

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY240039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Kappeler

Beschluss und Urteil vom 16. April 2025

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. September 2024; Proz. FE230812

Rechtsbegehren:

(act. 5/10; act. 5/52 S. 1)

- "1. Die Klägerin habe dem Beklagten einen einstweiligen Prozesskostenvorschuss von CHF 10'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihm Rechtsanwältin Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen."

Verfügung des Einzelgerichts:

(act. 5/61 = act. 4/2 = act. 8)

1. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 10'000.– zu bezahlen.
2. Der Antrag der Beiständin betreffend Anordnung einer KET-Beratung im MMI oder eines Elternkurses "Kinder im Blick" bei der Beratungsstelle Pinocchio wird zurzeit abgewiesen.
3. Der Antrag um Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung bei der Klägerin wird zurzeit abgewiesen.
4. und 5. [schriftliche Mitteilung, Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

"Es sei Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. September 2024 aufzuheben und der Antrag des Berufungsbeklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

des Berufungsbeklagten (act. 18 S. 2):

- "1. Das Rechtsbegehren der Klägerin und Berufungsklägerin, wonach Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. September 2024 aufzuheben und der Antrag des Berufungsbeklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen sei, sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Sollte das Gericht die Berufungsklage gutheissen, sei eventualiter das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege an die Vorinstanz zur Gutheissung zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien befinden sich in einem von der Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 beim Einzelgericht (3. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB (act. 5/1). Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor Vorinstanz voraus (vgl. act. 5/12/1 bis act. 5/12/37). Mit Eingabe vom 8. Januar 2024 beantragte der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter) vorsorglich die Leistung eines einstweiligen Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 10'000.– durch die Berufungsklägerin sowie eventualiter die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Einsetzung von Rechtsanwältin MLaw Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 5/10). Anlässlich der Verhandlung vom 19. Juni 2024 ergänzte der Berufungsbeklagte sein Gesuch (act. 5/52; Prot. VI, S. 6).

2. Mit Verfügung vom 9. September 2024 verpflichtete die Vorinstanz die Berufungsklägerin in Dispositiv-Ziffer 1, dem Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 10'000.– zu bezahlen (act. 5/61 = act. 4/2 = act. 8). Mit Eingabe vom 30. September 2024 erhob die Berufungsklägerin gegen Dispositiv-Ziffer 1 rechtzeitig (vgl. act. 5/63/2) Berufung und stellte die vorstehend genannten Anträge (act. 2 S. 2).

3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-67). Der Antrag auf aufschiebende Wirkung der Berufung wurde mit Verfügung vom 9. Oktober 2024 abgewiesen (act. 10). Der ebenfalls mit Verfügung vom 9. Oktober 2024 einverlangte Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist ein (act. 10;

act. 11; act. 12; act. 15). Mit Eingabe vom 28. November 2024 reichte der Berufungsbeklagte eine Berufungsantwort mit eingangs erwähnten Begehren ein. Zudem verlangt er in prozessualer Hinsicht für das Berufungsverfahren von der Berufungsklägerin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 3'000.–, eventualiter die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 18). Mit Kurzbrief vom 10. Dezember 2024 wurde ein Doppel der Berufungsantwort der Berufungsklägerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 20). Eine Eingabe erfolgte nicht. Die Sache ist spruchreif.

II.

1.

1.1. Der Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme, die nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO berufungsfähig ist, sofern bei einer vermögensrechtlichen Angelegenheit der Streitwert von Fr. 10'000.– erreicht ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend ist ein Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 10'000.– im Streit und damit das Streitwerterfordernis erreicht. Entsprechend ist die Rechtsmitteleingabe der Berufungsklägerin als Berufung entgegenzunehmen.

1.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Dies gilt auch im Bereich der hier massgeblichen eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 144 III 349 E. 4.2.1. m.w.H.).

2. Der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten setzt wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege voraus, dass die gesuchstellende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Der Ehegatte muss überdies zur Bezahlung des Prozesskostenvorschusses in der Lage sein (statt vieler: BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Im Einzelnen kann

zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 4/2 E. Ziff. II. B. 1. und 2.).

3.

3.1. Hinsichtlich des Einkommens des Berufungsbeklagten sind die Einkünfte aus Trinkgeld strittig. Die Vorinstanz führte diesbezüglich im Wesentlichen aus, während die Berufungsklägerin geltend mache, der Berufungsbeklagte erhalte noch einmal die gleiche Summe als Trinkgeld, mache der Berufungsbeklagte geltend, dass das Trinkgeld zwischen allen Mitarbeitern geteilt werde und er monatlich ca. Fr. 300.– bis Fr. 400.– an Trinkgeldern erhalte. Diese Methode der Trinkgeldabrechnung zwischen den Mitarbeitenden sei in der Schweiz üblich, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsbeklagten glaubhaft seien. Die Behauptung der Berufungsklägerin zur Höhe des Trinkgelds bleibe vollends unsubstantiiert (act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.3.1).

3.2. Die Berufungsklägerin entgegnet zusammengefasst, der Berufungsbeklagte habe seine Bestreitungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen in erster Linie mit Urkunden zu belegen. In Bezug auf sein Erwerbseinkommen habe es der Berufungsbeklagte nicht nur unterlassen, den Einkommensteil aus Trinkgeld zu belegen. Vielmehr habe er sein Einkommen aus Trinkgeldern zunächst gar mehrfach verschwiegen und hernach mit nachgeschobenen Anpassungen imponiert. Bereits aufgrund dieses Verhaltens könne von einem Glaubhaftmachen nicht die Rede sein. Der Berufungsbeklagte sei seiner umfassenden Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen. Ihr seien substantiierte Angaben zur Höhe der erhaltenen Trinkgelder des Berufungsbeklagten nicht möglich gewesen. Träfe es tatsächlich zu, was der Berufungsbeklagte nachgeschoben habe, wonach das Trinkgeld an das "Kassenbüro" gehen und danach an alle Mitarbeiter verteilt würde, so lägen dem Berufungsbeklagten mit Sicherheit Abrechnungen ebendieses "Kassenbüros" vor. Der Berufungsbeklagte führe eine desolante finanzielle Situation vor. Ad diere man zu den seitens des Berufungsbeklagten als geleistet behaupteten Bedarfspositionen in der Höhe von Fr. 4'608.– die geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'356.– pro Monat, gelange man zu einem Total von Fr. 5'964.– pro Monat. Bringe man davon das Erwerbseinkommen des Berufungsbeklagten aus

Lohnzahlungen der Arbeitgeberin in der Höhe von Fr. 4'690.– in Abzug, gelange man zum mindestens durchschnittlich empfangenen Trinkgeld von Fr. 1'274.– pro Monat. Andernfalls könnte der Berufungsbeklagte die seinerseits behaupteten Bedarfszahlungen gar nicht leisten (act. 2 Rz. 7 ff.).

3.3. Im summarischen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung. Glaubhaftmachen erfordert eine geringere Wahrscheinlichkeit als die volle Überzeugung. Es genügt bereits eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer behaupteten Tatsache (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2019, § 18 N 39). Um eine Tatsache glaubhaft zu machen, braucht es gewisse objektive Anhaltspunkte; blosser Behauptungen genügen nicht.

3.4. Der Berufungsbeklagte weist zu Recht darauf hin, dass er sein Einkommen durch Urkunden belegt hat (act. 18 Rz. 9; vgl. act. 5/42/4-5). Sodann hat die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten aufgrund seiner Ausführungen anlässlich der Befragung vom 19. Juni 2024 ein Trinkgeld in der Höhe von monatlich Fr. 400.– angerechnet (Prot. VI, S. 14). Die Erwägung der Vorinstanz, dass die diesbezüglichen Ausführungen glaubhaft seien, ist nicht zu beanstanden. Es geht nicht an, wie der Berufungsbeklagte zu Recht ausführt (act. 18 Rz. 12), allein aufgrund des ausgewiesenen Einkommens und des ihm zugestandenen Bedarfs auf ein höheres Trinkgeld zu schliessen. Bei gewissen Positionen, wie beispielsweise beim Grundbetrag, berücksichtigt die Bedarfsberechnung nicht die tatsächlichen Ausgaben, sondern Pauschalbeträge. Bei besonders sparsamem Umgang kann das für Pauschalpositionen angerechnete Geld für andere Ausgaben verwendet werden. Ebenfalls ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die gleichmässige Verteilung des Trinkgelds an alle Mitarbeiter in der Schweiz eine übliche Methode ist. An der Glaubhaftmachung durch den Berufungsbeklagten ändert auch nichts, dass er erst auf Nachfrage hin das Trinkgeld erwähnt hat. Das von der Vorinstanz berücksichtigte Nettoeinkommen von Fr. 5'100.– inkl. Trinkgeld ist damit nicht zu beanstanden.

4.

4.1. Weiter ist der Bedarf des Berufungsbeklagten strittig. Die Vorinstanz berücksichtigte diesbezüglich einen Grundbetrag von Fr. 1'200.–, welchen sie um pauschal 20% auf Fr. 1'450.– erhöhte, Wohnkosten von Fr. 1'188.–, Krankenkassenprämien von Fr. 384.–, Arbeitswegkosten von Fr. 85.– sowie Kosten für die Kommunikation von Fr. 150.– (inkl. Serafe). Hinzu kämen die regelmässig bezahlten Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'356.– für den Sohn C._____. Offen liess die Vorinstanz, ob dem Berufungsbeklagten noch zusätzliche Kosten für die Verpflegung und die Hausratsversicherung angerechnet werden könnten, da dem Berufungsbeklagten auch ohne Berücksichtigung der nachweislich bezahlten Abzahlungsraten für seine Schulden in Polen und Grossbritannien lediglich ein Betrag von Fr. 500.– pro Monat verbleibe (act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.3.2.).

4.2. Die Berufungsklägerin rügt, die Bedarfsberechnung des Berufungsbeklagten durch die Vorinstanz sei nur teilweise zutreffend. Eine Anrechnung weiterer Positionen, insbesondere der plötzlich aus dem Hut gezauberten Schuldenzahlungen, sei mangels Nachweises ohnehin ausgeschlossen. Komme dazu, dass weder der Staat noch indirekt die Berufungsklägerin mit einem Prozesskostenvorschuss die angebliche Schuldentilgung des Berufungsbeklagten zu finanzieren habe. Hingegen mache der Berufungsbeklagte, anwaltlich vertreten, seinerseits einen Grundbetrag von Fr. 1'200.– geltend. Daran sei das Gericht gebunden. Sodann habe es der Berufungsbeklagte unterlassen, die anlässlich der Hauptverhandlung über vorsorgliche Massnahmen behaupteten Prämien der Krankenversicherung in der Höhe von Fr. 384.– zu belegen (act. 2 Rz. 18 ff.).

4.3. Bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege bzw. des der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehenden Prozesskostenvorschusses gilt die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime. Die Voraussetzung der Mittellosigkeit wird bejaht, wenn eine Partei die erforderlichen Prozesskosten nur mithilfe von Mitteln bezahlen kann, derer sie zur Deckung des notwendigen Bedarfs für sich und ihre Familie bedarf, wobei nicht nur die Einkommenssituation, sondern auch die Vermögensverhältnisse beachtlich sind (BGE 124 I 1 E. 2.a). Dabei liegt der zivilprozessuale Notbedarf über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum

und soll im Gegensatz zu diesem ein zwar bescheidenes, aber weitgehend normales Leben garantieren. Bei der Berechnung des zivilprozessualen Notbedarfs wird deshalb regelmässig ein Zuschlag von 25% auf dem Grundbetrag gewährt. Werden im Bedarf jedoch bereits Ausgaben des erweiterten Bedarfs berücksichtigt (etwa Kosten der Zusatzversicherung zur Krankenkasse und weitere Gesundheitskosten), ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich eine zusätzliche pauschale Erhöhung des Grundbetrages rechtfertigt (vgl. dazu etwa OGer ZH PC240031 vom 11. Februar 2025, E. 5.8.; OGer ZH PC220017 vom 10. Oktober 2022, E. 4.1.). Zu den im Rahmen des betriebsrechtlichen Existenzminimums zu berücksichtigenden Kosten wie etwa die Prämie für die obligatorische Krankenversicherung, sind im zivilprozessualen Notbedarf sodann insbesondere die Ausgaben für Versicherungen (sofern tatsächlich anfallend), Radio/TV (Serafe-Gebühr) und Kommunikation, regelmässig anfallende und effektiv bezahlte Schuldzinsen einer fälligen, anrechenbaren Schuld sowie regelmässig gezahlte, rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge hinzuzurechnen (MAIER, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra 2019, S. 818 ff., S. 827).

4.4. Der Berufungsbeklagte machte im vorinstanzlichen Verfahren für die Tilgung von Schulden beim Kanton Zürich Fr. 300.– und für weitere Schulden Fr. 550.– geltend (act. 5/52 Rz. 3). Die Vorinstanz hat bei der Berechnung des Bedarfs des Berufungsbeklagten die Schulden bzw. Schuldzinsen zwar nicht explizit berücksichtigt, sie scheint jedoch davon ausgegangen zu sein, dass der Berufungsbeklagte die geltend gemachten Abzahlungsraten mit dem Freibetrag von Fr. 500.– pro Monat begleichen könne (vgl. act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.3.2). Da ein monatlicher Freibetrag von Fr. 500.– indessen dem Berufungsbeklagten ermöglichte, die Prozesskosten innert angemessener Frist selbständig zu finanzieren (vgl. dazu nachfolgend E. Ziff. II. 4.9.), ist nachfolgend darauf näher einzugehen: Im zivilprozessualen Notbedarf sind Schuldverpflichtungen gegenüber Dritten dann anzurechnen, wenn sie einerseits zum Lebensunterhalt gehören bzw. zu diesem beitragen, und andererseits die regelmässige Bezahlung der Schulden in Vergangenheit sowie in Zukunft nachgewiesen ist (OGer ZH PC220017 vom 10. Oktober 2022, E. II./4.1. m.w.H.). Der Berufungsbeklagte führte im vorinstanzlichen Verfahren sinngemäss aus, er habe unter anderem Kredite aufnehmen müs-

sen, um seinen Bedarf sowie die Unterhaltsbeiträge für den gemeinsamen Sohn zu decken (act. 5/41 S. 3, act. 5/52 Rz. 4). Aus den vom Berufungsbeklagten eingereichten Steuererklärungen ergeht indessen, dass er bereits im Jahr 2020 und damit vor seiner Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für den Sohn C._____ ab Januar 2021 (ab 1. Januar 2021 im Betrag von Fr. 790.–, ab 1. Februar 2021 im Betrag von Fr. 376.– und ab 1. Juli 2021 im Betrag von Fr. 1'356.–, vgl. act. 5/12 Prot. S. 59) Schulden im Gesamtbetrag von Fr. 54'519.– (davon Fr. 24'793.– für einen "Student Loan" sowie Fr. 26'864.– für das Leasing eines BMW) in seiner Steuererklärung deklarierte. Im Jahr 2021 deklarierte er sodann Schulden von Fr. 41'562.–, wobei er neben dem "Student Loan" zwar keine Schuld mehr gegenüber BMW, dafür aber erstmals seinen Kredit bei der PKO Bank Polski im Betrag von Fr. 19'331.– angab. Aus den zu den Steuererklärungen eingereichten Belegen ist zu entnehmen, dass dieser Kredit bereits im April 2021 bestanden haben musste (vgl. dazu act. 5/42/10). Die vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Schulden wurden somit im Wesentlichen vor seiner Verpflichtung zu Unterhaltszahlungen aufgenommen, weshalb nicht glaubhaft ist, dass er die Schulden zur Bestreitung des Unterhalts eingegangen ist. Zudem fällt die zeitliche Nähe des Wegfalls der Schuld gegenüber BMW für das Leasing seines Fahrzeuges (welchem aufgrund des Arbeitswegs und der Arbeitstätigkeit des Berufungsbeklagten kein Kompetenzcharakter zukommt) und der Aufnahme des Kredits bei der PKO Bank Polski auf. Da der Berufungsbeklagte keinerlei weitere Angaben zu den Schulden macht, ist damit ebenfalls nicht glaubhaft, dass er diese tatsächlich zur Bestreitung seines notwendigen Bedarfs eingegangen ist. Gleich verhält es sich mit seiner aus einem Strafverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich resultierenden Schuld gegenüber dem Kanton Zürich (act. 5/42/9), zu welcher sich der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht äusserte, und deren regelmässige Tilgung auch nicht aus den vom Berufungsbeklagten eingereichten Bankbelegen hervorgeht (vgl. act. 5/42/14). Die geltend gemachten Beiträge für die Schuldentilgung sind daher nicht im Bedarf des Berufungsbeklagten zu berücksichtigen.

4.5. Insoweit die Vorinstanz im Bedarf des Berufungsbeklagten sodann Kosten für die Krankenkassenprämien berücksichtigt hat, ist dies nicht zu beanstanden.

Der Berufungsklägerin ist indes zuzustimmen, dass bezüglich der exakten Höhe der Krankenkassenprämie Unklarheiten bestehen (act. 2 Rz. 21). So ist die Vorinstanz von einem Betrag von Fr. 384.– ausgegangen (act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.3.2), während sich aus den von der Vorinstanz zitierten Unterlagen ein Betrag von Fr. 348.85 bzw. Fr. 347.25 ergibt (act. 5/42/14) und der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 13. Mai 2024 selbst eine Krankenkassenprämie von Fr. 323.– geltend machte (act. 5/41 S. 2). Unbeachtlich, da verspätet, ist in diesem Zusammenhang die erst mit der Berufungsantwort eingereichte Beilage, woraus eine Prämie in der Höhe von Fr. 352.25 ersichtlich ist (act. 19/3). Ausgehend von den vorinstanzlich eingereichten Belegen ist insgesamt eine Krankenkassenprämie von gerundet Fr. 350.– zu berücksichtigen.

4.6. Soweit der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort beanstandet, dass ihm keine Verpflegungskosten und keine Prämie für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung angerechnet worden seien (vgl. act. 18 Rz. 15), so setzt er sich nicht damit auseinander, dass er im vorinstanzlichen Verfahren für die Prämie der Hausrats- und Haftpflichtversicherung lediglich eine Versicherungsofferte einreichte (vgl. act. 5/41/8). Die mit der Berufungsantwort eingereichte Prämienrechnung vom Januar 2024 erfolgt verspätet und ist damit nicht beachtlich. Die Prämie wurde damit zu Recht nicht berücksichtigt. Bezüglich der Verpflegungskosten führt der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort lediglich aus, er müsse jeweils die Hälfte des bei seinem Arbeitgeber eingenommenen Mittagessens bezahlen, weshalb ihm tatsächlich solche Kosten anfallen würden (vgl. act. 18 Rz. 15). Dem Berufungsbeklagten werden indessen monatlich Fr. 70.– vom Lohn für die Verpflegung abgezogen (vgl. act. 5/42/4 Ziff. 9). Aus seinen eingereichten Unterlagen kann nicht entnommen werden, dass er, wie von ihm behauptet, aber von der Berufungsklägerin bestritten (vgl. Prot. VI S. 8), jeweils die Hälfte selbst bezahlen muss. Insbesondere fehlt ein entsprechendes Mitarbeiterreglement, welches Bestandteil seines Vertrages ist (vgl. act. 5/42/4 Ziff. 12). Davon ausgehend ist nicht glaubhaft, dass ihm weitere Verpflegungskosten pro Monat anfallen und es ist ihm keine entsprechende Position im Bedarf zu berücksichtigen.

4.7. Sodann hat die Vorinstanz vorliegend den Grundbetrag des Berufungsbe-
klagten um 20 % erhöht, darüber hinaus aber keine Ausgaben des erweiterten
Bedarfs wie etwa die geltend gemachten Gesundheitskosten berücksichtigt
(act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.3.2). Wie vorstehend erwähnt, wird in der Praxis eine Er-
höhung des Grundbetrages um 25 % gewährt, wenn – wie vorliegend – keine Po-
sitionen des erweiterten Bedarfs berücksichtigt werden (vgl. oben E. Ziff. II. 4.3.).
Dies ist vorliegend der Fall. Zudem ist dem Berufungsbeklagten im Ergebnis zu-
zustimmen, dass die Mitwirkungspflicht der um unentgeltliche Rechtspflege ersu-
chenden Prozesspartei nicht so weit geht, dass sie die bundesgerichtliche Praxis
zur Erhöhung des Grundbetrages darlegen müsste (vgl. act. 18 Rz. 17). Entspre-
chend ist dem Berufungsbeklagten ein erhöhter Grundbetrag von Fr. 1'500.– an-
zurechnen.

4.8. Nach dem Gesagten ist beim Berufungsbeklagten von einem zivilprozessua-
len Notbedarf von Fr. 3'273.– (erhöhter Grundbetrag Fr. 1'500.–; Wohnkosten
Fr. 1'188.–; Krankenkassenprämie Fr. 350.–; Arbeitswegkosten Fr. 85.–; Kommu-
nikationskosten inkl. Serafe Fr. 150.–) auszugehen. Hinzu kommen die für den
gemeinsamen Sohn C._____ geschuldeten Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'356.–.
Dem steht sein Einkommen von Fr. 5'100.– gegenüber (vgl. oben E. Ziff. II. 3.4).
Folglich weist er einen Überschuss von monatlich Fr. 471.– aus.

4.9. Zur Beurteilung der Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten ist dieser Über-
schuss mit den im konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten zu
vergleichen. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (vgl. act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.1),
sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die
mutmasslichen Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines
Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BGE 141 III 369 E. 4.1.). Der
Berufungsbeklagte ersuchte um einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 10'000.–,
und führte dazu aus, es sei ein aufwändiges Scheidungsverfahren zu erwarten,
weshalb sich auch ein entsprechend höher anzusetzender Prozesskostenvor-
schuss rechtfertige (vgl. act. 5/41 S. 2). Entsprechend ist davon auszugehen,
dass er die zu erwartenden Prozesskosten in diesem Zeitpunkt auf Fr. 10'000.–
schätzte. Die Vorinstanz erwog, in strittigen Scheidungsverfahren sei mit Ge-

richtskosten von mehreren Tausend Franken zu rechnen und die mutmasslich geschuldeten Parteientschädigungen würden sich in einem ähnlichen Rahmen bewegen. Folglich sprach die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss in der beantragten Höhe zu, womit auch die Vorinstanz von mutmasslichen Prozesskosten in dieser Höhe auszugehen schien (zum Ganzen act. 4/2 E. Ziff. II. B. 10). Auch wenn es sich vorliegend um ein durchaus aufwändiges Verfahren handelt, wovon auch die Vorinstanz und der Berufungsbeklagte ausgehen (vgl. act. 4/2 E. Ziff. II. B. 10.2, act. 18 Rz. 20), ist es dem Berufungsbeklagten möglich, mit dem Überschuss von Fr. 471.– die von ihm im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung erwarteten Prozesskosten von Fr. 10'000.– innert zwei Jahren selbständig zu decken. Der Berufungsbeklagte ist somit entgegen der Vorinstanz nicht mittellos im Sinne des Gesetzes und die Berufung ist gutzuheissen.

5.

5.1. Die Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten wäre sodann auch aus folgendem Grund zu verneinen: Im vorinstanzlichen Verfahren war strittig, ob der Berufungsbeklagte über Vermögen verfügt, welches ihm die eigenständige Finanzierung des Verfahrens ermöglichen würde. Die Vorinstanz verneinte dies mit der Erwägung, der Berufungsbeklagte habe zwar etwa drei Wochen vor der Verhandlung seinen BMW für Fr. 24'000.– verkauft, mit dem Erlös aber im Wesentlichen seinen Studienkredit abbezahlt, was nicht rechtsmissbräuchlich sei (zum Ganzen act. 4/2 E. Ziff. II. B. 5.3.5. f.).

5.2. Die Berufungsklägerin entgegnet, das Vermögen des Berufungsbeklagten bleibe gänzlich intransparent. In seiner Befragung habe er einräumen müssen, dass kein Leasingvertrag über den BMW mehr bestehe. Er habe das Auto vor ca. drei Wochen für Fr. 24'000.– verkauft. Zurzeit habe er daher noch Fr. 8'000.– auf dem Konto. Mit dem Verkaufserlös habe er einen Teil seines Studienkredits abbezahlt. Sämtliche seiner Behauptungen seien unbelegt geblieben. Im Ergebnis sei von einem Vermögen des Berufungsbeklagten von mindestens Fr. 31'000.– auszugehen. Weder für den angeblichen Studienkredit noch für die angeblichen Schulden gegenüber der polnischen Bank habe eine Rückzahlungsverpflichtung bestanden. Es könne nicht angehen, dass der Staat oder indirekt sie über einen

Prozesskostenvorschuss die angebliche Schuldentilgung des Berufungsbeklagten finanziere, zumal es sich bei den Schulden im Zusammenhang mit einem Studienkredit um voreheliche Schulden handle und die angeblichen Schulden bei der polnischen Bank gänzlich unbegründet seien. Komme dazu, dass bereits die Gewährung eines Kredits durch die polnische Bank an den Berufungsbeklagten jenseits von glaubhaft erscheine, gebe er doch vor, über keinerlei Vermögen zu verfügen, sondern vielmehr verschuldet zu sein, und lediglich ein Einkommen von Fr. 4'608.– pro Monat zu erzielen, bei Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 1'356.–. Keine Bank werde unter diesen Umständen ohne jegliche Sicherheiten einen Kredit gewähren (act. 2 Rz. 23 ff.).

5.3. Massgeblich für die Beurteilung der Mittellosigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, vorliegend mithin der 8. Januar 2024 (BGer 5A_716/2021 vom 7. März 2022, E. 3). In diesem Zeitpunkt verfügte der Berufungsbeklagte unbestritten noch über sein Fahrzeug, einen BMW. Erst drei Wochen vor der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen am 19. Juni 2024 und somit mehrere Monate nach Einreichung seines Gesuchs verkaufte er dieses Fahrzeug (welches keinen Kompetenzcharakter aufwies) für Fr. 24'000.– und tilgte mit dem Erlös zumindest teilweise seine Schulden. Damit ist davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte im Gesuchszeitpunkt zumindest über ein Fahrzeug im Wert von Fr. 24'000.– und damit über liquide Vermögenswerte in diesem Umfang verfügte. Seine Mittellosigkeit ist daher auch unter Berücksichtigung seiner liquiden Mittel im Gesuchszeitpunkt zu verneinen, wobei ihm nach Abzug des beantragten Prozesskostenvorschusses von Fr. 10'000.– auch ein angemessener Notgroschen verblieben wäre. Unbeachtlich ist der Einwand, der Berufungsbeklagte habe im Entscheidzeitpunkt nicht mehr über den Verkaufserlös verfügt: Denn er wendet weder ein noch macht er glaubhaft, der Studienkredit sei zwingend zurückzuzahlen gewesen und er habe sein Fahrzeug deshalb verkaufen müssen.

6.

6.1. Da die Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten zu verneinen ist, ist die Berufung der Berufungsklägerin gutzuheissen, Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen

Entscheidendes aufzuheben und der Antrag des Berufungsbeklagten auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen. Auf die weiteren Rügen der Berufungsklägerin ist damit nicht weiter einzugehen.

6.2. Nachdem die Vorinstanz die Berufungsklägerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet hatte, äusserte sie sich nicht weiter zum subsidiären Gesuch des Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege. Da indessen sein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses mangels nicht glaubhaft gemachter Mittellosigkeit im Gesuchszeitpunkt abzuweisen ist, gilt Selbiges auch für sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, für welches die gleichen Massstäbe gelten (vgl. oben E. Ziff. II. 2). Entsprechend ist auch sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen, und eine Rückweisung an die Vorinstanz erübrigt sich.

III.

1.

1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung indessen festgehalten, dass sie über die Kostenfolgen im Endentscheid befinden werde (vgl. act. 4/2 E. Ziff. III). Dagegen wenden sich die Parteien nicht. Es erübrigen sich damit Weiterungen dazu.

2.

2.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungsbeklagte für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bemisst sich nach § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG. Die Entscheidgebühr ist vor diesem Hintergrund auf Fr. 1'300.– festzusetzen und mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

2.2. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren keine zuzusprechen: Dem Berufungsbeklagten nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der

Berufungsklägerin nicht, weil sie keinen entsprechenden Antrag stellt (BGE 139 III 334 E. 3.4.; vgl. act. 2).

3.

3.1. Der Berufungsbeklagte stellt im Berufungsverfahren einen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Berufungsklägerin, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 18 S. 2 und Rz. 37).

3.2. Zur Begründung seines Gesuches verweist er im Wesentlichen auf seine vorinstanzlichen Ausführungen. Da der Berufungsbeklagte aber nach dem Gesagten nicht als mittellos zu gelten hat und sich sein Gesuch darüber hinaus als aussichtslos erweist, sind die entsprechenden Anträge abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsbeklagten auf Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 3'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das zweitinstanzliche Verfahren, wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 9. September 2024 aufgehoben und wie folgt ersetzt:

"1. Der Antrag des Beklagten auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgewiesen."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem von der Berufungsklägerin ge-

leisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'300.– zu ersetzen.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Kappeler

versandt am: