestützt auf Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO aus der Gerichtskasse entschädigt.

7.2. Da im vorliegenden Beschwerdeverfahren, wie nachstehend unter Ziff. 6.1 ausgeführt, keine Kosten zu erheben sind, erweist sich das vom Beschwerdeführer für das Rechtsmittelverfahren gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos, weshalb das Verfahren diesbezüglich abzuschreiben ist (Art. 242 ZPO).

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fallen die Kosten ausser Ansatz, wobei dem Beschwerdeführer selbst im Falle des Unterliegens keine Kosten aufzuerlegen gewesen wären. Die Kammer erhebt für das Rechtsmittelverfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege keine Kosten, es sei denn, es handle sich um einen bös- oder mutwillig angestregten Prozess (vgl. Art. 119 Abs. 6 ZPO; OGer ZH NQ110017 vom 8. September 2011, OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011).

8.2. Weil die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht anzuhören war, sind ihr keine relevanten Aufwendungen entstanden, welche es zu ersetzen gilt (Art. 95 Abs. 1 und 3 lit. a und b ZPO). Demzufolge ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Befreiung von den Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren Rechtsanwalt lic. iur., lic. oec. HSG X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachstehendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde betreffend Dispositivziffer 1 der ersten Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 7. November 2013 (Leistung eines Prozesskostenvorschusses) wird abgewiesen.
2. Dispositivziffer 2 der ersten Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 7. November 2013 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Dem Kläger wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur., lic. oec. HSG X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt."
3. Dispositivziffer 1 der zweiten Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 7. November 2013 betreffend Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses wird aufgehoben.
4. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
5. Es wird der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: