

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC230046-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Müller

Beschluss und Urteil vom 23. Januar 2024

in Sachen

A._____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Uster,

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Juli 2023 (FE220189-I)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 25. August 2022 reichte die Gesuchstellerin, Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien beim Bezirksgericht Uster ein (Urk. 6/1 und 6/2). Mit Verfügung vom 1. September 2022 wurden die Parteien verpflichtet, Kostenvorschüsse von je Fr. 1'500.– zu bezahlen, welche fristgerecht eingingen (Urk. 6/7 und Urk. 6/14). Mit Eingabe vom 5. Dezember 2022 stellte die Beklagte ein Gesuch um Verpflichtung des Gesuchstellers, Klägers und Beschwerdegegners (fortan Kläger) zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von einstweilen Fr. 7'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand (Urk. 6/35). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2022 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zu den Anträgen der Beklagten vom 5. Dezember 2022 Stellung zu nehmen. Sodann wurden für das kontradiktorisch weiterzuführende Scheidungsverfahren die Parteipollen verteilt, wobei dem Gesuchsteller die Rolle des Klägers und der Gesuchstellerin die Rolle der Beklagten zugeteilt und dem Kläger Frist für die Klagebegründung angesetzt wurde (Urk. 6/37). Mit Eingabe vom 20. Dezember 2022 beantragte die Beklagte den Erlass vorsorglicher Massnahmen und wiederholte ihr Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von einstweilen Fr. 7'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/40), woraufhin ihr mit Verfügung vom 21. Dezember 2022 Frist angesetzt wurde, um ihr Gesuch zu verbessern (Urk. 6/41). Mit Eingabe vom 3. Januar 2023 reichte die Beklagte ihr verbessertes Gesuch ein samt Beilagen und Antrag um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/43-44/3). In der Folge wurde dem Kläger Frist angesetzt, um zu den Anträgen der Beklagten vom 3. Januar 2023 Stellung zu nehmen (Urk. 6/46). Innert erstreckter Frist reichte der Kläger mit Eingabe vom 20. März 2023 eine begründete Scheidungsklage sowie die Stellungnahme zu den Massnahmebegehren der

Beklagten ein, worin er deren Abweisung beantragte und seinerseits ein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen stellte sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 7'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragte (Urk. 6/51). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 23. März 2023 Frist angesetzt, um zu den strittig gebliebenen Scheidungsbegehren die Klageantwort einzureichen sowie zum Gesuch des Klägers um Anordnung vorsorglicher Massnahmen inkl. prozessualer Anträge und zu den Noven in der Stellungnahme des Klägers vom 20. März 2023 Stellung zu nehmen (Urk. 6/53). Mit Vorladung vom 22. Mai 2023 wurden die Parteien sodann zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen sowie zur Instruktionsverhandlung betreffend Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf den 6. Juli 2023 vorgeladen (Urk. 6/60). Innert erstreckter Frist reichte die Beklagte mit Eingabe vom 22. Juni 2023 ihre Klageantwort sowie die Stellungnahmen ein und verlangte die Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 15'000.–, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/72). Am 7. Juli 2023 erliess die Vorinstanz die Verfügung betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen und wies die Gesuche der Parteien um Verpflichtung des jeweils anderen zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses ab, ebenso die jeweiligen Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/79 S. 2). Mit Eingaben vom 20. Juli 2023 ersuchten die Parteien um die (teilweise) Begründung der Verfügung vom 7. Juli 2023 (Urk. 6/85-86), welche die Vorinstanz nachlieferte (Urk. 6/79 [unbegründet] = Urk. 6/102 [begründet] = Urk. 2).

2. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2023 erhob die Beklagte rechtzeitig (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 6/103) Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Juli 2023 und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 S. 2 ff.):

"1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 07.07.2023, in Dispo-Ziff. 8 teilweise aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für die Dauer des Verfahrens einen monatlichen Beitrag an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes Giuseppe Luca in einer angemessenen Höhe, mindestens

aber CHF 1'695.00 (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen, wovon der Betreuungsunterhalt CHF 107.00 beträgt.

- 2. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 07.07.2023, in Dispo-Ziff. 9 aufzuheben, und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin ab 01.08.2023 für die Dauer des Verfahrens persönlichen Unterhalt in angemessener Höhe, mindestens aber CHF 663.00 pro Monat zu bezahlen, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.*
- 3. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 07.07.2023, in Dispo-Ziff. 4 (S. 71) aufzuheben und es sei der Berufungsklägerin für das Scheidungsverfahren vor Bezirksgericht Uster die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.*
- 4. Es sei der Berufungsklägerin für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung / unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu bewilligen.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzl. MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

3. Für die Berufungsanträge 1 und 2 wird ein separates Verfahren unter der Geschäftsnummer LY230039-O geführt. Da die Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschwerde anfechtbar ist, wurde für den Berufungsantrag 3 das vorliegende Beschwerdeverfahren eröffnet.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-106). Der Gegenpartei im Hauptverfahren kommt im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung zu (BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2) und die Beklagte verlangt für das vorliegende Verfahren keinen Prozesskostenvorschuss, weshalb sich die Einholung einer Beschwerdeantwort des Klägers erübrigt. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz (Art. 324 ZPO) wird verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei hat sich in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen

in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Die blosser Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5D_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2; BGer 5A_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1; BGer 5A_206/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.2; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis eines Beschwerdegrundes) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren (vor Erlass des angefochtenen Entscheids) nicht behauptet, bestritten oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; vgl. immerhin BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGE 145 III 422 E. 5.2 S. 427 f.; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

III.

1. Die Vorinstanz erwog, dass die Beklagte mit Eingabe vom 5. Dezember 2022 erstmals die Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragt habe. Gemäss Angaben der Beklagten und gestützt auf die Steuererklärung 2022 habe sie jedoch per 31. Dezember 2022 über ein Barvermögen von Fr. 22'760.– verfügt, was den gerichtsüblichen Notgroschen von bis zu Fr. 20'000.– knapp übersteige. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte noch im Juni 2022 unbestrittenermassen aus dem Verkauf der gemeinsamen Liegenschaft den Betrag von Fr. 63'188.05 erhalten habe. Ihre Ausführungen zum Verbleib dieser beträchtlichen Summe seien – obwohl von der Gegenseite bestritten – grösstenteils unbelegt geblieben. Auffällig seien in diesem Zusammenhang die unbelegten Behauptungen, sie habe Fr. 14'000.– für die Wohnungseinrichtung

der neuen Wohnung in B._____ sowie nochmals Fr. 10'000.– für den Hausrat dieser Wohnung ausgegeben. Der Betrag von total Fr. 24'000.– zur Einrichtung der neuen Wohnung in B._____ erscheine sodann als enorm hoch angesichts des Umstandes, dass die Beklagte aus einer voll ausgestatteten Wohnung umgezogen sei. Dieser Einwand des Klägers sei seitens der Beklagten unkommentiert geblieben, weshalb davon auszugehen sei, dass sie sämtlichen Hausrat aus der Wohnung in C._____ hätte mitnehmen können. Da das Scheidungsverfahren seit dem 25. August 2022 hängig sei und die Anhörung am 1. Dezember 2022 stattgefunden habe, welche ohne Einigung verblieben sei und in Anbetracht dessen, dass die Beklagte erst per 1. März 2023 von C._____ nach B._____ gezogen sei, liege die Vermutung nahe, dass sie jedenfalls einen namhaften Teil des im Juni 2022 erhaltenen Betrages im Hinblick auf den vorliegenden Scheidungsprozess entäussert habe. Ein derartiges Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und nicht zu schützen (Urk. 2 S. 69 ff.).

Zusammenfassend habe die Beklagte ihre Mittellosigkeit im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung nicht glaubhaft machen können. Sie habe somit weder einen Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger noch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, weswegen beide Begehren abzuweisen seien (Urk. 2 S. 70).

2. Die Beklagte bringt dagegen vor, die Annahme der Vorinstanz, sie habe einen namhaften Teil des im Juni 2022 erhaltenen Betrages von Fr. 63'188.05 aus dem Verkauf der gemeinsamen Liegenschaft im Hinblick auf den vorliegenden Scheidungsprozess entäussert, sei falsch und willkürlich. Sie habe bereits im November 2022 die Zusicherung für die Wohnung in B._____ per 1. März 2023 erhalten. Da ihr bewusst geworden sei, dass grössere Ausgaben auf sie zukommen würden, habe sie mit Eingabe vom 5. Dezember 2022 erstmals den Antrag um Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Bereits am 9. Dezember 2022 habe sie für die Wohnung in B._____ eine Mietzinskaution von Fr. 7'000.– leisten müssen. Ein grosser Teil des Wohnungsmobiliars samt Teppiche und Vorhänge in der Wohnung in C._____ seien völlig abgewohnt und in schlechtem Zustand gewesen. Die

Vorhänge in C._____ hätten aufgrund der Masse nicht mehr verwendet werden können, weshalb sie neue habe anschaffen müssen. Bei ihrem BMW habe man zudem Mängel festgestellt, deren Behebung sie Fr. 5'456.55 gekostet habe. Schliesslich habe sie anfangs Dezember 2022 für die anwaltlichen Bemühungen einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– leisten müssen. Es sei sodann unbestritten, dass sie per 31. Dezember 2022 über ein Barvermögen von Fr. 22'760.– verfügt habe, was den gerichtlichen Notgroschen von bis zu Fr. 20'000.– knapp übersteige. Am 3. Januar 2023 habe sie ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen stellen lassen. In ihrer Klageantwort und Stellungnahme zum VSM-Begehren vom 22. Juni 2023 habe sie ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege näher begründet und anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 6. Juli 2023 habe sie noch zahlreiche Unterlagen zu ihrem Gesuch eingereicht. Entsprechend habe die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst ab dem 7. Juli 2023 näher prüfen und darüber entscheiden müssen, nachdem festgestanden habe, dass der Kläger nicht in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (Urk. 1 S. 6 ff.).

Aus den diversen Kontoauszügen der ZKB ergebe sich, dass sie in der Zeit von Juni 2022 bis Ende Dezember 2022 Ausgaben im Umfang von rund Fr. 40'000.– dokumentieren und beweisen könne. Somit sei es durchaus plausibel, dass sie gemäss Steuererklärung per Ende Dezember 2022 noch ein Barvermögen von rund Fr. 22'000.– gehabt habe. Eine summarische Prüfung der erfolgten Ausgaben zeige, dass diese nicht mutwillig und sinnlos gewesen seien. Mit Rücksicht auf die weiteren Kosten für den Umzug von C._____ nach B._____ per 1. März 2023 werde klar, dass sie per Ende Juni 2023 lediglich noch über ein Barvermögen von Fr. 2'000.– verfügt habe. Sie sei somit bereits Ende Dezember 2022 als mittellos zu betrachten gewesen. Dies gelte umso mehr, als sie im Hinblick auf den bevorstehenden Umzug nach B._____ noch weitere zusätzliche Ausgaben gehabt habe. Von einer mutwilligen Entäusserung ihres Vermögens bzw. von einem verschwenderischen Lebensstil könne nicht gesprochen werden. Ihr Prozessstandpunkt sei im Übrigen nicht aussichtslos und für die Führung des Scheidungsverfahrens sei sie auf anwaltlichen Beistand angewiesen, weswegen sie die

Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfülle (Urk. 1 S. 7 ff.).

3.1 Nach 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). Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die Mittellosigkeit und die fehlende Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens sind glaubhaft zu machen (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 119 N 3). Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die Mitwirkungspflicht eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (BGer 5A_300/2019 vom 23. Juli 2019, E. 2.1, m.w.H.).

3.2 Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor. Eine gesuchstellende Partei hat deshalb entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann (BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1, m.w.H.). Auf diese Ausführungen kann verzichtet werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich bzw. augenfällig ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit eines Prozesskostenvorschussgesuches zu verlangen (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4). Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann sodann ohne Weiteres abgewiesen werden, wenn weder ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt noch begründet wird, weshalb darauf verzichtet wurde, denn es ist nicht Sache des Gerichts, die Verfahrensakten nach Anhaltspunkten zu durchsuchen, die darauf schliessen liessen, dass ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss nicht bestehe (vgl. BGer

5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Wie der Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen auf unentgeltliche Rechtspflege setzt auch derjenige gegenüber dem Ehegatten auf Prozesskostenvorschuss unter anderem die – hier umstrittene – tatsächliche Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus (BGer 5A_716/2021 vom 7. März 2022, E. 2). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden. Dazu gehören nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse. Die tatsächlichen finanziellen Mittel und die finanziellen Verpflichtungen sind gegeneinander aufzuwiegen. Massgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Entsprechend setzt auch die Berücksichtigung von allfälligem Vermögen voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs tatsächlich vorhanden und verfügbar ist. Grundsätzlich darf der gesuchstellenden Partei nicht entgegengehalten werden, ihre Mittellosigkeit selbst verschuldet zu haben. Vorbehalten bleibt allerdings der Fall, dass die gesuchstellende Person gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf ein Einkommen verzichtet oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert hat; ein solch rechtmisbräuchliches Verhalten verdient kein Schutz (BGer 5A_716/2021 vom 7. März 2022, E. 3).

3.3 Die Vorinstanz wies die Gesuche der Parteien um Verpflichtung des jeweils anderen zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses sowie die jeweiligen Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung vom 7. Juli 2023 ab (Urk. 2, Dispositivziffern 1-4). Für die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung vom 7. Juli 2023 betreffend Abweisung der Gesuche des Klägers wurde keine Begründung verlangt. Die Beklagte hat lediglich Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 7. Juli 2023 angefochten, womit ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht entsprochen wurde, nicht jedoch Dispositivziffer 3, womit ihr Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen wurde (Urk. 1 S. 2). Weiter hat die Beklagte nicht dargelegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf die Anfechtung von Dispositivziffer 3 (Abweisung ihres Antrags um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses) verzichtet werden konnte. Auf diese Ausführungen kann jedoch lediglich verzichtet werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich bzw. augenfällig ist. Dies ist vorlie-

gend nicht der Fall. Im Gegenteil: Bereits der angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2023 kann entnommen werden, dass die Anträge des Klägers um Verpflichtung der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses und insbesondere um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen wurden (Urk. 2 S. 71). Dies deutet bereits darauf hin, dass der Kläger mindestens über ein den gerichtlichen Notgroschen übersteigendes Vermögen verfügt. Zudem hat er für die betreffenden Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung vom 7. Juli 2023 auch keine Begründung verlangt und den Entscheid der Vorinstanz somit akzeptiert, was die Annahme des vorhandenen Vermögens zusätzlich stützt (Urk. 6/85). Im Übrigen wies der Kläger gemäss Steuererklärung 2022 ein Vermögen (Wertschriften und Guthaben) von Fr. 44'081.– auf (Urk. 6/66/3) und verfügte auch gemäss eigenen Angaben per 16. März 2023 noch über ein Vermögen von Fr. 37'054.24 (inkl. Sparkonto des Sohnes, Urk. 6/51 S. 31). Sodann ist er im Besitz mehrerer Fahrzeuge im Wert von ca. Fr. 37'421.– (Urk. 6/52/25-27, Prot. I S. 47). Dies lässt insgesamt den Schluss zu, dass sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht aus formellen Gründen abgewiesen wurde, sondern aufgrund dessen, dass der Kläger über Vermögenswerte verfügt, die den gerichtlichen Notgroschen übersteigen. Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist der Antrag der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Scheidungsverfahren vor Vorinstanz abzuweisen.

Weiter ist anzumerken, dass die Mittellosigkeit der Beklagten im Hinblick auf die Vermögenswerte bzw. deren Entäusserung zweifelhaft erscheint. So hat sie während des laufenden Scheidungsprozesses nachweislich Fr. 24'000.– für die Wohnungseinrichtung ihrer neuen Wohnung in B._____ ausgegeben. Den diversen Kaufverträgen ist zu entnehmen, dass sie nicht nur den abgenutzten Teppich und die nicht mehr passenden Vorhänge ersetzt hat, sondern das gesamte Mobiliar. Es wurden sämtliche Betten, Schränke, Sideboards, der Esstisch sowie das Kinderzimmer neu angeschafft (Urk. 6/78/7-11, Urk. 6/78/13 sowie Urk. 6/78/15). Obwohl der Beklagten bewusst gewesen sein muss, dass auch der parallel laufende Scheidungsprozess Kosten verursacht und davon auszugehen ist, dass ihr Rechtsvertreter sie über die Voraussetzungen der Gewährung der unentgeltlichen

Rechtspflege informiert hat, war die Beklagte nicht darauf bedacht, von günstigen Angeboten Gebrauch zu machen. Allein die Wohnwand "Alvia" kostete inkl. Preisnachlass noch Fr. 6'714.50 (Urk. 6/78/7; <https://www.planungswelten.de/mp/wohnwand-alvia-xxxlutz-moebel-2/>, zuletzt besucht am 4. Januar 2023) und auch bei kleineren Anschaffungen, wie bspw. den Vorhanghaken wurde nicht auf günstige Optionen zurückgegriffen. Selbst diese kosteten Fr. 1'261.– (Urk.6/78/15). Es wäre der Beklagten somit durchaus zumutbar gewesen, ihr Mobiliar schrittweise zu ersetzen, zumal sie aus einer komplett eingerichteten Wohnung umgezogen ist. Zudem hätte es bei diversen Möbelstücken auch günstigere Varianten gegeben, die sie hätte in Betracht ziehen müssen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Annahme der Vorinstanz, sie habe einen namhaften Teil ihres Vermögens im Hinblick auf den Scheidungsprozess entäussert, nicht willkürlich. Schliesslich zahlte die Beklagte noch am 25. November 2022 Fr. 6'883.– auf ihr 3a-Vorsorgekonto ein (Urk. 78/16). Zahlungen in die gebundene Selbstvorsorge (Einkäufe in die 2. Säule und Einzahlungen in die 3. Säule) dienen der Vermögensbildung und können bei der Ermittlung des zivilprozessualen Notbedarfs nicht berücksichtigt werden. Zudem kann das entsprechende Guthaben nicht mehr zum verfügbaren Vermögen gerechnet werden (*OGer ZH RZ220008 vom 14.12.2023, E. 4.3 S. 12*). Auch durch diese nur rund zehn Tage vor Stellung des Gesuchs um Prozesskostenhilfe getätigte Einzahlung hat die Beklagte geradezu in Kauf genommen, die aus dem Scheidungsverfahren resultierenden Kosten in diesem Umfang nicht mehr bezahlen zu können, was ebenso als Rechtsmissbrauch zu werten ist.

Auch das Argument der Beklagten, dass sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zwar am 5. Dezember 2022 erstmals eingereicht habe, sie es jedoch erst mit ihrer Eingabe vom 22. Juni 2023 näher begründet und anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 6. Juli 2023 zusätzliche Unterlagen eingereicht habe, weswegen das Gericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst ab dem 7. Juli 2023 habe prüfen müssen, nachdem bereits festgestanden habe, dass der Kläger finanziell nicht in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, verfängt nicht (Urk. 1 S. 7). Die Beklagte legt nicht dar, wo sie bereits vor Vorinstanz vorbrachte, dass die unentgeltliche Rechtspflege erst ab

dem 7. Juli 2023 gewährt werden solle, noch ist den Akten die Feststellung der Vorinstanz zu entnehmen, dass der Kläger wirtschaftlich nicht in der Lage wäre, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Massgebend für die prozessuale Bedürftigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Die Beklagte reichte ihr Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erstmals am 5. Dezember 2022 ein. Unbestrittenermassen verfügte sie per 31. Dezember 2022 noch über ein Barvermögen von Fr. 22'760.–, was – wie sie selbst in ihrer Berufung ausführt (Urk. 1 S. 7) – den gerichtlichen Notgroschen übersteigt. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Mittellosigkeit der Beklagten bei Gesuchseinreichung am 5. Dezember 2022 ohnehin nicht gegeben war.

Abschliessend ist noch anzumerken, dass der Rechtsvertreter der Beklagten trotz gestelltem Gesuch um Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege vom 5. Dezember 2022 (Urk. 6/35) bereits am 6. Dezember 2022 den nächsten Kostenvorschuss der Beklagten erhielt (Urk. 6/78/5 S. 4). Das Verhalten der Beklagten ist widersprüchlich, wenn sie einerseits ihre Mittellosigkeit behauptet und aufgrund dessen ein Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt und andererseits gleichzeitig die Aufwände ihres Rechtsvertreters vergütet. Auch im März 2023 stellte der Rechtsvertreter der Beklagten erneut seine Aufwände in Rechnung, was die Vermutung nahe legt, dass weder die Beklagte noch ihr Rechtsvertreter von ihrer Mittellosigkeit ausgegangen sind (Urk. 6/78/5). Der Rechtsvertreter der Beklagten verlangte mit Gesuch vom 5. Dezember 2022 einen Prozesskostenvorschuss für das Scheidungsverfahren inkl. Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen von Fr. 7'000.– (Urk. 6/35 S. 2) und erhöhte diesen im Gesuch vom 22. Juni 2023 auf (einstweilen) Fr. 15'000.– (Urk. 6/72 S. 4). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte ihrem Rechtsvertreter bis Ende März 2023 bereits Fr. 11'999.– für seine Aufwände vergütet hat (Urk. 6/78/5). Entsprechend fehlen noch rund Fr. 3'000.–, um die erwarteten Aufwände des Rechtsvertreters der Beklagten für den gesamten Scheidungsprozess zu decken. Der Verfügung vom 7. Juli 2023 ist sodann zu entnehmen, dass die Beklagte aktuell und mindestens bis zu einem allfällig anderslautenden Urteil des hiesigen

Gerichts einen monatlichen Überschuss von Fr. 189.– aufweist (Urk. 2 S. 57). Damit wäre sie in der Lage, die Fr. 3'000.– in monatlichen Raten in etwas mehr als einem Jahr abzubezahlen. Abschliessend ist somit festzuhalten, dass es der Beklagten ohnehin nicht gelungen wäre, ihre prozessuale Bedürftigkeit darzulegen.

Der angefochtene Entscheid ist im Ergebnis nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Die Beklagte stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, hat es jedoch unterlassen, einen Antrag um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen, welcher dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vorgeht. Ebenso wenig begründet sie in ihrer Berufungsschrift, weshalb kein solcher gestellt wurde. Wie bereits ausgeführt, darf insbesondere von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss verzichtet werden kann. Fehlen die notwendigen Ausführungen zum Prozesskostenvorschuss, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Entsprechend und mit Verweis auf vorstehende Erwägungen (insbesondere E. III.3.3) ist auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

5. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege werden grundsätzlich keine Kosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dies allerdings nur für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E. 6; BGE 140 III 501 E. 4.3.2). In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 9 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten, ihr sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien im Beschwerdeverfahren, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/1-3 sowie an den Kläger im Hauptverfahren, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. Januar 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Müller

versandt am:
st