

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC140032-O/U

Mitwirkend: Obergerichtspräsidentinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Dr. M. Schaffitz und Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. L. Casciaro

Beschluss vom 2. September 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Oktober 2014**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind Eheleute und haben zwei gemeinsame Kinder, C._____, geb. tt.mm.2002, und D._____, geb. tt.mm.2004. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ist Elektroingenieur. Er lebt in Paris. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist Informatikerin und lebt in Zürich. Die Kinder wohnen bei ihr. Seit dem Jahr 2005 standen sich die Parteien in einem Scheidungsverfahren vor der Vorinstanz gegenüber, das mit dem angefochtenen Entscheid vom 2. Oktober 2014 erstinstanzlich beendet wurde. Über den Verfahrensgang vor der Vorinstanz gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 106 S. 4 - 7).

2.1. Mit Eingabe vom 10. November 2014 erhob der Kläger Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz. Er focht das Urteil nahezu vollumfänglich an, einzig gegen den Scheidungspunkt und die Zuteilung der Obhut über die gemeinsamen Kinder an die Beklagte ging er nicht vor. Weiter beantragte er eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen sowie Massnahmen zur vorsorglichen Beweissicherung. In prozessualer Hinsicht verlangte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung seines Anwaltes als unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 105 S. 2 f.).

2.2. Mit Verfügung vom 25. November 2014 wurde der Beklagten Frist angesetzt, die Berufung zu beantworten und zu den Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege und vorsorgliche Beweissicherung Stellung zu nehmen (Urk. 112 S. 2 f.). In der Folge verzichtete die Beklagte auf ein Rechtsmittel gegen die nicht angefochtenen Punkte des vorinstanzlichen Urteils, beantragte die Vormerknahme der Rechtskraft der betreffenden Dispositivziffern sowie die Sistierung des Verfahrens, um Vergleichsverhandlungen zu führen (Urk. 120). Ihrem Antrag wurde mit Beschluss vom 14. Januar 2015 statt gegeben (Urk. 124 S. 4). Die Rechtskraft der Scheidung per 6. Januar 2015 wurde dem zuständigen Zivilstandsamt am 14. Januar 2015 mitgeteilt (Urk. 125).

2.3. Mit Eingaben vom 29. Juni 2015 und 2. Juli 2015 zog der Kläger seine Berufung und die Massnahmenbegehren vollumfänglich zurück (Urk. 140 und 142). Ausserdem reichte er eine Vereinbarung ein, wonach sich der Kläger verpflichtet, die Berufung zurückzuziehen, die Parteien gemeinsam beantragen, die Kosten des vorliegenden Verfahrens je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Urk. 141). An seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hielt der Kläger dabei ausdrücklich fest (Urk. 140).

2.4. Mit Eingabe vom 29. Juni 2015 beantragte die Beklagte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung ihres Anwaltes als unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 137 S. 1).

2.5. Mit Verfügung vom 2. Juli 2015 wurden die Parteien aufgefordert, weitere Unterlagen zur Prüfung ihrer Begehren um unentgeltliche Rechtspflege einzureichen (Urk. 143 S. 3 ff.). Die Parteien kamen dieser Aufforderung mit Eingaben vom 21. Juli 2015 (Urk. 146 -148) und vom 10. August 2015 (Urk. 149 -151) nach.

II.

Ein Rechtsmittel zurückzuziehen steht in der Disposition des Rechtsmittelklägers, auch wenn wie vorliegend Kinderbelange, die der Oficialmaxime unterstehen, betroffen sind. Die Rückzugserklärungen vom 29. Juni 2015 betreffend die Berufung (Urk. 140) und vom 2. Juli 2015 betreffend das Massnahmeverfahren (Urk. 142) sowie der gemeinsame Antrag auf hälftige Kostenauflage und Verzicht auf Parteientschädigung vom 29. Juni 2015 (Urk. 141) sind klar und eindeutig. Das vorliegende Berufungsverfahren ist daher unter antragsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als durch Rückzug erledigt abzuschreiben. Die Dispositivziffern 2 sowie 4 - 13 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Oktober 2014 sind damit am 29. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

III.

1. Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ist es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, wird ihr auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.1. Gemäss der Scheidungsvereinbarung der Parteien erhält der Kläger zur Wiedergutmachung aller erlittenen Nachteile EUR 80'000.– (Urk. 151/22 S. 5 Art. 4). Der Kläger macht geltend, sein Vater und zwei Onkel hätten bis anhin darlehensweise seine Anwaltskosten in der Grössenordnung von EUR 65'000.– bezahlt (Urk. 21). Ausserdem seien EUR 7'000.– an Anwaltskosten in Frankreich sowie Gerichts- und Anwaltskosten von Fr. 2'446.14 in der Schweiz noch offen (Urk. 149 S. 2).

2.2. In den Akten findet sich eine Erklärung des Vaters des Klägers vom 10. August 2015, in der er bestätigt, die Anwaltskosten des Klägers für die Jahre 2008 bis 2015 in der Höhe von EUR 65'000.– übernommen zu haben. Die hierzu notwendigen Mittel habe er sich bei verschiedenen Familienmitgliedern ausleihen müssen. Eine Rückzahlungsverpflichtung wird nicht erwähnt (Urk. 151/21). Weiter liegt eine Erklärung ebenfalls vom 10. August 2015 eines Herrn E. _____ vor, er habe dem Kläger in den Jahren 2005 und 2006 insgesamt EUR 10'000.– geliehen, damit dieser die durch die Scheidung verursachten finanziellen Schwierigkeiten bewältigen könne. Der Kläger habe sich verpflichtet, das Geld innert kürzester Frist zurück zu bezahlen (Urk. 151/20).

2.3. Bei der Beurteilung der Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 ZPO gilt der Effektivitätsgrundsatz umfassend: So wie der ansprechenden Partei nur tatsächlich vorhandenes Einkommen und Vermögen anzurechnen ist, sind auch nur tatsächlich getilgte bzw. tatsächlich zu tilgende Schuldverpflichtungen zu berücksichtigen. Der entsprechende Nachweis ist von der ansprechenden Partei zu erbringen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Christian Schöbi [Hrsg.], 2001, S. 177; der-

selbe, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 198 zu Art. 117 ZPO). Dass der Kläger verpflichtet ist, seinem Vater die von diesem übernommenen Anwaltskosten zurückzuzahlen, ist nicht belegt. Dies kann auch nicht als selbstverständlich angesehen werden, ist es doch im familiären Umfeld keineswegs unüblich, den Kindern Mittel für grosse und wichtige Ausgaben zu verschaffen, beispielsweise im Rahmen einer Schenkung oder eines Erbvorbezuges. Dem Kläger ist es damit nicht gelungen nachzuweisen, dass er die EUR 80'000.– nicht zur Deckung der Kosten des vorliegenden Verfahrens einsetzen kann. Berücksichtigt man die noch offenen Anwaltskosten in Frankreich von EUR 7'000.–, das ausstehende und zurückzuzahlende Darlehen in Frankreich von EUR 10'000.– und die offenen Anwalts- und Gerichtskosten aus weiteren Verfahren in der Schweiz von rund Fr. 2'500.–, mithin einen Betrag von weniger als EUR 20'000.–, verbleiben dem Kläger immer noch EUR 60'000.–. Mit dieser Summe können sowohl die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens als auch das Honorar seines Anwaltes gedeckt werden. Der Kläger kann daher nicht als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO qualifiziert werden, weshalb sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen ist.

3.1. Die Beklagte macht nachfolgend dargestellten Bedarf geltend, wobei die einzelnen Positionen der besseren Übersichtlichkeit halber anders gruppiert sind, als in ihrer eigenen Darstellung (Urk. 139/30):

| Nr. | Position | Betrag |
|-----|-------------------------------------|--------|
| 1 | Grundbetrag Beklagte | 1350 |
| 2 | Grundbetrag Kinder (je CHF 600.-) | 1200 |
| 3 | Zuschlag Koscher Essen | 170 |
| 4 | Mietzins | 1350 |
| 5 | Nebenkosten | 274 |
| 6 | Elektrizität | 40 |
| 7 | Hausrat-und Haftpflichtversicherung | 30 |
| 8 | Telefon/Radio/TV | 195 |
| 9 | Öffentlicher Verkehr Beklagte | 100 |
| 10 | Mobility | 118 |
| 11 | Öffentlicher Verkehr Kinder | 55 |
| 12 | Krankenkasse Beklagte (KVG) | 452 |

| | | |
|----|---|-----------------|
| 13 | KK Beklagte (VVG) | 194 |
| 14 | Krankenkasse Kinder (KVG) | 269.30 |
| 15 | Krankenkasse (VVG) | 16.80 |
| 16 | Schuldenabzahlung Ausbildung | 500 |
| 17 | Mitgliederbeitrag jüdische Gemeinde | 50 |
| 18 | Anwaltskosten in Frankreich | 800 |
| 19 | Steuern | 1000 |
| 20 | Arbeitsbedingte Zusatzkosten Kleidung, Essen | 315 |
| 21 | Franchise/Selbstbehalt | 100 |
| 22 | Franchise/Selbstbehalt Kinder | 70 |
| 23 | Haushaltshilfe (6h à 27.73 pro Woche) | 666 |
| 24 | Fremdbetreuung Kinder | 1029 |
| 25 | Sozialversicherung Kinderbetreuung | 162 |
| 26 | Obligatorische Unfallversicherung Kinderbetreuung | 24.85 |
| 27 | AHV Kinderbetreuung | 138 |
| 28 | Schulkosten Kinder | 1500 |
| 29 | Nachhilfestunden Mathematik für C. _____ (120/W x 4W = 480) | 480 |
| 30 | Musikunterricht (Klavier+ Violine) | 309 |
| 31 | Weitere Kurse Kinder | 100 |
| 32 | Miete Violine | 104 |
| | Total | 13161.95 |

Die Bedarfspositionen der Beklagten wurden im Massnahmenentscheid der Kammer vom 5. August 2013 eingehend behandelt. In grundsätzlicher Hinsicht ist daher zunächst auf die entsprechenden Erwägungen zu verweisen (Urk. 63 S. 11 ff.). Die Positionen 1, 2, 4, 5, 7, 9, 12, 14, 17 sowie 28 - 31 geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass, da sie mit den betreffenden Bestimmungen des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben) übereinstimmen, belegt bzw. notorisch sind und praxismässig berücksichtigt werden können. Nachfolgend ist auf die verbleibenden Positionen näher einzugehen:

3) Die Beklagte ist praktizierende Jüdin, es rechtfertigt sich daher, in ihrem zivilprozessualen Grundbedarf den verlangten Zuschlag von Fr. 170.– zu berücksichtigen, um den Mehrkosten für koschere Ernährung für sich und die Kinder zu begegnen.

6) Kosten für Elektrizität, ausser jene, die für die Heizung benötigt wird, sind im Grundbetrag gemäss Ziff. II. des Kreisschreibens enthalten. Da die Heizkosten vorliegend bereits bei den Nebenkosten zu berücksichtigen sind (Urk. 139/1-2), kann keine gesonderte Position für Stromkosten einberechnet werden.

8) Für die Kosten von Radio/TV/Internet/Telefon ist praxisgemäss ein pauschaler Maximalbetrag von Fr. 150.– einzusetzen, da mit diesem bei sorgfältiger Wahl der entsprechenden Abonnemente und haushälterischem Vorgehen sämtliche notwendigen Informations- und Kommunikationsbedürfnisse ohne weiteres gedeckt werden können. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Kosten für den Antennenanschluss in der Wohnung bereits bei den Nebenkosten berücksichtigt wurden (Urk. 139/1).

10) Grundsätzlich können nur die Kosten für den öffentlichen Verkehr für den Arbeitsweg im Sinne von Ziff. 3.4 lit. a des Kreisschreibens im prozessualen Grundbedarf berücksichtigt werden. Vor dem Hintergrund, dass die Beklagte neben der Betreuung der beiden Kinder ein Arbeitspensum von 80 % bewältigt und dabei ein nennenswertes Einkommen erwirtschaftet, rechtfertigt es sich, ihr dennoch pauschal einen Zuschlag für die gelegentliche Benutzung eines Mobility-Fahrzeuges anzurechnen. Die von ihr geltend gemachten Kosten von Fr. 118.– sind ausgewiesen, sie können daher berücksichtigt werden (139/28).

11) Grundsätzlich sind die Kosten für die Mobilität in der Freizeit aus dem Grundbetrag zu begleichen. Vorliegend gilt es aber zu berücksichtigen, dass es in der Stadt Zürich üblich ist, dass Kinder die öffentlichen Verkehrsmittel benützen, zumal die Nutzung von Fahrrädern verkehrsbedingt für Kinder nur beschränkt möglich ist. Die Höhe der Kosten von Fr. 55.– pro Monat entsprechen neben den Juniorkarten ungefähr zwei Mehrfahrtenkarten, die jeweils an sechs Tagen zur Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel im Lokalnetz berechtigen (vgl. auch Urk. 139/7). Dies erscheint angemessen und verhältnismässig.

13 und 15) Zusatzversicherungen gemäss VVG können praxisgemäss ausser in vorliegend nicht gegebenen Ausnahmefällen nicht berücksichtigt werden.

16) Die Rückzahlungspflicht für Ausbildungskosten an den Arbeitgeber endet am 10. Oktober 2015. Die letzte Rate beträgt noch Fr. 278.– (Urk. 139/10). Die Kosten sind daher nicht mehr zu berücksichtigen.

18) In den Akten finden sich Rechnungen von Anwälten aus Frankreich für den Zeitraum vom 31. Januar 2014 bis zum 7. Juli 2015 im Gesamtbetrag von EUR 14'000.– (Urk. 139/12a/1, Urk. 139/12b/1, Urk. 148/4 f.). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich die Berücksichtigung von Fr. 800.– pro Monat zur Tilgung dieser Ausstände.

19) Die Gesuchstellerin reichte verschiedene Kontoauszüge betreffend die ordentliche Staats- und Gemeindesteuer ein. Aus diesen geht hervor, dass für das Jahr 2014 die Steuer provisorisch auf Fr. 5'630.40 bemessen wurde (Urk. 139/20c/17). Eine höhere Steuerlast für die Staats- und Gemeindesteuern wurde nie festgelegt (Urk. 139/20 b-c). Die Direkte Bundessteuer ist aufgrund der Steuererklärung 2014 mit dem Steuerrechner des Kantons Zürich (www.steuernamt.zh.ch) auf rund Fr. 310.– zu schätzen. Inskünftig wird die Gesuchstellerin zusätzlich zu ihrem Einkommen die Kinderunterhaltsbeiträge zu versteuern haben, andererseits werden die Zulagen für die Kinder (insbesondere Krippenzulage, die nur bis zum Alter von 12 Jahren bezahlt wird) inskünftig sinken. Da im summarischen Verfahren die Steuerlast nur geschätzt werden kann, rechtfertigt es sich von einer solchen in der Höhe von insgesamt rund Fr. 6'000.– pro Jahr auszugehen und der Beklagten daher für die Steuern Fr. 500.– pro Monat anzurechnen.

20) Die Beklagte arbeitet mit einem Pensum von 80 %. Ihr ist daher ein Zuschlag für auswärtige Verpflegung von Fr. 15.– pro Tag zu gewähren. Aufgrund des Pensums von 80 % ist von 17 Arbeitstagen pro Monat auszugehen und dieser Zuschlag auf Fr. 255.– pro Monat zu bemessen (vgl. Ziff. III. 3.2 des Kreisschreibens). Die Mehrkosten für koschere Ernährung wurden schon im Rahmen des Grundbetrags berücksichtigt (vgl. hiavor). Ein Zuschlag für repräsentative Kleidung kann vorliegend nicht gewährt werden, zum einen da nicht ersichtlich ist, dass die Gesuchstellerin repräsentative Aufgaben hat, zum anderen, da ein Kleidermehrverbrauch im Sinne von Ziff. III. 3.3 nur bei Arbeitstätigkeiten, welche die

Kleider tatsächlich übermässig beanspruchen, also vor allem bei handwerklichen Tätigkeiten (Übergewänder), berücksichtigt werden kann.

21) Volljährige Krankenversicherte müssen sich (ausser in vorliegend nicht gegebenen Ausnahmefällen) gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 KVG zwingend an ihren Gesundheitskosten mit einer Franchise und einem Selbstbehalt beteiligen. Die Franchise beträgt gemäss Art. 103 Abs. 1 KVV zumindest Fr. 300.– pro Jahr. Zusätzlich muss jeder Versicherte einen Selbstbehalt von 10 % seiner Gesundheitskosten bis zum Maximalbetrag von Fr. 700.– pro Jahr bzw. rund Fr. 59.– pro Monat bezahlen (Art. 64 Abs. 2 lit. b KVG in Verbindung mit Art. 103 Abs. 2 KVV). Für durch die Grundversicherung abgedeckte medizinische Leistungen muss die Beklagte, welche die minimal zulässige Franchise gewählt hat (Urk. 139/8a/1), daher maximal Fr. 83.– pro Monat bezahlen. Insofern erweist sich der von ihr geltend gemachte Betrag von Fr. 100.– als zu hoch. Allfällige Kosten, die aus Unfällen herrühren, müssen sodann von der Unfallversicherung des Arbeitgebers der Beklagten übernommen werden, wobei kein Selbstbehalt bzw. keine Franchise besteht. Da nur Kosten in der Höhe von Fr. 543.55 im Jahr 2014 entsprechend rund Fr. 45.– pro Monat ausgewiesen sind (Urk. 139/23a/1) ist nur dieser Betrag anzurechnen.

22) Ebenso ist bei den ungedeckten Gesundheitskosten der Kinder auf die im Jahr 2014 ausgewiesenen Kosten von Fr. 238.40 abzustellen und pro Monat gerundet Fr. 20.– zu berücksichtigen.

23) Die Beklagte behauptet, sie benötige aus medizinischen Gründen eine Haushaltshilfe. Diese sei auch zunächst nach einem Unfall vom Haftpflichtigen für eine gewisse Dauer bezahlt worden. Nun würden diese Kosten aber nicht mehr übernommen, obwohl sie aus gesundheitlichen Gründen nach wie vor auf die Unterstützung im Haushalt angewiesen sei (Urk. 137 S. 4). Die Beklagte führt weder substantiiert aus, inwiefern sie aus medizinischen Gründen auf eine Haushaltshilfe angewiesen ist, noch sind entsprechende Belege ersichtlich. Auch unter Berücksichtigung, dass ein in Relation zum Alter der Kinder bereits namhafter Betrag für die Beschäftigung einer Hilfsperson für deren Betreuung zu berücksichti-

gen ist (vgl. sogleich), können die Kosten für die Haushaltshilfe nicht angerechnet werden.

24 - 27) Aufgrund des Arbeitspensums der Beklagten sind Kosten für die Fremdbetreuung der Kinder zu berücksichtigen. Die Zahlung von Fr. 1'029.– pro Monat an die Betreuerin ist ausgewiesen (Urk. 139/6). Ebenso sind die Kosten für die obligatorische Unfallversicherung von Fr. 298.– pro Jahr bzw. rund Fr. 25.– pro Monat ausgewiesen (Urk. 139/9 = Urk. 139/28). Die Beklagte macht unter dem Titel "Sozialversicherung Kinderbetreuung" den Betrag von Fr. 162.– pro Monat geltend und verweist hierzu auf die bereits erwähnte Prämienrechnung der obligatorischen Unfallversicherung (Urk. 139/9 = Urk. 139/28). Da die Kosten für die AHV und ALV gesondert geltend gemacht werden, ist nicht ersichtlich, welche Kosten damit gemeint sein könnten, der genannte Beleg erweist sich als nicht einschlägig. Die Kosten sind daher nicht zu berücksichtigen. Aus der Rechnung bzw. der Gewährung des Zahlungsaufschubs der SVA Zürich wird nicht ersichtlich für was und für welchen Zeitraum die offene Summe von Fr. 1'664.45 geschuldet ist (Urk. 139/22/1). Es rechtfertigt sich daher nur, die üblichen Sozialabgaben von 6,25 % zu berücksichtigen, mithin einen Betrag von rund Fr. 65.– pro Monat.

32) Die Kosten für die Miete des Musikinstrumentes betragen gemäss Urk. 139/19 Fr. 25.– und nicht wie geltend gemacht Fr. 104.–.

Im Ergebnis präsentiert sich damit der Bedarf der Beklagten mit den Kindern wie folgt:

| | |
|-------------------------------------|------|
| Grundbetrag Beklagte | 1350 |
| Grundbetrag Kinder (je CHF 600.-) | 1200 |
| Zuschlag Koscher Essen | 170 |
| Mietzins | 1350 |
| Nebenkosten | 274 |
| Hausrat-und Haftpflichtversicherung | 30 |
| Telefon/Radio/TV | 150 |
| Öffentlicher Verkehr Beklagte | 100 |
| Mobility | 118 |
| Öffentlicher Verkehr Kinder | 55 |
| Krankenkasse Beklagte (KVG) | 452 |

| | |
|--|-----------------|
| Krankenkasse Kinder (KVG) | 269.30 |
| Mitgliederbeitrag jüdische Gemeinde | 50 |
| Anwaltskosten Frankreich | 800 |
| Steuern | 500 |
| Auswärtige Verpflegung | 255 |
| Franchise/Selbstbehalt | 45 |
| Franchise/Selbstbehalt Kinder | 20 |
| Fremdbetreuung Kinder | 1029 |
| Obligatorische Unfallversicherung Kinderbetreuung | 24.85 |
| AHV Kinderbetreuung | 65 |
| Schulkosten Kinder | 1500 |
| Nachhilfestunden Mathematik für C._____ (120/W x 4W = 480) | 480 |
| Musikunterricht (Klavier+ Violine) | 309 |
| Weitere Kurse Kinder | 100 |
| Miete Violine | 25 |
| Total | 10721.15 |

3.2. Die Einkommenshöhe der Beklagten schwankt, vor allem da sie in den letzten Jahren Boni in unterschiedlicher, aber stets nennenswerter Höhe erhalten hat. Im Jahr 2014 versteuerte die Beklagte ein Nettoeinkommen (inkl. aller Zulagen) von Fr. 109'972.–, im Jahr 2013 von Fr. 115'826.– (Urk. 148/20 [Sammelbeilage bestehend aus den Steuererklärungen 2013 und 2014; je Seite 2]). Im Jahr 2012 deklarierte sie ein Nettoeinkommen von Fr. 98'498.– (Urk. 85/16 S. 2 Pos. 1.1), im Jahr 2011 von Fr. 105'631.– (Urk. 85/17 S. 2 Pos. 1.1) und im Jahr 2010 von Fr. 103'061.– (Urk. 19/5 S. 2). Sie erzielte damit während der letzten 5 Jahre ein durchschnittliches Nettoeinkommen von rund Fr. 106'600.– pro Jahr bzw. Fr. 8'880.– pro Monat. Die Beklagte macht sodann geltend, die Krippenzulage sei zwischenzeitlich von Fr. 960.– auf Fr. 480.– reduziert worden. Gemäss der Bestätigung ihrer Arbeitgeberin werden die Krippenzulagen nur solange bezahlt, bis das betreffende Kind 12 Jahre alt ist (Urk. 85/14). C._____ hat im Herbst 2014 dieses Alter erreicht, D._____ wird im April 2016 12 Jahre alt (Urk. 139/2/1 und Urk. 148/3 1. Blatt). Andererseits ist auch zu erwarten, dass der Betreuungsaufwand für die Kinder mit zunehmendem Alter sinken wird. Zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin im Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege rechtfertigt es sich daher insgesamt, auf das durchschnittliche

Einkommen der Gesuchstellerin der letzten fünf Jahre abzustellen. Den nachfolgenden Erwägungen ist daher ein monatliches Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von rund Fr. 8'880.– (inkl. Bonus und aller Zulagen) zugrunde zu legen. Zusätzlich sind die Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 1'200.– pro Monat zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist der Beklagten ein Reineinkommen von rund Fr. 10'000.– im Monat anzurechnen.

3.3. Die Konten der Beklagten weisen mit einer Ausnahme keine Saldi auf, die für die vorliegend zu klärende Frage, ob aus dem Vermögen der vorliegende Prozess finanziert werden kann, von Bedeutung wären (Urk. 148/1a S. 8, Urk. 148/1b S. 3, Urk. 148/1c S. 2, Urk. 148/1d S. 2, Urk. 148/1f letztes Blatt, Urk. 148/1h, Urk. 148/1i letztes Blatt). Bezüglich des Kontos, das einen Saldo von rund Fr. 22'000.– aufweist (Urk. 148/1e S. 13), ist zu beachten, dass es sich dabei um den Saldo per Ende Monat handelt; aus dem Geld muss mithin der Bedarf des nächsten Monats gedeckt werden. Sodann hat die Gesuchstellerin verschiedene Verpflichtungen (z.B. AHV für die Kinderbetreuung, Steuern, ZVV-Abo, etc.), die nicht jeden Monat anfallen. Für diese müssen gewisse Rückstellungen gebildet werden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist der Gesuchstellerin nicht zuzumuten, die vorhandenen Fr. 22'000.– zur Finanzierung des vorliegenden Prozesses einzusetzen (vgl. zum sog. "Notgroschen": Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Stand 16. 04. 2012, N 38 f. zu Art. 117 ZPO).

3.4. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Einkünfte der Beklagten von rund Fr. 10'000.– pro Monat nicht ausreichen, um ihren zivilprozessualen Grundbedarf von rund Fr. 10'700.– pro Monat zu decken, und sie auch nicht über ausreichendes Vermögen verfügt, um daraus die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu bezahlen.

3.5. Im Gegensatz zur unentgeltlichen Prozessführung ist die unentgeltliche Rechtsvertretung nach konstanter Praxis erst ab demjenigen Zeitpunkt zu bewilligen, in dem ein entsprechendes Gesuch eingereicht worden ist (Art. 119 Abs. 4 ZPO; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 117 N 9 f.). Gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege zwar aus-

nahmsweise rückwirkend bewilligt werden, von dieser Möglichkeit ist jedoch nur äusserst restriktiv Gebrauch zu machen. Eine rückwirkende Bewilligung ist gemäss höchstrichterlicher Praxis nur dann zu erteilen, wenn es wegen der Dringlichkeit einer sachlich zwingend gebotenen Prozesshandlung nicht möglich war, gleichzeitig ein entsprechendes Gesuch zu stellen (Huber, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 12 [Stand Printausgabe] m.w.H.). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, dass nicht beispielsweise zusammen mit dem Gesuch um Sistierung des Verfahrens vom 9. Januar 2015 (Urk. 120) ein Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes unter Hinweis auf die betreffenden Erwägungen im Massnahmenentscheid der Kammer vom 5. August 2013 (Urk. 63 S. 11 ff.) hätte gestellt werden können. Der Rechtsbeistand der Beklagten wäre mit anderen Worten angesichts der sich summierenden Aufwendungen für die aussergerichtlichen Vergleichsbemühungen gehalten gewesen, umgehend ein Gesuch um Bestellung als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzureichen.

3.6. Zusammenfassend ist der Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr ab dem Datum des betreffenden Gesuches, dem 29. Juni 2015, Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand beizugeben.

4.1. Im vorliegenden nicht vermögensrechtlichen Prozess ist von einer Grundgebühr von Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– auszugehen (§ 12 Abs. 1 und 2 und § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 3 GebV OG). Gemäss § 10 Abs. 1 GebV OG kann die Gebühr aufgrund des Rückzuges bis auf die Hälfte herabgesetzt werden. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist insgesamt eine Entscheidunggebühr von Fr. 3'000.– angemessen.

4.2. Antragsgemäss sind die Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen, der Anteil der Beklagten ist aber aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung von Rechtsanwalt Dr. X._____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird gutgeheissen. Der Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ab 29. Juni 2015 als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Verfahren wird als durch Rückzug der Berufung erledigt abgeschlossen.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Dispositivziffern 2 sowie 4 - 13 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 2. Oktober 2014 am 29. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Beklagten wird einstweilen aufgrund der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
7. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 146 - 148, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 149 - 151, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist wird die Regelung der Kinderbelange gemäss Urteil der Vorinstanz durch Dispositivauszug dem Zivilstandsamt und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich gegen Empfangsschein mitgeteilt.

9. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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, 2. September 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
kt