

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY130007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti  
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Oswald.

## Urteil vom 22. Mai 2013

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen / Prozesskosten-  
vorschuss**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfah-  
ren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. März 2013; Proz. FE110210**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien haben am tt. Oktober 1999 geheiratet (act. 5/5). Mit Klage vom 19. Oktober 2011 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon das Scheidungsverfahren anhängig (act. 5/1). Am 9. Mai 2012 fand die erfolglos gebliebene Einigungsverhandlung statt (Prot. I S. 6 f.).

2. Mit Eingabe vom 20. Juli 2012 stellte die Berufungsklägerin ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen mit folgendem Inhalt (act. 5/31 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 16'200.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.  
Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Es sei der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens die elterliche Obhut für die zwei gemeinsamen Söhne C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2000, sowie D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2003, zuzuteilen.
3. Es sei der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens die eheliche Wohnung ...-Str. ..., ..., samt Hausrat zur alleinigen Benutzung zuzuteilen.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab 1. Juli 2012 für die Dauer des Scheidungsverfahrens an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge wie folgt zu leisten:  
CHF 10'858.– für den Sohn C.\_\_\_\_\_,  
CHF 5'425.– für den Sohn D.\_\_\_\_\_,  
zahlbar monatlich im Voraus.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab 1. Juli 2012 für die Dauer des Scheidungsverfahrens angemessene Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:  
CHF 15'100.–,  
zahlbar monatlich im Voraus,  
wobei 90 % eines allfälligen eigenen Nettoerwerbseinkommens der Klägerin in Abzug gebracht werden.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Beklagten."

Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) beantragte mit Eingabe vom 4. September 2012 betreffend vorsorgliche Massnahmen unter anderem die Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren (act. 5/37 S. 2).

3. Am 23. November 2012 fand die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (Prot. I S. 10 ff.).

4. Mit Verfügung vom 5. März 2013 wies die Vorinstanz den Antrag der Berufungsklägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie das Eventualgesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 5/71 = act. 4).

Die Verfügung vom 5. März 2013 wurde den Parteien am 6. März 2013 zugestellt (act. 5/72).

5. Mit Eingabe vom 18. März 2013 erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (d.h. innert einer Frist von 10 Tagen, wie es in der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz korrekterweise hätte heissen sollen, da vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens im summarischen Verfahren behandelt werden; vgl. Ziff. II.2 nachstehend) Berufung gegen die Verfügung vom 5. März 2013. Sie stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. In Aufhebung der Verfügung des Einzelgerichts o.V. am Bezirksgericht Dietikon vom 5. März 2013 (Geschäfts-Nr. FE110210) sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 16'200.- (inkl. MwSt) zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Beschwerdegegners für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren."

Ferner stellte die Berufungsklägerin folgenden prozessualen Antrag (act. 2 S. 2):

"Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 3'780.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.

Eventualiter sei der Berufungsklägerin für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

6. Mit Verfügung vom 4. April 2013 wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 6). Die Verfügung wurde dem Berufungsbeklagten am 8. April 2013 zugestellt (act. 7). Die Berufungsantwort erfolgte mit Eingabe vom 18. April 2013 und damit rechtzeitig. Darin beantragte der Berufungsbeklagte was folgt (act. 8 S. 2):

"1. Die Berufung der Klägerin sei vollumfänglich abzuweisen und zwar sowohl betreffend Anträge zur Hauptsache wie auch in Bezug auf den prozessualen Antrag.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Die Berufungsantwort wurde der Berufungsklägerin am 23. April 2013 zugestellt (act. 10 und 11). Mit Eingabe vom 30. April 2013 nahm die Berufungsklägerin Stellung zur Berufungsantwort (act. 12). Diese Stellungnahme wurde dem Berufungsbeklagten zugestellt (act. 14 und 15). Der Berufungsbeklagte reichte mit Schreiben vom 2. Mai 2013 die Kopie einer Eingabe an das Bezirksgericht Dietikon inkl. Beilagen ein (act. 16-18).

7. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-72). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Leis-

tung eines Prozesskostenvorschusses. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor.

Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Im Rechtsmittelverfahren ist die Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 16'200.– strittig, weshalb der Streitwert Fr. 16'200.– beträgt (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Die Berufung, die schriftlich und begründet eingereicht wurde, ist somit zulässig (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 ZPO). Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB gelten die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und Art. 273 ZPO (Art. 271 lit. a ZPO).

Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht im eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich dabei um die eingeschränkte ("soziale") Untersuchungsmaxime (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lazic, Art. 272 N 12). Im Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime (im Gegensatz zu Verfahren mit unbeschränkter Untersuchungsmaxime) sind im Berufungsverfahren Noven nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vgl. OGer ZH, NG120001 vom 16. August 2012, ZR 110/2011 Nr. 96 und ZR 111/2012 Nr. 35).

Es geht im summarischen Verfahren sodann darum, in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Glaubhaftmachung bedeutet, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptung überzeugt sein muss, sondern dass es genügt, wenn

auf Grund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fragliche Tatsache spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (FamPra 2010 S. 705 ff. = BGer 5A\_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3).

### III.

1. Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung geht der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht nach. Die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses gründet in der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB. Vorausgesetzt ist, dass der Ansprecher für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen ist und der angesprochene Ehegatte zudem zur Leistung in der Lage ist. Die Beistandsbedürftigkeit als Voraussetzung für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den anderen Ehegatten ist gegeben, wenn der Gesuchsteller ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts innert Frist nicht über die Mittel rechtlich und tatsächlich verfügen kann, welche zur Prozessführung erforderlich sind. Ein Ehegatte bedarf hingegen keines Vorschusses, solange er den Prozess aus eigenen Mitteln finanzieren kann, ohne bedürftig zu werden. Dies gilt selbst dann, wenn der andere Teil zu dessen Leistung in der Lage ist. Nötigenfalls ist die Substanz eigenen Vermögens anzugreifen (vgl. Philipp Maier, Prozessuale Fragestellungen im Familienrecht anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, S. 577 f.; BGE 119 Ia 11, E. 3a, S. 12; BGE 103 Ia 99 E. 4, S. 100; ZR 85 [1986] Nr. 32; ZR 90 [1991] Nr. 82).

Für die Beurteilung der Bedürftigkeit resp. Mittellosigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches zu betrachten. Die jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind dem Aufwand für den notwendigen Lebensaufwand gegenüberzustellen. Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern den individuellen

Umständen Rechnung getragen werden. Ein allfälliger Überschuss ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei einfachen Prozessen innert eines Jahres, bei aufwendigen Prozessen innert zwei Jahren zu tilgen (vgl. zum Ganzen BGer 9C\_432/2010 vom 8. Juli 2010; BGer 5P.218/2001 vom 3. September 2001).

2. Die Vorinstanz kam in ihren Erwägungen zum Vermögen der Berufungsklägerin zum Schluss, deren verfügbares Vermögen betrage Fr. 33'675.45 (bestehend aus Aktien im Steuerwert von Fr. 16'112.–, enthalten im Depotteil lautend auf die Berufungsklägerin, und Guthaben auf dem Girokonto bei der E. \_\_\_\_\_ von Fr. 17'563.46). Sie anerkannte diesen Betrag als Notgroschen für die Finanzierung des Lebensunterhalts der Berufungsklägerin und deren Kinder in den Folgemonaten und liess offen, ob die Berufungsklägerin Zugriff auf weitere Teile des Wertschriftendepots bei der E. \_\_\_\_\_ (vormals E1. \_\_\_\_\_) habe (act. 4 S. 6).

Bezüglich des Einkommens der Berufungsklägerin hielt die Vorinstanz fest, diese verfüge seit dem 1. Juli 2012 über kein Erwerbseinkommen mehr. Der gerichtliche Entscheid betreffend die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen sei noch ausstehend, es sei aber nachgewiesen, dass der Berufungsbeklagte monatlich wiederkehrende Rechnungen der Berufungsklägerin und der Kinder bezahlt habe. Allein im Januar 2013 hätten die Zahlungen Fr. 37'817.– betragen (act. 4 S. 6 f.). Gemäss Lohnausweis 2012 seien der Berufungsklägerin bis Ende Juni 2012 sodann Fr. 115'649.– netto ausbezahlt worden, was einem monatlichen Nettolohn von Fr. 19'274.– entspreche (act. 4 S. 8).

Weiter führte die Vorinstanz aus, im Rahmen des Antrags auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses habe die Berufungsklägerin keine konkreten Ausführungen zu ihrem notwendigen Lebensunterhalt gemacht. Sie habe einzig festgehalten, aufgrund des Effektivitätsprinzips würden mangels effektiven Einkommens und Vermögens bereits die betriebsrechtlichen Grundbeträge der Berufungsklägerin und der zwei Kinder sowie weitere Bedarfspositionen wie Wohnkosten, KVG-Prämien etc. ihr Minus vergrössern. Im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Unterhaltsbeiträgen habe die Berufungsklägerin hinge-

gen einen Betrag von Fr. 278'403.– pro Jahr für die Lebenshaltungskosten für sich und die Kinder geltend gemacht. Wenn man davon die Beträge abziehe, welche anerkanntermassen vom Berufungsbeklagten bezahlt werden, ergebe das Lebenshaltungskosten von Fr. 117'523.– pro Jahr bzw. Fr. 9'793.55 pro Monat. Da die Berufungsklägerin im ersten halben Jahr des Jahres 2012 monatlich Fr. 19'274.– netto verdient habe, sei ersichtlich, dass die Berufungsklägerin seit Prozessbeginn im Oktober 2011 selbst bei einem Lebensbedarf von Fr. 9'793.55 neben dem Gerichtskostenvorschuss von Fr. 12'000.– auch ihre Anwaltskosten von Fr. 16'200.– zu bezahlen bzw. Rückstellungen dafür zu bilden in der Lage gewesen sei (act. 4 S. 8 f.).

Die Vorinstanz hielt dafür, der von der Berufungsklägerin sinngemäss zum Ausdruck gebrachten Haltung, wonach sie ab Prozesseinleitung und seit der Kündigung ihrer Arbeitsstelle bzw. Abwahl aus dem Verwaltungsrat Anspruch darauf gehabt habe, noch acht Monate lang ihren bisherigen, hohen Standard weiterzuführen, ohne dabei verpflichtet gewesen zu sein, neben den laufenden Kosten ihren eigenen Anwalt zu bezahlen, sei nicht beizupflichten. Grundsätzlich sei zwar bei der Beurteilung der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von den effektiven wirtschaftlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung auszugehen. Dies könne jedoch nicht für den Fall gelten, wo die Prozessbedürftigkeit mutwillig herbeigeführt werde (act. 4 S. 9 f.). Als am 19. Oktober 2011 die Scheidungsklage eingereicht worden sei, sei der Berufungsklägerin bereits klar gewesen, dass sich ihre Einkommenssituation in rund acht Monaten massiv verändern werde, da ihr Arbeitsverhältnis am Tag zuvor per Ende Juni 2012 aufgelöst worden sei. Sie habe sodann in Erwägung ziehen müssen, dass ihr durch das Verfahren und ihre Rechtsvertretung Kosten in nicht unerheblichem Ausmass anfallen könnten. Zwar bestehe vor Einleitung eines Verfahrens keine Pflicht zum Ansparen der erforderlichen Mittel für den Prozess, dies könne jedoch nicht für eine bei weitem noch nicht bedürftige Person im laufenden Prozess gelten, insbesondere wenn der Verlust des Einkommens in nächster Zukunft voraussehbar sei. Ein Ehegatte könnte so die eigenen Anwaltskosten regelmässig durch vollständigen Verbrauch seiner liquiden Mittel auf den anderen Ehegatten überwälzen. Unter diesen Umständen misslinge die Berufung auf das Effektivitätsprin-

zip. Es sei als erstellt zu erachten, dass die Berufungsklägerin ihr Einkommen und liquides Vermögen bis Ende Juni 2012 bis auf den Notgroschen ausgegeben habe. 20 Tage danach habe sie geltend gemacht, sie sei mittellos und habe den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gestellt. Der Anspruch der Berufungsklägerin, den hohen Lebensstandard trotz ihres in absehbarer Zeit wegfallenden, erheblichen Einkommens ohne Bedenken und ohne Abstriche auf Kosten des Berufungsbeklagten oder alternativ auf Kosten des Staates weiterführen zu wollen, habe zu ihrer heutigen, nicht nur selbstverschuldeten, sondern geradezu mutwillig herbeigeführten Mittellosigkeit geführt. Eine Berufung darauf sei als rechtsmissbräuchlich zu erachten und der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen (act. 2 S. 9 ff.).

3. Die Berufungsklägerin rügt, es sei entgegen der Vorinstanz bestritten gewesen, dass im Depot Guthaben der Berufungsklägerin enthalten seien, auf die sie greifen könne. Sie habe immer betont, ihr effektives Einkommen und Vermögen betrage seit 1. Juli 2012 Null. Es sei aber vor allem unbestritten, dass die Berufungsklägerin wegen der Massnahmen des Berufungsbeklagten nicht auf das Wertschriftendepot habe greifen können oder gar könne (act. 2 S. 4 f.).

Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, es beruhe nicht nur auf offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhalts, sondern auch auf unrichtiger Rechtsanwendung, wenn die Vorinstanz dafür halte, es sei nicht von den effektiven wirtschaftlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung auszugehen, da die Mittellosigkeit mutwillig herbeigeführt worden sei, und sich auf Mittellosigkeit zu berufen sei deshalb rechtsmissbräuchlich. Es treffe nicht zu, dass über "die gesamte erweiterte Lebenshaltung der Klägerin und der beiden Kinder" hinaus ein Betrag übrig geblieben sei, um neben der Zahlung der Gerichtskosten auch noch für Anwaltskosten Rückstellungen zu bilden. Der Entscheid beruhe auf unzutreffenden Sachverhaltsannahmen (act. 2 S. 6 f.). Selbst wenn man noch auf den vorinstanzlich abgenommenen Sachverhalt abstellen wolle, sei die angefochtene Verfügung in unrichtiger Rechtsanwendung ergangen. Die finanziellen Ansprüche der Berufungsklägerin und der Kinder würden sich während der Dauer des Scheidungsverfahrens nach den Kriterien von Art. 176 Abs. 3 sowie Art. 176

Abs. 1 Ziff. 1 ZGB richten, also nach dem zuletzt gemeinsam gelebten ehelichen Standard. Dieser sei während den 13 Jahren der Ehe unbestritten hoch gewesen. Der Berufungsklägerin hätten jährlich mindestens rund Fr. 361'000.– zur Verfügung gestanden (act. 2 S. 8). Sie habe bereits durch die monatlichen Ratenzahlungen für den vom Gericht für sich geforderten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.– Abstriche von der während des Zusammenlebens praktizierten Lebenshaltung machen müssen. Der Berufungsbeklagte erfahre hingegen keine Schmälerung des eigenen gebührenden Unterhalts. Er könne neben den separaten Zahlungen denn auch für seine Anwaltskosten aufkommen, ohne das eheliche Vermögen anzuhren zu müssen. Daneben bleibe schon für sich betrachtet kein Raum, der Berufungsklägerin den Anspruch auf die bisherige Lebenshaltung abzusprechen und sie gleich ab Einreichung der Scheidungsklage zu Einschränkungen zu verpflichten, nur weil ihr der Berufungsbeklagte aus seiner Machtposition heraus die dazu nötigen und nach wie vor vorhandenen Mittel zu entziehen drohe (act. 2 S. 9 f.).

Darüber hinaus sei über den nach der Rechtsprechung grundsätzlich bestehenden Anspruch der Berufungsklägerin auf die bisherige Lebenshaltung bis heute nicht gerichtlich entschieden worden und hätte die Berufungsklägerin diese bei Wiedererreichung des bisherigen Einkommens an einer neuen Arbeitsstelle zusammen mit den unveränderten Direktzahlungen des Berufungsbeklagten unbestritten finanzieren können. Es sei hier nicht über den Unterhaltsanspruch der Berufungsklägerin und der Kinder zu entscheiden. Der Anspruch auf Beibehaltung des ehelichen Standards tatsächlich in Anspruch zu nehmen, sei keine mutwillig herbeigeführte Mittellosigkeit. Anders zu entscheiden hiesse, den Machtmissbrauch und Mittelentzug des Berufungsbeklagten im Nachhinein zu schützen und von ihm eigenmächtig gesetzte Tatsachen nachträglich als für die Berufungsklägerin unumstösslich hinnehmbar und rechtlich verbindlich gutzuheissen. Als Folge der vorenthaltenen oder gar eigenmächtig entzogenen Mittel werde ihr prozessarm geworden sogar verwehrt, über ihre Ansprüche zu prozessieren (act. 2 S. 10).

Ob die Berufungsklägerin hätte Rückstellungen bilden müssen, sei eine Rechtsfrage und von Amtes wegen zu prüfen. Zum einen wäre dazu keine Bestreitung der beklaglichen Behauptung über die Rechtslage gefordert, wie die Vorinstanz behaupte, und müsste diese Bestreitung umso weniger in der Replik wiederholt werden. Die Berufungsklägerin habe indes in beiden Vorträgen klar dargestellt, dass das Effektivitätsprinzip verbiete, auf irgendwelches früheres Vermögen, nicht gebildetes Vermögen oder hypothetisches Einkommen abzustellen; einbezogen werden dürften nur Einkommen und Vermögen, welche effektiv vorhanden und verfügbar seien. Es sei hier nicht über Unterhaltsbeiträge der Berufungsklägerin und der Kinder zu entscheiden, sondern über das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses. Diesem Gesuch könne die Berufung auf das Effektivitätsprinzip nicht versagt werden. Die Berufungsklägerin berufe sich auf ihren Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Lebenshaltung während des Scheidungsverfahrens. Im welchem Umfang dieser Anspruch gutgeheissen und sich in entsprechend hohen Unterhaltsbeiträgen niederschlagen werde, sei offen und hier nicht festzulegen. Diesen Anspruch geltend zu machen, sei jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich, selbst wenn er dereinst nicht in vollem Umfang gutgeheissen würde. Der anderslautende Entscheid der Vorinstanz verletze die bereits genannten Bestimmungen über den Unterhaltsanspruch und darüber hinaus Art. 2 ZGB (act. 2 S. 10 f.).

4. In seiner Berufungsantwort führte der Berufungsbeklagte zusammengefasst aus, die Berufungsklägerin habe entlassen werden müssen, weil ihr Verhalten im Betrieb für Mitarbeitende und insbesondere wichtige Kunden nicht mehr tragbar gewesen sei. Er sei nicht dafür verantwortlich, dass sie über keinerlei Erwerbs- oder Ersatzeinkommen verfüge (act. 8 S. 3).

Die Berufungsklägerin übersehe, dass der Berufungsbeklagte und sie keine Hausfrauenehe mit traditioneller Rollenverteilung geführt hätten. Beide Parteien seien stets voll erwerbstätig gewesen und der Berufungsbeklagte habe der Berufungsklägerin wegfallendes Einkommen nicht zu ersetzen. Die Berufungsklägerin habe mit ihren Einkünften Misswirtschaft betrieben und ihre Ersparnisse verschleudert. Mit dem Vermögen, das sie Anfang 2012 noch besessen habe, hätte

sie die von ihr geltend gemachten Anwaltskosten begleichen oder mit ihren Einkünften Rückstellungen dafür bilden können (act. 8 S. 3 f.). Der Berufungsbeklagte habe weiterhin die Ausgaben für die Hypothekarzinsen, die Kinderfrau, die Schulkosten des Sohnes C.\_\_\_\_\_ und dessen Taschengeld übernommen. Zudem habe er sich nach Ablauf der Kündigungsfrist der Berufungsklägerin gezwungen gesehen, von der Berufungsklägerin immer wieder verursachte Minussaldi in erheblichem Umfang abzudecken. Im Januar 2013 habe er für die Berufungsklägerin und die Kinder total Zahlungen von Fr. 42'817.– geleistet. Für den Monat März 2013 habe der Berufungsbeklagte neben den bereits erwähnten Ausgaben der Berufungsklägerin zweimal Fr. 5'000.– sowie einmal Fr. 600.– als weitere Entschädigung für die Kinderfrau überwiesen. Am 5. April 2013 habe er ihr weitere Fr. 5'000.– auf ihr Konto bezahlt, nebst Rechnungen in der Höhe von Fr. 2'893.– (für Kieferorthopäde des Sohnes C.\_\_\_\_\_ sowie Ausgaben für einen Kindergeburtstag), die er für die Berufungsklägerin direkt beglichen habe. Rechnungen für drei Golfclubs habe er jedoch nicht berücksichtigt (act. 8 S. 5). Es sei für den Berufungsbeklagten unerfindlich, weshalb die Berufungsklägerin aus den ihr überwiesenen Beiträgen des Berufungsbeklagten nicht auch ihre aktuellen Anwaltskosten bezahlen könne. Ihm seien solche Zahlungen nur möglich, weil er dafür sein Kontokorrent bei der F.\_\_\_\_\_ AG, welches von Monat zu Monat mehr ins Minus gerate, belaste. Das Vermögen des Berufungsbeklagten sei sodann grösstenteils nicht liquid und das E.\_\_\_\_\_ -Depot sei ausser dem Girokonto der Berufungsklägerin dem Eigengut des Berufungsbeklagten zuzurechnen (act. 8 S. 6).

Weiter führte der Berufungsbeklagte aus, die Berufungsklägerin habe ihre angebliche Prozessbedürftigkeit mutwillig herbeigeführt (act. 8 S. 7). Sie könne nicht von der während des Zusammenlebens praktizierten Lebenshaltung ausgehen. Die Parteien hätten sich einen hohen Lebensstandard nur leisten können, weil sie beide voll erwerbstätig gewesen seien. Wenn diese Einkünfte wegfallen, müsse sich die Berufungsklägerin natürlicherweise einschränken. Sie führe hingegen weiterhin einen ausschweifenden Lebenswandel. Es sei unerfindlich, weshalb die Berufungsklägerin mit den ihr zur Verfügung stehenden Geldbeträgen ihre laufenden Anwaltskosten nicht bezahlen könne (act. 8 S. 8 ff.). Der Berufungs-

beklagte habe die erheblichen Zahlungen an seine Familie nur erbringen können, weil er dafür sein Kontokorrent belastet habe (act. 8 S. 10).

Die Berufungsklägerin sei nicht mittellos. Sie habe alleine für den Monat März Beträge zur persönlichen Verfügung in der Höhe von zweimal Fr. 5'000.– erhalten. Am 5. April 2013 habe ihr der Berufungsbeklagte weitere Fr. 5'000.– auf ihr Konto bezahlt. Zudem habe er für sie und die Kinder auch noch Direktzahlungen in der Höhe von Fr. 2'893.– getätigt. Die Berufungsklägerin könne nicht behaupten, der Berufungsbeklagte halte sie und die Kinder knapp, lasse sie betteln oder gar verhungern (act. 8 S. 11). Alleine mit den Fr. 15'000.–, welche der Berufungsklägerin im Zeitraum 27. Februar bis 5. April 2013 vom Berufungsbeklagten überwiesen worden seien, könne die Berufungsklägerin den von ihr verlangten Prozesskostenvorschuss für Anwaltskosten im Berufungsverfahren von Fr. 3'780.– problemlos bezahlen. Es bestehe kein Anlass, den Berufungsbeklagten zu verpflichten, diese Kosten zu übernehmen, insbesondere als die Berufung aussichtslos sei (act. 8 S. 11).

5. Die Berufungsklägerin wiederholte in ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort, dass vorliegend nicht über die für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu zahlenden Unterhaltsbeiträge zu Gunsten der Berufungsklägerin und der Kinder zu befinden sei. Sodann würden vom Berufungsbeklagten auch keine solche gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge bezahlt werden. Vielmehr leiste er nur solche Zahlungen und in derjenigen Höhe, die *er* für richtig halte. Zahlungen des Beklagten im Jahre 2013 seien irrelevant für das mehrere Monate zuvor am 20. Juli 2012 gestellte Gesuch. Mit der von *ihm* bestimmten Höhe seiner Zahlungen wolle der Berufungsbeklagte den ehelichen Standard der Berufungsklägerin und der Kinder festlegen und sich damit von seiner Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren befreien. Das stehe ihm nicht zu. Wieweit die Berufungsklägerin von der während des Zusammenlebens praktizierten Lebenshaltung ausgehen dürfe, werde ebenfalls von der Erstinstanz im ausstehenden Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen noch festgelegt werden (act. 12 S. 2 f.).

Weiter führte die Berufungsklägerin aus, der Berufungsbeklagte gebe immerhin zum ehelichen Standard die Kosten für Privatschule, Kinderfrau, Hypotheken und Direktzahlungen als "die üblichen Ausgaben" an. Mit einem angeblichen "weiteren Betrag zur freien Verfügung", welcher im Übrigen nicht "regelmässig" überwiesen worden sei, habe die Berufungsklägerin nicht nur die Grundbedürfnisse für sich und die zwei Kinder zu decken, sondern auch alle Rechnungen, die der Berufungsbeklagte nicht (mehr) zu bezahlen bereit sei. Dazu würden auch die Steuern, Krankenkassenprämien, Selbstbehalte, Versicherungen, Auto, Telefon, Strom, Wasser etc. gehören. Selbst ein regelmässiger Betrag von Fr. 5'000.– pro Monat seit anfangs 2013 würde dazu nicht ausreichen. Der Berufungsbeklagte zwinge die Berufungsklägerin dazu, ihn immer wieder anbetteln zu müssen. Es seien auch beständig grössere Positionen wie Arzt- und Zahnartzkosten der Kinder betroffen, ebenso Kosten des ehelichen Einfamilienhauses, welche sich der Berufungsbeklagte abgesehen von den Hypothekarzinsen zu zahlen weigere. Etwa solche bestimmt notwendige Kosten wie diejenigen für die Heizöl-Lieferung, gesetzlich geforderte Feuerungskontrollen, Reparaturen und Unterhalt oder die Kosten der Schwimmbad- und Gartenpflege, welche er unvermittelt als "unnötig" abtun wolle. Alle diese Kosten blieben an der Berufungsklägerin hängen. Die einzigen Zahlungen des Berufungsbeklagten *direkt* an die Berufungsklägerin würden deshalb nicht ausreichen, auch nur die Grundbedürfnisse für drei Personen und noch alle diese Rechnungen zu finanzieren. Umso weniger könne die Berufungsklägerin aus den unregelmässigen Direktzahlungen zusätzlich die Anwaltskosten für das Berufungsverfahren tragen (act. 12 S. 3 ff.). Aus Zahlungen an Dritte stehe der Berufungsklägerin sodann kein einziger Franken zur Verfügung, um ihre Anwaltskosten zu decken (act. 12 S. 5).

Die Berufungsklägerin führte weiter aus, es sei dem Berufungsbeklagten eherechtlich verwehrt, die Mittellosigkeit der Berufungsklägerin als deren selbst zu verantwortendes und zu tragendes Problem hinzustellen. Die eheliche Beistandspflicht gelte nicht nur im Modell der Hausfrauen-Ehe (act. 12 S. 6).

Alleine das Wertschriftendepot mit dem Wert von mindestens Fr. 400'000.– reiche dem Berufungsbeklagten bei weitem aus, um die beantragten Prozesskos-

tenvorschüsse zu bezahlen. Deshalb gehe die Behauptung des Berufungsbeklagten an der Sache vorbei, er müsse "bei seinem Betrieb" Schulden machen, um für die Anwaltskosten der Berufungsklägerin aufzukommen. Die Behauptung des Berufungsbeklagten, er müsse Schulden machen, werde bestritten (act. 12 S. 6 f.).

6. Die Berufungsklägerin rügt insbesondere die Auffassung der Vorinstanz, wonach ihr Anspruch, den hohen Lebensstandard weiterzuführen, zu ihrer heutigen, nicht nur selbstverschuldeten, sondern geradezu mutwillig herbeigeführten Mittellosigkeit geführt habe und eine Berufung darauf als rechtsmissbräuchlich zu erachten sei.

Wie der Anspruch gegenüber dem Staat auf unentgeltliche Rechtspflege beruht auch derjenige gegenüber dem Ehegatten auf einen Prozesskostenvorschuss unter anderem auf der tatsächlichen Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten (BGer 5A\_447/2012 vom 27. August 2012 E. 1.4). Aus dem verfassungsrechtlichen Begriff der Mittellosigkeit folgt, dass auf die aktuelle ökonomische Situation des Gesuchstellers zum Zeitpunkt der Einreichung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege bzw. auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abgestellt wird und nur Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden dürfen, die tatsächlich vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar sind. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes sind das Selbstverschulden des Gesuchstellers an seiner Mittellosigkeit und sein Verzicht auf die Erzielung von Einkommen oder Vermögen sowie die Möglichkeit/Zumutbarkeit, ein höheres Einkommen zu erzielen, als der Gesuchsteller tatsächlich realisiert, unerheblich. Unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist daher jede Auf- und Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen unzulässig (Alfred Bühler in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2013, Band I, Art. 117 N 8 f.). Rechtsmissbrauch liegt nur vor, wenn ein Gesuchsteller gerade mit der - als innere Tatsache nur mittelbar (durch Indizien) nachweisbaren - Absicht auf Einkommen verzichtet oder Vermögen entäussert hat, um in einem zu führenden oder bereits rechtshängigen Prozess in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen. Umgekehrt besteht aber auch keine Pflicht zum Ansparen der erforderliche Mittel und zwar auch dann nicht, wenn die

Prozessführung für einen Kläger nicht dringlich ist und damit ohne Rechtsnachteile noch zugewartet werden könnte (Alfred Bühler, a.a.O, Vorbemerkungen zu Art. 117-123 N 66, mit Beispielen aus der Rechtsprechung; vgl. auch BGer 5P.218/2001 vom 3. September 2001 E. 2b).

Es ist bereits fraglich, ob die Berufungsklägerin ihre Mittellosigkeit selbstverschuldet herbeigeführt hat. So war es der Berufungsbeklagte, der veranlasst hatte, dass der Arbeitsvertrag der Berufungsklägerin mit der F. \_\_\_\_\_ Holding AG gekündigt und ihr das Verwaltungsratsmandat entzogen wurde (act. 5/1 S. 4, act. 5/6/4, act. 5/10/2, act. 5/52/1, act. 5/52/2, Prot. I S. 20), weshalb sie seit 1. Juli 2012 über kein Einkommen mehr verfügt. Ausserdem hat sie vor Vorinstanz ihre Bemühungen, eine Arbeitsstelle zu finden, glaubhaft gemacht (Prot. I S. 13; act. 5/38/10, act. 5/50 S. 14, act. 5/52/18). Das fehlende Einkommen kann ihr folglich nicht angelastet werden. Selbst wenn dem so wäre und ihr Verhalten im Betrieb der F. \_\_\_\_\_ Holding AG der (einzige) Grund für die Kündigung gewesen wäre (vgl. act. 8 S. 3), gilt der Grundsatz, wonach das Selbstverschulden an der Mittellosigkeit unerheblich ist.

Was die Weiterführung des hohen Lebensstandards betrifft, so ist es zwar richtig, dass die Berufungsklägerin das Einkommen, welches sie bis Ende Juni 2012 noch erhielt, sowie das ihr zur Verfügung stehende Vermögen (bis auf den Notgroschen) verbrauchte, ohne Rückstellungen für die Anwaltskosten zu bilden. Insofern hat sie ihre Mittellosigkeit mitverschuldet. Aber dass sie diese mutwillig herbeigeführt hat, ist - entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Berufungsbeklagten - nicht zutreffend. Unter dem Titel "Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen" regeln die Art. 163 ff. ZGB den Unterhalt der Familie. Auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts in einem Scheidungsverfahren behält der Unterhaltsanspruch seine Grundlage in diesen Gesetzesbestimmungen. Für entsprechende Massnahmen des Scheidungsrechts gelten daher im Grundsatz dieselben Regeln wie im Verfahren vor dem Eheschutzrichter (Philipp Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1225; ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 11; BGE 130 III 537 E. 3.2). Die Einleitung des Scheidungsverfahrens ändert folglich nichts daran, dass die Ehe noch be-

steht und damit der Unterhaltsanspruch seine Grundlage weiterhin in Art. 163 und 164 ZGB findet (Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage 2010, S. 215, Rz 04.107). Da die eheliche Solidarität fortbesteht (BGer 5A\_124/2008 vom 14. April 2008), hat ein Ehegatte auch dann Anspruch darauf, den bisherigen Lebensstandard so gut als möglich beibehalten zu können, wenn seine Einkommensschwäche nicht als ehebedingt, sondern als schicksalhaft erscheint, weil er etwa krank oder arbeitslos geworden ist (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 176 N 25). Vorliegend besteht die Ehe zwischen den Parteien nach wie vor. Unterhaltsbeiträge wurden noch keine festgelegt. Unter diesen Umständen durfte sich die Berufungsklägerin auf den Anspruch berufen, den bisherigen Lebensstandard fortzuführen, zumal sie mit der ehelichen Beistands- und Unterstützungspflicht des (vermögenden) Berufungsbeklagten rechnen durfte. Auch ihre Arbeitslosigkeit führte nicht zu einem Verlust des Anspruchs, den bisherigen Lebensstandard beizubehalten. Es war sodann nicht ausgeschlossen, dass sie wieder eine neue Arbeitsstelle finden würde. Das Verhalten der Berufungsklägerin lässt nicht den Eindruck aufkommen, sie hätte mit Absicht auf Einkommen verzichtet oder das Einkommen, welches sie bis Ende Juni 2012 noch erhielt, in der Absicht verbraucht, um in den Genuss eines Prozesskostenvorschusses oder der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen. Ausserdem findet nur der *offenbare* Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es erweist sich deshalb nicht als rechtsmissbräuchlich, dass sich die Berufungsklägerin auf den Anspruch berufen hat, den bisherigen Lebensstandard weiterzuführen.

Mangels Rechtsmissbrauchs und da ein Selbstverschulden der Mittellosigkeit unerheblich ist, ist jede Auf- und Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen unzulässig. Folglich geht es nicht an, davon auszugehen, die Berufungsklägerin hätte Rückstellungen für die Anwaltskosten bilden können. Denn mit dieser Annahme wird an sich ein hypothetisches Vermögen angerechnet. Vielmehr kommt vorliegend der Effektivitätsgrundsatz zu tragen, weshalb nur Einkünfte und Vermögen berücksichtigt werden dürfen, die zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (20. Juli 2012) tatsächlich vorhanden und verfügbar waren (vgl. BGer 5A.231/2009 vom 18. September 2009 E. 2.2.2 und 2.2.3).

Unbestrittenermassen verfügt die Berufungsklägerin über kein Einkommen, und Unterhaltsbeiträge wurden noch nicht festgesetzt. Die vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Zahlungen von Januar 2013 bis April 2013 waren zum Zeitpunkt des Gesuchs nicht bekannt und sind für die Beurteilung des am 20. Juli 2012 gestellten Gesuchs um einen Prozesskostenvorschusses irrelevant. Gemäss glaubhaften Ausführungen der Berufungsklägerin kann sie sich mangels Gerichtsentscheid über die Unterhaltsbeiträge ohnehin nicht auf die (unregelmässigen) Zahlungen des Berufungsbeklagten verlassen (act. 2 S. 3, act. 3/2, act. 3/3, act. 13/3, act. 13/5, act. 13/6) und reichen diese nicht zur Deckung der Lebenshaltungskosten der Berufungsklägerin und der Kinder aus (act. 2 S. 3 f., act. 3/6, act. 12 S. 4 f.). Auch die Vorinstanz kam in einer (hypothetischen) Überschlagsrechnung zum Schluss, dass die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Lebenshaltungskosten nach Abzug der Zahlungen des Berufungsbeklagten für Schule, Kinderfrau und Hypothekarzinsen monatlich ca. Fr. 9'793.55 betragen (vgl. act. 4 S. 9). Deshalb bleibt auch bei Zahlungen des Berufungsbeklagten von Fr. 5'000.– bis Fr. 10'000.– pro Monat "zur freien Verfügung" an die Berufungsklägerin nichts übrig. Die meisten Rechnungen, die der Berufungsbeklagte begleicht, betreffen ausserdem die Kinder (Schulkosten des Sohnes C.\_\_\_\_\_, Fremdbetreuung der Kinder, Kieferorthopäde des Sohnes C.\_\_\_\_\_, Kindergeburtstag, Tennisschule der Kinder, Handballcamp des Sohnes C.\_\_\_\_\_; vgl. act. 9/1, act. 9/5 Beilage 3, act. 9/6 Beilage 1, act. 18/1, act. 18/2-4). Selbst die Rechnungen für die Golfclubs, die der Berufungsbeklagte nicht bezahlte, wurden insbesondere durch die Mitgliedschaft bzw. das Juniorenttraining der Kinder verursacht (act. 9/3-4).

Was das Vermögen der Berufungsklägerin betrifft, so prüfte die Vorinstanz die ihr bekannten Vermögenswerte und stellte ein verfügbares Vermögen von Fr. 33'675.45 fest. Diesen Betrag anerkannte die Vorinstanz als Notgroschen. Ob die Berufungsklägerin Zugriff auf weitere Teile des Wertschriftendepots bei der E.\_\_\_\_ (vormals E1.\_\_\_\_) hat, wurde von der Vorinstanz offen gelassen (vgl. act. 4 S. 5 f.). Da der Berufungsbeklagte geltend gemacht hatte, es bestehe kein Grund, wieso er der Berufungsklägerin aus dem Depot einen Prozesskostenvorschuss bezahlen sollte (act. 5/37 S. 14, act. 5/53 S. 7), ist davon auszugehen,

dass er allein über die weiteren Teile des Depots verfügt. Ob es sich dabei um Eigengut des Berufungsbeklagten handelt, wird erst in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu entscheiden sein und ist bei der Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit gemäss BGer 8C\_665/2011 vom 26. Januar 2012 E. 8.3.3 ohnehin irrelevant. Im Übrigen handelt es sich bei dieser Behauptung um ein Novum, das schon vor erster Instanz hätte vorgebracht werden können und damit nicht zu berücksichtigen ist (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch als die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten direkt um einen Prozesskostenvorschuss gebeten hatte, verwies er sie nicht etwa auf den ihr möglichen Zugriff auf weitere Vermögenswerte, sondern machte geltend, sie könne den (von der Vorinstanz verlangten) Kostenvorschuss von ihrem Konto bezahlen, müsse den Gürtel enger schnallen und könne notfalls von ihm einen Lohnvorschuss beantragen (act. 5/10/4). Dies lässt die Schilderung der Berufungsklägerin, wonach ihr der Zugriff auf weitere Werte des ehelichen Vermögens derzeit nicht möglich sei, glaubhaft erscheinen.

Bezüglich seiner Leistungsfähigkeit macht der Berufungsbeklagte geltend, die Zahlungen an die Berufungsklägerin nur vornehmen zu können, weil er dafür sein Kontokorrent belaste (act. 8 S. 6 und S. 10). Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso er den Prozesskostenvorschuss der Berufungsklägerin nicht mit Hilfe des Wertschriftendepots sollte bezahlen können, welches gemäss seinen am 23. November 2012 gemachten Angaben einen Wert von Fr. 423'320.– aufwies (act. 5/53 S. 7, act. 54/1). Er führte sogar aus, um für seine Anwaltskosten aufzukommen, müsse er das eheliche Vermögen nicht anzehren, obwohl er die bereits dargelegten Zahlungen an die Berufungsklägerin leiste und geleistet habe (act. 5/37 S. 16 und S. 23). Dies spricht ebenfalls dafür, dass er zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Lage ist. Die beantragte Höhe des Prozesskostenvorschusses hat der Berufungsbeklagte nicht substantiiert in Frage gestellt. Sie erscheint im Übrigen angesichts des sehr aufwändigen Verfahrens und der äusserst komplexen finanziellen Verhältnisse der Parteien als angemessen.

Zusammenfassend ist der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss

von Fr. 16'200.– (inkl. MWST) zu bezahlen. Ein Entscheid über das Eventualbegehren der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erübrigt sich somit.

#### IV.

1. Es rechtfertigt sich vorliegend, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Der Grundsatz der Kostenlosigkeit nach Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011), nicht bei den vorliegend beurteilten vorsorglichen Massnahmen gestützt auf die eheliche Beistandspflicht. Ausgangsgemäss wird der Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 16'200.– sowie nach § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Sie ist auf Fr. 1'300.– festzusetzen. Für die Bemessung der Parteientschädigung sind § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgeblich. Eine Parteientschädigung von Fr. 2'220.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer erscheint angemessen. Der Berufungskläger hat die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren demnach mit Fr. 2'397.60 zu entschädigen.

2. Die Berufungsklägerin beantragt nebst den Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Berufungsbeklagten die Verpflichtung des Berufungsbeklagten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 3'780.– (inkl. MWST) zu bezahlen (act. 2 S. 2).

Die Berufungsklägerin ist mittel- und ihr Rechtsmittelbegehren nicht aussichtslos. Der Berufungsbeklagte ist sodann leistungsfähig (vgl. Ziff. III.6 vorstehend). Damit wären die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses grundsätzlich gegeben und ein Entscheid über das Eventualbegehren der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren erübrigt sich. Der Entscheid über den für das Berufungsverfahren beantragten Prozesskostenvorschuss von Fr. 3'780.– (inkl. MWST) fällt aber mit dem Endentscheid im vorliegenden Rechtsmittelverfahren zusammen, weshalb kein eigentlicher Prozesskostenvorschuss mehr zugesprochen werden kann. Die angesprochene Partei kann jedoch gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der ansprechenden Person die Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung - im Sinne eines Prozesskostenbeitrags - zu ersetzen. Allerdings kann sich die unbemittelte Partei nicht doppelt entschädigen lassen. Erhält sie dem Verfahrensausgang entsprechend eine Prozessentschädigung, hat sie gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB lediglich noch Anspruch auf den Restbetrag zur Deckung der angefallenen Prozesskosten benötigten Mittel (ZR 85 [1986] Nr. 32; Philipp Maier, a.a.O., S. 578).

Vorliegend sind die Gerichtskosten von Fr. 1'300.– dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und ist dieser zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'397.60 zu bezahlen. Damit hat der Berufungsbeklagte Prozesskosten im Umfang von Fr. 3'697.60 zu tragen, was beinahe dem von der Berufungsklägerin beantragten Prozesskostenvorschuss entspricht. Mangels Auflegung der Gerichtskosten an die Berufungsklägerin und in Folge Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung an dieselbe, sind die der Berufungsklägerin entstandenen Aufwendungen des Verfahrens als gedeckt zu erachten. Der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren ist in diesem Umfang gegenstandslos. Im Mehrbetrag ist der Antrag abzuweisen. Ein Prozesskostenbeitrag, welcher über die zuzusprechende Parteientschädigung hinausgeht, rechtfertigt sich beim vorliegenden Streitwert nicht.

**Es wird erkannt:**

1. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren wird gutgeheissen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 16'200.– zu bezahlen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungsbeklagten auferlegt.
4. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'397.60 (Fr. 2'220.– zuzüglich Fr. 177.60 Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 3'780.– für das Berufungsverfahren wird abgewiesen, soweit er nicht gegenstandslos geworden ist.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage von Kopien von act. 16-18, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, in einem Massnahmeverfahren im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 16'200.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Oswald

versandt am: