

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC190030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 28. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et dipl. Ing. HTL Y. _____,

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 17. September 2019 (FE170729-L)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. April 2008 geheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder hervorgegangen, C._____, geboren am tt. Juli 1990, D._____, geboren am tt. März 1992, und E._____, geboren am tt. Februar 2001 (Urk. 7/2). Mit Eingabe vom 22. September 2017 machte der Kläger die Scheidungsklage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/1). Der weitere Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 2). Am 17. September 2019 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung (Urk. 2 S. 6 f.):

1. Auf die Scheidungsklage wird nicht eingetreten.
2. Der Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird als ihr unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 3'000.00; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 206.25 Dolmetscherkosten.
4. Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'722.45 (inkl. MwSt. und Auslagen) zu bezahlen.
6. Aufgrund der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung wird Rechtsanwalt Y._____ mit Fr. 6'722.45 aus der Gerichtskasse entschädigt und die Forderung gemäss Ziff. 5 geht auf den Kanton über.
7. Die Forderung gemäss Ziff. 6 wird mit dem nach erfolgter Verrechnung mit den Gerichtskosten verbleibenden Rest des vom Kläger bereits geleisteten Kostenvorschusses verrechnet und im darüber hinausgehenden Betrag vom Kläger zurückgefordert.

(8./9. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Die Vorinstanz begründete den Nichteintretensentscheid damit, dass der Kläger den ihm mit Verfügungen vom 16. Januar 2018, 23. November 2018 und 21. Juni 2019 auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– für das Scheidungsverfahren nicht an die Beklagte bezahlt habe.

2. Gegen die Verfügung vom 17. September 2019 hat der Kläger mit Eingabe vom 18. Oktober 2019 rechtzeitig Berufung erhoben und folgende Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2):

- „1. Dispo.-Ziff. 1 der Verfügung vom 17. September 2019 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, das Scheidungsverfahren fortzuführen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten.“

Gleichzeitig hat der Kläger für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung gestellt (Urk. 1 S. 2).

Mit Verfügung vom 4. November 2019 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 8). In der Berufungsantwort vom 14. November 2019 beantragte die Beklagte Folgendes (Urk. 9 S. 3):

- „1. Der Berufungskläger sei zur Leistung eines Kostenvorschusses zu verpflichten.
2. Die Berufung des Klägers vom 18. Oktober 2019 sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Der Berufungsbeklagten sei für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Der Unterzeichnende sei als ihr Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Der Berufungsbeklagten sei eine Parteientschädigung zuzusprechen. Aufgrund der Uneinbringlichkeit sei die Parteientschädigung aus der Gerichtskasse zu entnehmen. Der Berufungskläger sei zur Rückforderung zu verpflichten.
5. Die Vorakten (inkl. Eheschutz) sowie die Strafakten seien beizuziehen.
6. Eventualiter, Herr F.____ (c/o F.____ Treuhand, ... Zürich) und Frau G.____, Winterthur seien als Zeugen vorzuladen und bezüglich den Geschäftsverhältnissen zu befragen.“

Das Doppel der Berufungsantwortschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen wurde mit Verfügung vom 20. Dezember 2019 dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 12). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

3. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder

abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A_258/2015 vom 21.10.2015, E. 2.4.2; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2; BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11).

4. Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung ist nicht angefochten und rechtskräftig geworden. Davon ist Vormerk zu nehmen.

II.

1. Die Vorinstanz erwog, die Zivilprozessordnung sehe nicht ausdrücklich vor, dass bei Nichtleistung eines auf dem Eherecht beruhenden Prozesskostenvorschusses auf das Verfahren (*recte*: die Klage) nicht einzutreten sei. Dem Gericht stehe jedoch ein gewisser Ermessensspielraum in der Wahl seiner Anordnungen zu, damit es seiner Pflicht zur Prozessleitung gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO nachkommen könne. Es gehöre auch zu den prozessleitenden Aufgaben des Gerichts, einer rechtsunbeholfenen Partei die Führung des Prozesses überhaupt zu ermöglichen. Dafür sei vorliegend die rechtliche Verbeiständung der Beklagten erforderlich, was zwangsläufig auch die Finanzierung resp. Honorierung deren Rechtsvertreters bedinge.

Das Gericht überschreite das ihm zustehende Ermessen in der Wahl seiner Anordnungen nicht, wenn es bei Vorliegen besonderer Umstände für den Fall der Nichtleistung von Prozesskostenvorschüssen eine Einstellung des Scheidungsprozesses androhe (unter Hinweis auf ZR 72 Nr. 115 E. 3.d; *OGer ZH PC190003 vom 11.03.2019, E. 3.2*, mit Verweisung auf BK ZGB-Bühler/Spühler, Art. 145 N 295). Solche Umstände lägen klarerweise vor, da sich der Kläger trotz Leistungsfähigkeit hartnäckig weigere, den aus ehelicher Unterhalts- bzw. Beistandspflicht resultierenden Vorschuss zugunsten der Beklagten zu leisten. Nachdem die Beklagte ausreichend dargetan habe, dass sie auf dem Betreuungsweg den Prozesskostenvorschuss nicht erhältlich machen könne, hätte der Staat in Form

der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung den Prozess des leistungsfähigen Klägers zu finanzieren. Dies könne nicht angehen und insofern bestehe auch ein staatliches Interesse daran, dass der leistungsfähige Kläger den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss bezahle.

Im Übrigen dränge sich ein Analogieschluss zu Art. 98 und Art. 101 ZPO auf. (Auch) der diesbezügliche Kostenvorschuss habe zum Zweck, das Gericht bzw. den Staat vor Kreditrisiken zu schützen (unter Hinweis auf KUKO ZPO-Schmid, Art. 98 N 1). Die vorliegende Situation sei vergleichbar und zeige insbesondere, dass die vorgesehene Säumnisfolge in der Zivilprozessordnung verankert sei. Umso mehr müsse dem Gericht deshalb in Ausnahmefällen und als ultima ratio im Rahmen der Prozessleitung die Möglichkeit zustehen, auf eine Klage auch in der vorliegenden Konstellation nicht einzutreten.

Zu prüfen sei im Einzelfall, ob der Nichteintretensentscheid – insbesondere aufgrund der Besonderheiten der vorliegenden actio duplex – zu einer unbilligen Härte für die Gegenpartei führe. Denkbar wäre zudem, dass im Fall der Regelung von Kinderbelangen ein Nichteintretensentscheid unter dem Aspekt des Kindeswohls zu nicht vertretbaren Situationen führen würde. Die Beklagte habe nie Einwendungen gegen die vom Gericht angedrohten Säumnisfolgen erhoben. Die im Vordergrund stehenden unterhaltsrechtlichen Ansprüche der Beklagten seien aufgrund des nach wie vor gültigen Eheschutzentscheides geregelt. Sodann seien auch keine Kinderbelange mehr zu regeln, nachdem der gemeinsame Sohn der Parteien am 5. Februar 2019 volljährig geworden sei. Es lägen keine Gründe vor, welche einen Nichteintretensentscheid als unbillig oder nicht vertretbar erscheinen lassen würden (Urk. 2 S. 2 ff.).

2. Der Kläger rügt zunächst, im Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich im Verfahren PC190003 vom 11. März 2019 sei es um die Einstellung des Verfahrens gegangen, bis die mittellose Partei Klarheit über die Prozessfinanzierung – entweder durch Prozesskostenvorschuss oder unentgeltliche Rechtspflege – habe. Das Nichteintreten auf die Klage des säumigen Vorschusspflichtigen werde mit keinem Wort erwähnt. Gegenteilig werde im Urteil ausgeführt, dass bei Säumnis der vorschusspflichtigen Partei der bedürftigen Partei die unentgeltliche

Rechtspflege zu bewilligen sei. Dies sei im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die unentgeltliche Rechtspflege auch dann zu gewähren sei, wenn der zugesprochene Prozesskostenvorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich sei. Dies zeige umso mehr, dass ein Nichteintreten auf die Klage nicht einmal annähernd in Frage komme, wenn der Prozesskostenvorschuss nicht einbringlich sei (Urk. 1 S. 7 f.).

Der Kläger wehrt sich auch gegen den zu Art. 98 und 101 ZPO gezogenen Analogieschluss. Bei Art. 98 ZPO gehe es um einen Kostenvorschuss an das Gericht, beim Kostenvorschuss an die Partei indessen um eine materiellrechtliche Pflicht. Eine Sicherheit für die Parteientschädigung werde in Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO für das Scheidungsverfahren ausgeschlossen. Ein Analogieschluss ergebe daher keinen Sinn.

Art. 59 ZPO, so der Kläger weiter, statuiere die verschiedenen Prozessvoraussetzungen, bei deren Fehlen auf eine Klage nicht eingetreten werde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gälten auch eine gültige Klagebewilligung und das Fehlen einer Schiedsvereinbarung als Prozessvoraussetzungen. Andere Voraussetzungen nenne und kenne die Zivilprozessordnung nicht. Die Aufzählung sei abschliessend. Einzig das Fehlen einer Prozessvoraussetzung führe zum Nichteintreten. Beim Prozesskostenvorschuss handle es sich um eine materielle Pflicht, welche dem Familienrecht entspringe, und nicht um eine Prozessvoraussetzung. Von der Leistung resp. Einbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses hänge einzig die Beurteilung des Anspruchs der Beklagten auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Das Nichteintreten auf die Scheidungsklage könne nicht Folge der Nichterfüllung einer materiellen Pflicht sein. Dies werde umso mehr verdeutlicht, als es sich bei der Leistung eines Prozesskostenvorschusses um eine vorsorgliche Massnahme handle. Es könne nicht sein, dass die materielle Nichterfüllung einer vorsorglichen Massnahme das Nichteintreten auf die Klage in der Hauptsache zur Folge habe (Urk. 1 S. 9 f.).

Schliesslich wirft der Kläger der Vorinstanz vor, sie habe sich widersprüchlich verhalten, wenn sie das Scheidungsverfahren während Monaten aus dem einzigen Grund sistiert habe, dass die Beklagte die Nichteinbringlichkeit des Pro-

zesskostenvorschusses dartun könne. Die Vorinstanz sei folgerichtig davon ausgegangen, einzig die (Nicht-)Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Beklagte hänge von der Einbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses ab. Zudem habe die Vorinstanz der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, obwohl sie ausgeführt habe, es könne nicht Aufgabe des Staates sein, den Prozess bei der vorliegenden Sachlage zu finanzieren. Immerhin habe die Vorinstanz offenbar eingesehen, dass der Prozesskostenvorschuss beim Kläger ganz offensichtlich nicht einbringlich ist, wie in den Dispositivziffern 6 und 7 der angefochtenen Verfügung ausgeführt. Folge davon sei, dass der Staat für Anwaltskosten im Rahmen eines Scheidungsverfahrens aufkommen müsse, das letztlich mit einem Nichteintreten beendet worden sei (Urk. 1 S. 11).

3. a) Zu prüfen ist, ob für den Fall, dass ein Ehegatte den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss zugunsten des andern Ehegatten (sog. *provisio ad litem*) nicht leistet, Säumnisfolgen angedroht werden dürfen. Die ältere Lehre und Rechtsprechung waren sich uneins. EGGER hielt dafür, der Mann dürfe im Scheidungsprozess die Frau nicht auf das Armenrecht verweisen. Er müsse aber nicht stets für die gesamten Kosten aufkommen. Der Richter setze den Betrag fest, was er allerdings nicht mit der Androhung tun dürfe, dass sonst die Scheidungsklage von der Hand gewiesen werde, sondern nur mit derjenigen, dass sonst die Frau Betreuung anheben könne. Das Gericht werde die Fortsetzung des Verfahrens verschieben, bis der Vorschuss geleistet sei (ZK ZGB-Egger, Art. 145 N 17). Gemäss GMÜR brauchte die Ehefrau bis zur Erfüllung der Verpflichtung die Klage nicht zu beantworten (BK ZGB-Gmür, Art. 145 N 9). BÜHLER/SPÜHLER erachteten es als zulässig, das Nichteintreten auf die Klage bzw. Vonderhandweisung anzudrohen, wenn der Kläger den Vorschuss nicht leisten würde. Die Vonderhandweisung solle aber nicht von allem Anfang an angedroht werden, sondern nur bei hartnäckiger Säumnis (BK ZGB-Bühler/Spühler, Art. 145 N 297, m.w.H.). STEFFEN vertrat die Auffassung, es genüge, der Ehefrau den Betreuungsweg zu öffnen; eine Anwendung der für den Gerichtskostenvorschuss vorgesehenen Säumnisfolge rechtfertige sich weder aus prozessualen noch aus zivilrechtlichen Überlegungen (ZBJV 122 [1986] S. 101; ähnlich WEINMANN, Die Prozesskostenpflicht der Ehegatten im Scheidungsverfahren, Diss. Zürich 1950, S. 72 f.; ebenso

ETTER, Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs- u. Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB, Diss. Zürich 1933, S. 96). Damit stellte sich Steffen gegen die Praxis der bernischen Gerichte („Diese Praxis wurde durch eine Verfügung eines Kammerpräsidenten vom 11. Januar 1951 inauguriert [ZBJV 87 165] und seither offenbar unangefochten angewendet.“; so schon ZBJV 77 [1951] S. 165; vgl. dagegen noch ZBJV 55 [1919] 238 Nr. 12). Gemäss Obergericht des Kantons Zürich „konnte doch unmöglich dem Mann, der gegen die Frau Scheidungsklage erhoben hat, angedroht werden, seine Klage werde von der Hand gewiesen, wenn er der Frau keinen Kostenvorschuss leiste.“ (SJZ 13 [1916] S. 15; ebenso SJZ 29 [1932/33] S. 153 und ZR 75 [1976] S. 54 Nr. 18 [Kassationsgericht des Kantons Zürich]; anders noch das Bezirksgericht Zürich, SJZ 30 [1933/34] S. 106, und beipflichtend LEMANN, ebenda, S. 220; offengelassen in ZR 72 [1973] Nr. 115). Unter Berufung auf Egger lehnte es das Bundesgericht ab, dass dem Kläger angedroht werde, die Klage werde von der Hand gewiesen, wenn er die Parteikosten nicht erlege (BGE 91 II 77). HINDERLING/STECK mutmassen, dass sich Egger nur zur Frage geäussert habe, was mit der Klage des *vorschussberechtigten* Gatten geschehen dürfe, und halten dafür, auch die dem Bundesgericht entgegengesetzte Auffassung lasse sich vertreten (Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, S. 554). Nach CZITRON droht das Gericht dem säumigen Kläger an, dass bei weiterer Säumnis auf seine Klage nicht eingetreten oder diese von der Hand gewiesen werde (Czitron, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis im Kanton Zürich, Diss. St. Gallen 1995, S. 125, wobei er zur Begründung auf § 80 Abs. 1 ZPO/ZH verweist).

b) Säumnis und Säumnisfolgen werden in der Schweizerischen Zivilprozessordnung allgemein in Art. 147 ZPO geregelt. Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint (Abs. 1). Gegenstand der Säumnis können sämtliche fristgebundenen Prozesshandlungen sein (KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art 147 N 2; BK-ZPO-Frei, Art. 147 N 1; BSK ZPO-Gozzi, Art. 147 N 2; Hauser/Schweri, Kommentar

zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 196 N 1). Der Begriff der „Prozesshandlung“ umfasst sämtliche fristgebundenen Handlungen, die eine Partei im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens vorzunehmen hat (Scheiwiller, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 5). Gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Säumnisfolgen werden vom Gesetzgeber nicht abschliessend geregelt. Das Gericht hat daher die Säumnisfolgen im Voraus festzulegen. Auch wenn es bei der Anordnung von Säumnisfolgen frei ist, dürfen die Androhungen nicht weiter gehen, als es der ordnungsgemässe Fortgang des Verfahrens erfordert (BK ZPO-Frei, Art. 147 N 31; BSK ZPO-Gozzi, Art. 147 N 14a; § 196 aGVG/ZH).

Der Entscheid über die Gutheissung oder Abweisung eines im Rahmen eines Scheidungsverfahrens gestellten Gesuchs um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG (BGer 5A_247/2013 vom 15.10.2013, E. 1.3, mit Hinweisen; 5A_422/2018 vom 26.09.2019, E. 2.1). Die Vorschusspflicht ist Ausfluss der eherechtlichen Pflichten. Ob sie in der eherechtlichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB oder in der Unterhaltspflicht i.S.v. Art. 163 ZGB gründet, ist umstritten (vgl. Weingart, *provisio ad litem – Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren*, in: *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez [Hrsg.], Bern 2018, S. 678; BGE 142 III 36 E. 2.3), vorliegend aber nicht relevant. Wesentlich ist, ob ein Ehegatte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an den andern Ehegatten verpflichtet werden kann und bejahendenfalls den Vorschuss auch tatsächlich leistet. Ohne diese finanzielle Unterstützung wäre dem vorschussberechtigten Ehegatten das von der Verfassung garantierte Recht auf Zugang zur Rechtspflege genommen (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Unter diesem Aspekt handelt es sich nicht um eine gewöhnliche vorsorgliche Massnahme wie etwa vorsorgliche Unterhaltszahlungen. Zu Recht schreibt Weingart von einem aus dem Eherecht fliessenden und im Schnittbereich zum Zivilprozessrecht anzusiedelnden Rechtsinstitut (ebd.).

Die Ansetzung von Fristen dient einer geordneten Prozessführung und der Verhinderung einer Prozessverschleppung (Hauser/Schweri, a.a.O., Vorb. zu §§ 189 ff., N 6). Verpflichtet das Gericht einen Ehegatten, dem andern zur Führung des Prozesses einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, hängt der Fortgang des Verfahrens davon ab, ob der Vorschuss tatsächlich geleistet wird, zumal wenn wie vorliegend die Ansprechende gleichzeitig mit dem Antrag auf Zuspreechung eines Prozesskostenvorschusses eventualiter ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung gestellt hatte (Urk. 27 S. 2; vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 35a). Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Ohne Prozesskostenvorschuss oder Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege braucht sich der mittellose Ehegatte, wie bereits im Entscheid der Kammer vom 11. März 2019 festgehalten, nicht auf weitere Verfahrensschritte einzulassen (Urk. 46 E. 3.2). Um diesem Schwebezustand ein Ende zu bereiten, ist es angezeigt, dass das Gericht eine fristgebundene Anordnung erlässt.

Die Vorinstanz hatte zunächst den Kläger mit Verfügung vom 16. Januar 2018 ohne Fristansetzung verpflichtet, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen (Urk. 7/29). Mit Verfügung vom 23. November 2018 wurde dem Kläger eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu überweisen und dem Gericht den Beleg für die Überweisung zukommen zu lassen (Urk. 7/40). Nachdem der Kläger den Vorschuss nicht geleistet hatte und von der Beklagten nicht mittels Betreuung erhältlich gemacht werden konnte, setzte ihm die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. Juni 2019 eine nicht erstreckbare Frist von 20 Tagen an, um die Überweisung vorzunehmen und gegenüber dem Gericht den entsprechenden Nachweis zu erbringen, dies nunmehr unter der Androhung, dass auf die Klage nicht eingetreten werde, wenn der Betrag nicht bezahlt werde (Urk. 7/49).

Dieses Vorgehen erscheint zweckmässig und nach dem Gesagten auch gesetzeskonform. Bei der *provisio ad litem* handelt es sich nicht um einen Vor-

schuss im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO, welcher den Gerichtskostenvorschuss und die von der klagenden Partei zu leistende Sicherheit für die Parteientschädigung beschlägt, weshalb sich die Säumnisfolge nicht auf diese Bestimmung abstützen kann. Gemäss Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO ist im Scheidungsverfahren keine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten. Die eherechtliche Vorschusspflicht geht darüber hinaus und ist zudem nicht von der Parteirolle abhängig (BK ZPO-Sterchi, Art. 99 N 30; CR CPC-Tappy, Art. 276 N 23). Anwendbar für die Regelung der Säumnisfolgen ist vielmehr Art. 147 ZPO. Um den ordnungsgemässen Fortgang des Verfahrens zu gewährleisten, ist die Androhung, bei Nichtleistung des Prozesskostenvorschusses werde auf die Scheidungsklage nicht eingetreten, angemessen. So zieht die Nichtleistung des Gerichtskostenvorschusses dieselbe Säumnisfolge nach sich (Art. 101 Abs. 3 ZPO), weshalb weder von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (so aber ZR 75 [1976] Nr. 18) noch von einem Verstoss gegen das freie Scheidungsrecht (Etter, a.a.O., S. 96) gesprochen werden kann. Auf die Klage wird nämlich nur dann nicht eingetreten, wenn der Vorschuss vom leistungsfähigen – und nicht etwa vom mittellosen (so aber Weinmann, a.a.O., S. 72) – Vorschusspflichtigen nicht bezahlt wird (Leemann, SJZ 30 [1933/34] S. 219 f.). Die Leistungsfähigkeit des Klägers ist indessen Voraussetzung, damit er zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann. In der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Januar 2018 wurde festgehalten, dass der Kläger über ausreichend Vermögen verfüge, um der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen (Urk. 7/37). Die Berufung des Klägers gegen diesen Entscheid wurde von der Kammer mit Urteil vom 3. Oktober 2018 abgewiesen (Urk. 7/39). Gemäss diesem Urteil konnte der Kläger nicht glaubhaft machen, dass er sich seines Vermögens von rund Fr. 450'000.– per Ende 2015 entäussert hätte (Urk. 7/39 S. 18 f.). Dazu äussert sich der Kläger im vorliegenden Berufungsverfahren nicht, weshalb weiterhin von seiner Leistungsfähigkeit auszugehen ist (vgl. auch nachfolgend E. III/2/b).

Die Vorinstanz ist daher zu Recht auf die Scheidungsklage nicht eingetreten, weshalb die Berufung diesbezüglich abzuweisen ist.

III.

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffern 3-7) zu bestätigen und wird der Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Bei der Entschädigung wurde kein Mehrwertsteuerzuschlag verlangt, weshalb ein solcher entfällt.

2. a) Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung gestellt. 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). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Wie bereits erwähnt, geht jedoch die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vor.

b) Der Kläger hat darauf verzichtet, von der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen, da ihr selber ein solcher zugesprochen worden sei und sie mittellos sei (Urk. 1 S. 13). Dies ist nicht zu beanstanden. Da eine einheitliche Lehre und gefestigte Rechtsprechung zur im vorliegenden Verfahren zu beantwortenden Frage bislang fehlt, kann trotz Abweisung der Berufung nicht gesagt werden, diese sei aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO gewesen.

Zu seinen finanziellen Verhältnissen führt der Kläger aus, er arbeite in einem 100 %-Pensum als Angestellter bei der H. _____ GmbH und verdiene monatlich Fr. 2'829.15 netto. Davon würden Fr. 111.– gepfändet, weshalb er Fr. 2'718.15 ausbezahlt erhalte. Bei Wohn- und Krankenkassenkosten von Fr. 1'272.– bzw. Fr. 471.60 und einem Grundbetrag von Fr. 1'200.– könne er mit seinem Einkommen seinen Bedarf nicht decken. Gemäss Bankauszug der PostFinance vom 15. Oktober 2019 verfüge er nur über Fr. 2'630.75. Der Betreibungsregisterauszug und die Einkommenspfändung zeigten, dass er über keine weiteren Aktiven verfüge. Über weitere Konten verfüge er nicht. Er gelte damit als mittellos im Sinne von

Art. 117 lit. a ZPO. Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass seine Mittellosigkeit selbstverschuldet sei, dürfe dies im Rahmen der Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu seinem Nachteil gewertet werden (Urk. 1 S. 11 ff.).

Die Mittellosigkeit des Klägers war schon Gegenstand der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Januar 2018 (Urk. 7/37) sowie des Beschlusses und Urteils der Kammer vom 3. Oktober 2018 (Urk. 7/39). In diesen Entscheiden wird zusammengefasst festgehalten, dass der Kläger per Ende 2015 über ein Vermögen von rund Fr. 450'000.– verfügte und er weder habe erklären noch belegen können, dass er über dieses Vermögen nicht mehr verfüge; auf diese Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 7/37 S. 7 f.; Urk. 7/39 S. 18 f.). Wie bereits erwähnt, äussert sich der Kläger im vorliegenden Berufungsverfahren dazu nicht. Indessen darf von ihm verlangt werden, dass er glaubhaft machen kann, wozu er die angeblich nicht mehr vorhandenen finanziellen Mittel verwendet hat (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 90). Wie den beiden erwähnten Entscheiden entnommen werden kann, ist der Kläger diesbezüglich seiner Mitwirkungspflicht nur ungenügend nachgekommen. Seine Mittellosigkeit ist daher (nach wie vor) nicht glaubhaft gemacht, weshalb sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen ist.

c) Die Beklagte hat neben dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege den Antrag gestellt, der Kläger sei zur Leistung eines Kostenvorschusses zu verpflichten. Auf Geldzahlung gerichtete Rechtsbegehren sind zu beziffern (BGE 137 III 617 E. 4.3). Das gilt auch für die *provisio ad litem* (Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 13). Auf den entsprechenden Antrag der Beklagten ist daher mangels Bezifferung nicht einzutreten. Da die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren nicht kostenpflichtig ist, wird ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos. Im Übrigen ist es abzuweisen, da die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber der Kostenvorschusspflicht des Ehegatten subsidiär ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 17. September 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung wird abgewiesen.
3. Auf den Antrag der Beklagten, der Kläger sei zur Leistung eines Kostenvorschusses zu verpflichten, wird nicht eingetreten.
4. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
5. Im Übrigen wird das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 17. September 2019 wird bestätigt, soweit sie nicht in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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, 28. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

Dr. D. Scherrer

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
sn