

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170042-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege / Prozesskostenvorschuss)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. September 2017; Proz. FE150197

Erwägungen:

I.

(Übersicht Sachverhalt / Prozessgeschichte)

1. Die Parteien haben am tt. November 2005 geheiratet. Ihrer Ehe entspross die am tt.mm.2007 geborene Tochter, C._____ (act. 12/2). Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ist zudem Vater von zwei ausserehelichen Söhnen (D._____, geb. tt.mm.2005, und E._____, geb. tt.mm.2008; vgl. act. 12/17/1 und act. 6 S. 3). Nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz führt der Kläger als selbständiger Architekt eine Einmann-AG, an der nur er beteiligt ist (vgl. act. 11 E. II.4.3.1. S. 14, s. auch act. 6 S. 5). Die Beklagte geht keiner beruflichen Tätigkeit nach (vgl. act. 12/55 S. 3).
2. Am 2. Dezember 2015 reichte der Kläger eine Scheidungsklage beim Bezirksgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz) ein (act. 12/1). Nachdem die Vorinstanz dem Kläger eine 20-tägige Frist angesetzt hatte, um für die (mutmasslichen) Gerichtskosten einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu bezahlen (vgl. act. 12/5), stellte er mit Eingabe vom 15. Januar 2016 ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 12/7 und act. 12/9/1-12). Mit Zuschrift vom 21. April 2016 ersuchte die Beklagte um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 10'000.– sowie eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 12/16). Mit Eingabe vom 7. Februar 2017 erweiterte die Beklagte ihr Gesuch und beantragte, es sei der Kläger zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 40'000.– für die im Scheidungs- und Kündigungsschutzverfahren (MB160003-G und PD160009-O) sowie im Verfahren betreffend Feststellung/Grundbuchberichtigung (CG160040-G) anfallenden Kosten zu bezahlen (vgl. act. 12/42). Diesen Betrag erhöhte sie mit Eingabe vom 26. Juni 2017 auf Fr. 50'000.– (vgl. act. 12/55 S. 9).
3. Mit Verfügung vom 14. September 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm

Frist an, um den Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu leisten. Zudem verpflichtete sie den Kläger, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 45'000.– zu bezahlen, wobei je Fr. 15'000.– auf das Scheidungsverfahren, das Verfahren CG160040-G sowie MB160003-G anzurechnen seien. Im Mehrbetrag wies sie den Antrag auf Prozesskostenvorschuss ab (vgl. act. 7/1 = act. 11 = act. 12/60, nachfolgend zitiert als act. 11). Gegen den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss (Dispositivziffer 3) erhob der Kläger rechtzeitig Berufung (vgl. act. 6, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 12/61/2 und act. 4). Er stellt folgende Anträge:

- " 1. Es sei Ziff. 3 des Dispositives des angefochtenen Entscheides ersatzlos aufzuheben.
- 2. Es sei die Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses für das Verfahren vor Vorinstanz gemäss Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids neu bis zum 1. Dezember 2017 anzusetzen.
- 3. Es sei im Berufungsverfahren von der Erhebung eines Vorschusses abzusehen.
- 4. Es sei die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anfechtung zu hemmen.
- 5. unter K.u.E.f. zulasten der Berufungsbeklagten."

Die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ficht der Kläger explizit nicht an (vgl. act. 6 S. 8). Er beanstandet auch die vorinstanzlichen Erwägungen nicht, wonach die Beklagte beistandsbedürftig ist (vgl. act. 6 Rz 16 S. 9).

4. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2017 wurde der Berufung aufschiebende Wirkung gewährt und der Beklagten Frist zur Stellungnahme sowie Berufungsantwort angesetzt (vgl. act. 9). Die Beklagte reichte daraufhin ihre Berufungsantwort vom 13. Oktober 2017 fristgerecht ein (vgl. act. 13, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 10/2). Sie stellt folgende Anträge:

- " Es seien die Berufungsanträge Ziff. 1 und 5. abzuweisen;
eventualiter sei der Berufungsbeklagten mit Wirkung ab April 2016 die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen;

subeventualiter sei das Verfahren zur Beurteilung des Armenrechtsgesuchs der Berufungsbeklagten an die Vorinstanz zurückzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 12/1-64). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

(Rechtliche Vorbemerkungen)

1. Der Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme (vgl. etwa OGer ZH PC160020 vom 9. November 2016, E. 2.1 m.w.H.). Nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO kann dagegen Berufung erhoben werden, sofern der erforderliche Streitwert erreicht ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend handelt es sich in der Hauptsache um eine Scheidung. Es ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Folglich ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben (vgl. dazu OGer ZH LY170014 vom 17. Oktober 2017 E. II.1. und OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. II.1.).
2. Die Berufung ist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).
3. Die Berufung wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Berufungsinstanz eingereicht. Der Kläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

III.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1.

1.1. Anlass des Berufungsverfahrens bildet einzig die Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Beklagte. Ein Ehegatte hat im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, sofern er auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zur Bezahlung eines Vorschusses in der Lage ist. Die Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses setzt damit einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus und andererseits muss der angesprochene Ehegatte in der Lage sein, nebst seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen des Ehegatten zu übernehmen (vgl. z.B. BGer 5A_455/2010 E. 2.2., BGer 5P.441/2005 E.1.2., ZK ZGB-BRÄHM/HASENBÖHLER, 3. A., Art. 159 N 135). Der Überschuss muss so gross sein, dass es möglich ist, die gesamten mutmasslichen Prozesskosten für ein weniger aufwändiges Verfahren innert einem Jahr bzw. für ein komplexeres Verfahren innert zwei Jahren ratenweise zu bezahlen (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1.).

1.2. Das Institut des Prozesskostenvorschusses ist eng mit dem prozessualen Armenrecht verknüpft. Soweit eine Prozesskostenvorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. statt vieler BGE 142 III 36 E. 2.3 m.H.). Während der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verfahrensrechtlicher Natur ist und sich in erster Linie gegen den Staat richtet, ist der auf eherechtliche Pflichten (je nach dogmatischer Begründung Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB) gründende Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen den anderen Ehegatten gerichtet. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt ein entsprechendes Gesuch voraus, es gilt die Dispositionsmaxime. Das Verfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ist ein summarisches und es gelangt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO; vgl. OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. III.4.1. f.

m.H.). Letztere umfasst vor allem eine gesteigerte gerichtliche Fragepflicht; die Parteien werden vom Gericht bei der Sammlung des Prozessstoffs durch geeignete Fragen unterstützt. Sinn und Zweck des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ist die Unterstützung der schwächeren Partei. Sie greift nur zum Ausgleich eines Machtgefälles oder eines ungleichen Know-hows. Wie unter der im ordentlichen Verfahren geltenden Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Prozessstoff selbst beschaffen, und die Parteien sind weder von ihrer Behauptungs- noch Beweislast befreit. Sind die Parteien durch einen Anwalt vertreten, so kann und muss sich das Gericht wie in einem ordentlichen Verfahren zurückhalten (vgl. OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. III.4.1., siehe zum Ganzen auch BGE 141 III 569 E. 2.3. m.H. = Pra 105 (2016) Nr. 99).

1.3. Im vorliegenden summarischen Verfahren gilt eine Glaubhaftmachungslast. Mit der Glaubhaftmachungslast geht die Behauptungslast einher. Ein Teilgehalt der Behauptungslast ist die Substanziierungslast, welche insbesondere besagt, wie genau eine Tatsache zu behaupten ist, für die eine Partei die Behauptungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast trägt (vgl. etwa BSK ZGB I-LARDELLI, 5. A., Art. 8 N 20 f., N 33, siehe auch OGer ZH LP100072 vom 8. Oktober 2012 E. IV.2.). Bezüglich des Anspruchs auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages liegt die Glaubhaftmachungslast beim gesuchstellenden Ehegatten und damit bei der Beklagten. Die Beklagte hat mit anderen Worten nicht nur ihre eigene Bedürftigkeit zu behaupten und zu belegen, sondern muss sich auch mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des Klägers befassen, mithin seine Leistungsfähigkeit behaupten sowie glaubhaft machen.

2.

2.1. Obwohl sich der Kläger in der Berufung einzig gegen den ihm auferlegten Prozesskostenvorschuss von Fr. 45'000.– wendet, sind der besseren Verständlichkeit halber auch die vorinstanzlichen Überlegungen, die zur Abweisung seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege geführt haben, verkürzt wiederzugeben. Die Vorinstanz ging beim Kläger von einem monatlichen zivilprozessualen Notbedarf von Fr. 13'160.– aus (vgl. act. 11 E. II.4.2.12. S. 13). Was seine Einkommenssituation anbelangt, so erachtete die Vorinstanz sein für das Jahr 2016

geltend gemachtes Nettoeinkommen von Fr. 6'293.50 pro Monat sowie sein Vorbringen, sein Unternehmen generiere seit 2016 kein Einkommen mehr, als wenig glaubhaft (vgl. act. 11 E. II. 4.3.2.1. S. 14 f.). Der Kläger habe sodann – so die Vorinstanz weiter – nicht plausibel dargelegt, dass er den Betrag von Fr. 334'000.–, den er aus der Gesellschaft "gezogen" habe, zur Finanzierung des Lebensunterhaltes aufgebraucht habe (vgl. act. 11 E. II. 4.3.2.1. S. 15+18). Aufgrund der relativ komplexen Verhältnisse wären detaillierte Erläuterungen sowie lückenlose Belege nötig gewesen, um sich ein klares und vollständiges Bild von der wirtschaftlichen Situation des Klägers machen zu können. Die Bilanz und Erfolgsrechnung 2016, einzelne dazugehörige Kontoblätter sowie ein unvollständiger Auszug des F._____ Privatkontos würden hierfür nicht genügen (vgl. act. 11 E. II.4.3.2.2. S. 16). In der Folge setzte sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid mit weiteren klägerischen Unterlagen auseinander. Sie tat dies, um – so die Vorinstanz – zu veranschaulichen, dass die Ausführungen des Klägers und seine Belege zu keinem klaren und nachvollziehbaren finanziellen Bild beitragen, sondern nur Unklarheiten schaffen würden (vgl. act. 11 E. II.S. 17 f.). Abschliessend kam die Vorinstanz zum Ergebnis, dem Kläger sei es nicht gelungen, seine Mittellosigkeit glaubhaft darzulegen (vgl. act. 11 E. II.4.3.2.3. S. 18+20).

2.2. In Bezug auf die Beklagte gelangte die Vorinstanz zur Auffassung, dass sie beistandsbedürftig sei und Anspruch auf Bevorschussung der ihr für die eingangs erwähnten Prozesse entstehenden Kosten habe (vgl. act. 11 E. III.5.8. und 5.9. S. 26). Den Kläger erachtete die Vorinstanz als leistungsfähig. Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen auf ihre Erwägungen zum klägerischen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, wonach die Mittellosigkeit des Klägers nicht habe ermittelt werden können, weil er seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen sei. Es – so die Vorinstanz – habe einzig festgestellt werden können, dass die finanzielle Gesamtsituation des Klägers komplex sei. Da diese von einer aussenstehenden Person nicht substantiiert dargelegt werden könne, dürfe der Beklagten nicht angelastet werden, dass sie zur Begründung der klägerischen Leistungsfähigkeit keine weiteren Unterlagen eingereicht habe. Da die Mittellosigkeit des Klägers nicht habe erstellt werden können, sei davon auszugehen, dass

er in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 45'000.– zu leisten (vgl. act. 11 E. III.7 S. 27 f.).

3.

3.1. Der Kläger kritisiert, die Vorinstanz dürfe seine Leistungsfähigkeit nicht deshalb bejahen, weil es ihm nicht gelungen sei, seine Mittellosigkeit glaubhaft darzutun. Vielmehr müsse die Beklagte behaupten und nachweisen, dass er über liquide Mittel verfüge, um den Vorschuss leisten zu können (act. 6 Rz 15+17 S. 9 f.). Die Beklagte, die als Buchhalterin seine finanzielle Situation kenne, hätte nachweisen können, dass er nebst dem auf dem F.____-Konto liegenden Saldo von Fr. 2'352.83 noch über weitere liquide Mittel verfüge (vgl. act. 6 Rz 18 S. 10).

3.2. Die Beklagte, die von der Leistungsfähigkeit des Klägers ausgeht, bringt in ihrer Berufungsantwort im Wesentlichen vor, es sei nach wie vor unklar, was mit den Fr. 334'000.– geschehen sei. Bei der Frage der Prozessfinanzierung sei überdies zu beachten, dass der Kläger bei seiner millionenschweren Mutter Gelder erhältlich machen könne und dass die Mutter zur Rückübertragung der ehelichen Wohnung verpflichtet sei (vgl. act. 13 S. 4-7 und S. 9).

4.

4.1. Die Vorinstanz leitete aus dem fehlenden Nachweis der Mittellosigkeit des Klägers dessen Leistungsfähigkeit ab. Dies geht nicht an. Dem Kläger kann bei der Prüfung, ob er zur Leistung eines an die Beklagte zu bezahlenden Prozesskostenvorschusses in der Lage ist, nicht angelastet werden, dass es ihm – im Rahmen seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege – nicht gelungen ist, seine Mittellosigkeit glaubhaft darzutun. Wie bereits gesagt, hat die Beklagte die Leistungsfähigkeit des Klägers zu behaupten und glaubhaft zu machen (vgl. E. III.1. oben). Die Vorinstanz hat sich mit den entsprechenden Vorbringen der Beklagten nicht auseinandergesetzt. Anstatt die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, rechtfertigt es sich, dass die Kammer dies nachfolgend selbst tut.

4.2. Die Klägerin fasste sich in Bezug auf die Begründung ihres Antrags um Leistung eines Prozesskostenbeitrags relativ kurz. Sie begründete die Leistungsfähig-

keit des Klägers im Wesentlichen mit einer Erbanwartschaft des Klägers (vgl. act. 12/16 S. 4), mit einer Forderung, die der Kläger gegenüber seinem Unternehmen haben soll (vgl. act. 12/16 S. 5), mit dem Besitz eines Schiffes (vgl. act. 12/16 S. 5) und mit einem ihm zustehenden Anspruch auf Rückübertragung der (ehemaligen) Familienwohnung bzw. einem Rückkaufsrecht (vgl. act. 12/42 S. 5 f.). Weitere Behauptungen, wonach der Kläger über (liquides) Vermögen verfügt, stellte die Beklagte keine auf.

Wie bei der im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilenden Prozessbedürftigkeit darf auch bei der Prüfung der Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an Einkommen und Vermögen nur berücksichtigt werden, was im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Prozesses oder im Zeitpunkt des Gesuchs effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar ist. Die Anrechnung von Anwartschaften, von hypothetischen und nicht erhältlich zu machenden oder zweifelhaft realisierbaren Werten oder von in Zukunft fällig werdenden Einkünften und Vermögenswerten ist unzulässig (vgl. BGE 118 Ia 369 E. 4b m.w.H., KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. A., Art. 117 N 16, BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 8, ZK ZPO-EMMEL, 3. A., Art. 117 N 5). Die Auf- oder Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen ist unter dem Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch unzulässig (vgl. ZK ZPO-EMMEL, 3. A., Art. 117 N 4, HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 117 N 24 m.H., BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 9). Demnach hat für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Klägers die ihm nach dem Tod seiner Mutter anfallende Erbschaft ausser Acht zu bleiben. Daran ändert – entgegen der Beklagten (vgl. act. 12/16 S. 4) – auch nichts, dass der Kläger im Jahr 2002 und damit vor der Eheschliessung mit der Beklagten erbvertraglich auf seinen Pflichtteil verzichtet hat. Ein Fall von Rechtsmissbrauch, der die Anrechnung seines hypothetischen Erbanteils zulassen würde, liegt nicht vor.

Weiter machte die Beklagte geltend, der Kläger habe die damals im Eigentum der Parteien stehende Liegenschaft seinem Vater veräussert, der sich wiederum zum Rückverkauf an den Kläger verpflichtet habe. Diese Verpflichtung sei aufgrund der Universalsukzession auf die Mutter des Klägers übergegangen (vgl.

act. 12/42 S. 4 f.). Damit beruft sich die Beklagte wohl auf ein Rückkaufsrecht. Ein Rückkaufsrecht ist ein Kaufsrecht in Bezug auf ein Objekt, das der Rückkaufsberechtigte zu einem früheren Zeitpunkt an den Verkaufsverpflichteten veräussert hat (vgl. OR BK-FASEL, 6. A., Art. 216 N 9). Verträge, die ein Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (vgl. Art. 216 Abs. 2 OR). Ob ein solches Rückkaufsrecht formgültig vereinbart wurde, lässt sich den Ausführungen der Beklagten nicht entnehmen. Selbst wenn ein Rückkaufsrecht formgültig vereinbart worden wäre, so wäre der Kläger lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Liegenschaft zurückzukaufen. Von daher kann nicht von einem dem Kläger gehörenden oder von einem verfügbaren sowie kurzfristig realisierbaren Vermögenswert gesprochen werden. Daran ändert auch nichts, wenn – wie von der Beklagten geltend gemacht wird (vgl. act. 12/42 S. 6) – es sich beim Verkauf der Liegenschaft an den Vater um ein simuliertes Geschäft handelt. Denn Vermögen, das zunächst auf dem Prozessweg eingefordert werden muss, darf nicht berücksichtigt werden.

Ferner brachte die Beklagte vor, dem Kläger stünden gegenüber seinem Unternehmen substantielle Guthaben zu, wobei der vom Kläger behauptete Rangrücktritt nichts daran ändere, und sie bestreite, dass diese Forderung nicht einbringlich sei (vgl. act. 12/16 S. 5). Der Kläger führte dazu aus, er habe von seinem Vater ein Darlehen erhalten, welches er – der Kläger – seinem Unternehmen ebenfalls als Darlehen gewährt habe. Um die Hinterlegung der Bilanz zu vermeiden, habe er den Rangrücktritt erklärt (vgl. act. 12/24 S. 3 Rz 5, siehe auch act. 12/7 S. 2 f.). Daraufhin führte die Beklagte lediglich pauschal aus, die behauptete Schuld gegenüber dem Vater sei undurchsichtig (vgl. act. 12/16 S. 4). Zur Forderungshöhe und zeitlichen Realisierbarkeit der Forderung äusserte sich die Beklagte nicht. Da bereits die unsubstanzierten Vorbringen der Beklagten eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Klägers nicht zulassen, kann offenbleiben, ob der Kläger von seinem Vater ein Darlehen erhalten hat und ob er einen Rangrücktritt erklärt hat.

Der unsubstanzierte Tatsachenvortrag der Beklagten zum Boot ist ebenfalls nicht geeignet, um eine Leistungsfähigkeit des Klägers zu begründen, äussert sie

sich doch weder zum Modell noch zum Wert des Bootes noch bestreitet sie die Ausführungen des Klägers, wonach es sich lediglich um ein 15-jähriges Schlauchboot handle (vgl. act. 12/24 S. 3 Rz 6).

Nicht anders verhält es sich mit ihren berufsweisen Ausführungen, wonach weder den Vorbringen des Klägers noch den Akten entnommen werden könne, was der Kläger mit den Fr. 334'000.– gemacht habe (vgl. act. 13 S. 4 f. und S. 9). Mit dem Bezug bzw. Verbrauch dieses Betrages setzte sich die Vorinstanz bei der Prüfung der Mittellosigkeit des Klägers auseinander (vgl. act. 11 E. 4.3.2.1. S. 15 f., siehe auch E. III.2.1. oben). Sie gelangte dabei – wie schon erwähnt – zum Ergebnis, dem Kläger sei es – auch mit diesem Vorbringen – nicht gelungen, seine Mittellosigkeit glaubhaft darzulegen. Wie oben ausgeführt, darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, der Kläger sei leistungsfähig. Substanziierte Tatsachenbehauptungen oder Anhaltspunkte, die ein rechtmisbräuchliches Verhalten des Klägers begründen vermöchten, liefert die Beklagte keine. Eine Auf- oder Anrechnung dieses Betrages steht daher ausser Frage. Sodann erweist sich die im Berufungsverfahren "rein vorsorglich" beantragte Edition sämtlicher Konti des Klägers sowie dessen Unternehmen als unzureichend substantiiert. Weiterungen erübrigen sich damit.

4.3. Insgesamt hat die Beklagte nicht dargetan, dass und inwiefern der Kläger ihr einen Prozesskostenvorschuss in der beantragten Höhe bezahlen könnte. Ihre Vorbringen sind nicht geeignet, einen bestimmten Anspruch auf Bevorschussung ihrer Prozesskosten durch den Kläger zu begründen. Die Leistungsfähigkeit des Klägers ist damit zu verneinen. Dass die Mutter des Klägers – wie die Beklagte betont (vgl. act. 12/16 S. 4, act. 12/42 S. 4, act. 13 S. 5) – vermögend ist, vermag daran nichts zu ändern. Denn gegenüber der Verwandtenunterstützung gemäss Art. 328 ZGB besteht keine Subsidiarität, und zwar weder in Bezug auf die unentgeltliche Rechtspflege noch bei einer Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (vgl. KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. A., Art. 117 N 20, BK ZPO-BÜHLER, Vorbemerkungen zu Art.117-123 N 42, ZK ZPO-EMMEL, 3. A., Art. 117 N 5). Indem die Vorinstanz unbesehen um die ungenügenden Vorbringen der Beklagten annahm, der Kläger könne der Beklagten die zur Prozessfinanzie-

rung benötigten Mittel in Höhe von Fr. 45'000.– zur Verfügung stellen, hat sie die Vorschriften über die Einbringung des Prozessstoffes keine Beachtung geschenkt. Nach dem Dargelegten ist die Berufung gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und das Gesuch der Beklagten um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger ist abzuweisen. Damit kann offenbleiben, ob die Vorinstanz für die Beurteilung der Vorschusspflicht des Klägers in den Verfahren CG160040-G, MB160003-G und PD160009-O überhaupt zuständig ist bzw. war.

Nach der Vorinstanz würden der Beklagten die zur Finanzierung des Scheidungsverfahrens erforderlichen Mittel fehlen und seien ihre Begehren – da es sich um ein erstinstanzliches familienrechtliches Verfahren handle – nicht als aussichtslos anzusehen (vgl. act. 11 E. 4 und E. 5 S. 23-26). Der Beklagten ist daher für das vorinstanzliche Scheidungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihr – da auch der Kläger anwaltlich vertreten ist (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) – Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO.

5.

Infolge der auch in Bezug auf den Kostenvorschuss gewährten aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 9) konnte die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses nicht säumniswirksam ablaufen. Dem Kläger ist daher die erstmalige Frist zur Leistung des Kostenvorschusses neu anzusetzen. Die Modalitäten der Vorschussleistung richten sich nach den übrigen Bestimmungen der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. September 2017. Im Falle des unbenützten Ablaufs der neu angesetzten ersten Frist hätte die Vorinstanz die Nachfrist im Sinne des Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzen (vgl. OGer ZH PS170071 vom 23. März 2017 m.w.H.).

IV.

(Unentgeltliche Rechtspflege / Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1.

1.1. Die Beklagte ersucht im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inkl. Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (vgl. act. 13 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes erfordert zusätzlich, dass dies zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

1.2. Wird wie hier auf die bei der Vorinstanz dargelegten finanziellen Verhältnisse verwiesen (vgl. act. 13 S. 12), müssen die Akten einigermaßen aktuell sein, damit sie als Beleg ausreichen, und sie sollten in der Regel – wie hier – genau bezeichnet werden (vgl. KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. A., Art. 119 N 8). Gestützt auf die dargelegten finanziellen Verhältnisse der Beklagten erachtete die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Mittellosigkeit als gegeben (vgl. act. 11 S. 25 f.). Bei einer so kurz zurückliegenden Überprüfung der finanziellen Verhältnisse ist noch von einem genügenden Nachweis auszugehen. Die Mittellosigkeit der Beklagten ist somit zu bejahen. Die Rechtsposition der Beklagten im Rechtsmittelverfahren kann nicht als aussichtslos bezeichnet werden, da sie vor Vorinstanz geschützt wurde und der angefochtene Entscheid nicht an einem offensichtlichen, krassen Verfahrensfehler leidet (vgl. BGE 139 III 475 E. 2.3.). Die Beklagte ist sodann zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen, zumal auch der Kläger rechtskundig vertreten ist. Der Beklagten ist folglich für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es ist ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Beklagte ist indes auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

2.

2.1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

2.2. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die unterliegende Partei nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Beklagte ist folglich antragsgemäss zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. act. 6 S. 2). Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 9 der AnwGebV auf Fr. 1'750.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt und ist demnach auch nicht zu gewähren (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. September 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Das Gesuch der Beklagten um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger wird abgewiesen.

Der Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen."

2. Dem Kläger wird eine Frist von 20 Tagen ab Zustellung dieses Urteils angesetzt, um für die mutmasslichen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens bei der Kasse des Bezirksgerichts Meilen (Postkonto-Nr. 80-7340-5) einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu bezahlen.

Die Zahlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Post zur Einzahlung zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'750.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage von act. 13, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten und unter

Beilage einer Kopie der Bescheinigung des Klägers betreffend Empfang dieses Entscheids – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: