

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC130062-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## **Beschluss und Urteil vom 29. Januar 2014**

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

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

betreffend **Ehescheidung (Gesuch um Fristabnahme)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. November 2013 (FE120168-D)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien heirateten am tt. September 2004. Der Ehe entstammen keine Kinder (Urk. 6/2). Seit dem 19. September 2012 stehen sich die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 6/1). In diesem wurde der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan: Gesuchstellerin) nach gescheiterten Einigungsbemühungen mit Verfügung vom 15. Juli 2013 die Rolle der Klägerin zugeteilt und ihr eine Frist von 20 Tagen zur schriftlichen Klagebegründung angesetzt (Urk. 6/33 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Am 4. November 2013 lief diese Frist nach dreimaliger Erstreckung letztmals ab (Prot. I S. 15). Die erste Fristerstreckung erfolgte aufgrund des Umstandes, dass die Gesuchstellerin eine neue Rechtsbeiständin mandatiert hatte (Urk. 6/39). Bereits am 20. August 2013 hatte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ein Massnahmenbegehren eingereicht und unter anderem den Antrag gestellt, es sei der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan: Gesuchsteller) zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen weiteren Prozesskostenvorschuss von damals wenigstens Fr. 6'000.– zu bezahlen. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 6/34 S. 2). Über das Massnahmenbegehren wurde bis anhin noch nicht entschieden. Zu ergänzen ist hier, dass der Gesuchsteller bereits mit Verfügung vom 12. Februar 2013 verpflichtet worden war, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– zu bezahlen (Urk. 6/28).

2. Am 1. November 2013 beantrage die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz, ihr sei die Frist zur Klagebegründung bis zum Ablauf einer Rechtsmittelfrist gegen den Entscheid über das Begehren um vorsorgliche Massnahmen betreffend Prozesskostenvorschuss und eventualiter unentgeltliche Rechtspflege vom 20. August 2013 abzunehmen (Urk. 6/46). Dieser Antrag wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 4. November 2013 abgewiesen und der Gesuchstellerin eine Notfrist von zehn Tagen angesetzt, um die Klagebegründung im Sinne der Verfügung vom 15. Juli 2013 einzureichen (Urk. 6/47 Dispositiv-Ziffern 1 und

2). In ihren Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Finanzierung der Rechtsvertretung entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin in jedem Fall sichergestellt sei. Sollte nämlich der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines weiteren Prozesskostenvorschusses abgewiesen werden, sei über das von der Gesuchstellerin eventualiter gestellte Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden. Sollte auch dieses abgewiesen werden, würde dies bedeuten, dass die Gesuchstellerin in der Lage sei, die Kosten des Prozesses selbst zu tragen (Urk. 6/47 S. 2).

3. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin innert Frist Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 4. November 2013 (Geschäfts-Nr. FE120168) aufzuheben und das Bezirksgericht Dielsdorf in Gutheissung des Antrages der Beschwerdeführerin über die vorsorglichen Massnahmen vom 20. August 2013, namentlich über den Kostenvorschuss des Beschwerdegegners, anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Frist zur Begründung der Scheidungsklage bis zum rechtskräftigen Entscheid über deren Antrag vom 20. August 2013 abzunehmen und alsdann eine neue Frist anzusetzen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

Es sei der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

4. Mit Verfügung vom 28. November 2013 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Weiter wurde angeordnet, dass bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollstreckungshandlungen zu unterbleiben haben (Urk. 7 Dispositiv-Ziffern 1 und 3). Die Stellungnahme des Gesuchstellers erfolgte mit Eingabe vom 5. Dezember 2013 (Urk. 8). Mit Verfügung vom 6. Dezember 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 9 Dispositiv-Ziffer 1) und mit Verfügung vom 9. Dezember 2013 dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 10).

5. Die Beschwerdeantwort erfolgte mit Eingabe vom 6. Januar 2014 fristgerecht und enthielt folgende Anträge (Urk. 13 S. 2):

- "1. Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin sei abzuweisen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerdeführerin sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- (soweit Kosten erhoben werden) und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Gleichen Tags reichte die Gesuchstellerin zum Beleg ihrer Bedürftigkeit eine Unterstützungsbestätigung ihrer Wohnsitzgemeinde ein (Urk. 11 f.). Mit Verfügung vom 7. Januar 2014 wurden das Doppel der Beschwerdeantwort sowie Kopien von Urk. 11 f. je der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 14). Die am 28. Januar 2014 nach Ablauf der Beschwerdeantwortfrist eingereichte Eingabe des Gesuchstellers mit neuen Vorbringen (Urk. 16 und 17/1) ist verspätet und unzulässig (Art. 326 ZPO).

6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (Urk. 6/1-48 sowie 15/49-53). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Der angefochtene vorinstanzliche Entscheid stellt eine prozessleitende Verfügung dar. Die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen ist – von den hier nicht massgeblichen, im Gesetz explizit statuierten Fällen abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Der Gesetzgeber hat die selbständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7377). Grundsätzlich ist bei der Annahme eines drohenden und nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils Zurückhaltung angebracht. Zu bedenken ist, dass die Parteien gegen den erstinstanzlichen Erledigungsentscheid Berufung werden erheben können (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Mit dieser kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Es steht

somit ein vollkommenes Rechtsmittel zur Verfügung, mit dem die rechtlichen Konsequenzen der angefochtenen Verfügung – sofern notwendig – korrigiert werden können. Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15).

2. Die Gesuchstellerin führt als drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil ins Feld, dass sie ihre Rechtsanwältin nicht gleich wie der Gesuchsteller vor der Arbeitsleistung sicherstellen könne und somit auch keinen vertraglichen Anspruch auf Fortsetzung der Arbeit im gleichen Umfang habe wie der Gesuchsteller, der sich dies leisten könne. Dieser Nachteil könne naturgemäss nach Leistung der Hauptarbeit nicht mehr wieder gutgemacht werden (Urk. 1 S. 3). In materieller Hinsicht führt die Gesuchstellerin im Wesentlichen aus, sie habe Anspruch darauf, im Vorfeld des Prozesses zu wissen, auf welche Weise sie die Vertretungskosten tilgen werde. Sie habe auch einen Anspruch darauf zu wissen, dass ihre Anwältin innert nützlicher Frist bezahlt sein und ob diese das Mandat als unentgeltliche Vertreterin führen werde. Die Entscheidung über den Kostenvorschuss in einem späteren, noch unbekanntem Zeitpunkt und die damit verbundene Verrechnungsmöglichkeit mit anderen Ergebnissen des Prozesses lasse auch aus der Sicht des Anwalts die Finanzierung seiner Arbeit als keineswegs gesichert erscheinen. Es sei nicht zumutbar, unter diesen Prämissen einen Fall wie den vorliegenden aufzuarbeiten. Zweck des Kostenvorschusses aufgrund der ehelichen Beistandspflicht sei es, dass die Partei ihren Rechtsvertreter damit real bevorschussen könne, wie es der anderen Partei auch möglich sei, und es sich zur Gewährung der Waffengleichheit gehöre. Im Übrigen sei für die zum Kostenvorschuss subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege gesetzlich ebenfalls vorgesehen, dass die Partei einen Entscheid sogar vor dem Einleiten des Prozesses erhalten könne, um Gewissheit über die Art der Finanzierung des Prozesses und einen Anwalt zu erhalten, der sichergestellt sei (Urk. 1 S. 6).

3. Der Gesuchsteller entgegnet im Wesentlichen, Ziel der Gesuchstellerin sei es, den Ehescheidungsprozess im grösstmöglichen Masse zu verzögern, um weiterhin Zahlungen vom Gesuchsteller zu erhalten. Es werde bestritten, dass der

Nachteil nach Leistung der Hauptarbeit nicht wieder gutgemacht werden könne (Urk. 13 S. 3). Es könne auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach die Finanzierung des Scheidungsprozesses sowieso gewährleistet sei, ungeachtet davon, wie und wann das Massnahmenbegehren der Gesuchstellerin von der Vorinstanz entschieden werde (Urk. 13 S. 6 f.).

4.1. In einem Scheidungsverfahren kann eine Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der anderen Partei einen Beitrag zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen. Ein Prozesskostenvorschuss soll der ansprechenden Partei die finanziellen Mittel verschaffen, die sie benötigt, ihren Prozess gehörig zu führen. Die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO vor (BGE 119 Ia 11 E. 3a; BK ZPO I-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117 bis 123 N 49 mit weiteren Hinweisen). Mit Blick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Prozesskostenbevorschussung gegenüber dem anderen Ehegatten um eine Obliegenheit, deren Verletzung dazu führen kann, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird (BGer 4A\_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Mit anderen Worten kann einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ein verheirateter Gesuchsteller vom anderen Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann. Solange hierüber Ungewissheit besteht, gilt er nicht als mittellos (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 38).

4.2. Das verfassungsrechtliche Fairnessgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) gebietet, dass über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden wird, bevor dem Gesuchsteller und seinem Rechtsvertreter weitere Verfahrensschritte zugemutet werden und über das von ihnen zu tragende Kostenrisiko Klarheit herrscht (BGer 4A\_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.1; BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 257 mit weiteren Hinweisen; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 119 N 14). Gleiches muss für den Prozesskostenvorschuss – nomen est omen (vgl. ZK-Bräm, Art. 159 ZGB N 131 und 134) – gelten, welcher der un-

entgeltlichen Rechtspflege vorgeht, im Übrigen jedoch die gleichen Zwecke (Rechtsschutz, Waffengleichheit) wie die unentgeltliche Rechtspflege verfolgt.

5.1. Nach dem eben Ausgeführten vermag die Begründung der Vorinstanz nicht zu überzeugen. Dadurch, dass der Gesuchstellerin der Entscheid über ihr Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege vor Erstattung der Klagebegründung verweigert wird, entsteht ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO. Dieser Nachteil besteht darin, dass die Gesuchstellerin und deren Rechtsvertreterin ohne Klarheit über das finanzielle Verfahrensrisiko eine Klagebegründung zu verfassen und damit einen in erheblichem Masse Kosten verursachenden prozessualen Schritt zu unternehmen hätte. Dieser Nachteil kann nach der Klagebegründung nicht wieder gutgemacht werden. Würde der Argumentation der Vorinstanz gefolgt, würde der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Verbeiständung seines Gehalts entleert (vgl. BGer 4A\_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.1). Die Gesuchstellerin hat damit einen Anspruch darauf, dass über ihr Massnahmenbegehren betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden wird, bevor sie und ihre Rechtsvertreterin weitere Verfahrensschritte unternehmen müssen. Dass die Gesuchstellerin vor dem Gesuch um Fristabnahme dreimal um Fristerstreckung ersuchte, vermag an ihrem Anspruch auf Vorabentscheid ihres Massnahmenbegehrens betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nichts zu ändern.

5.2. Zusammenfassend ist die Beschwerde der Gesuchstellerin gutzuheissen, die Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 4. November 2013 aufzuheben und der Gesuchstellerin die Frist zur Begründung der Scheidungsklage bis zum rechtskräftigen Entscheid über ihr Massnahmenbegehren betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 20. August 2013 abzunehmen.

### III.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Beschwerdeverfahren zu befinden. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller hat der Gesuchstellerin eine Prozessentschädigung von Fr. 800.– (§ 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und 13 Abs. 4 AnwGebV) zu bezahlen. Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht beantragt.

2. Über das von der Gesuchstellerin gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung ist trotz ihres Obsiegens zu entscheiden (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Ihr Gesuch um Befreiung von den Gerichtskosten ist dagegen aufgrund des Prozessausganges abzuschreiben. Die Gesuchstellerin unterliess es im Beschwerdeverfahren, einen Prozesskostenvorschuss vom Gesuchsteller zu verlangen, dies obschon – wie erwähnt (vgl. E. II/4.1) – die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beistandspflicht aus Familienrecht nachgeht. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann jedoch nicht einfach unter Hinweis auf den Vorrang des Prozesskostenvorschusses verweigert werden, solange nicht glaubhaft gemacht worden ist, dass der andere Ehegatte tatsächlich zur Leistung eines solchen Vorschusses in der Lage wäre. Die für die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege geltende Untersuchungsmaxime erstreckt sich auch auf die Vorfrage eines Prozesskostenvorschusses (vgl. KassGer ZH AA070047 vom 14. November 2007). Die Gesuchstellerin begründet ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor Beschwerdeinstanz einzig damit, dass sie mittellos und auf eine Rechtsbeiständin angewiesen sei (Urk. 1 S. 7). Vor Vorinstanz beruft sie sich jedoch darauf, dass der Gesuchsteller leistungsfähig sei, und verlangt von ihm einen Prozesskostenvorschuss (Urk. 6/34 S. 7). Für die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers spricht insbesondere der Umstand, dass er mit Verfügung vom 12. Februar 2013 bereits einmal verpflichtet worden war, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– aus seinem Vermögen zu bezahlen (Urk. 6/28 S. 18). Dass sich sein Vermögen untermessen vermindert hätte, behauptet der Gesuchsteller vor Vorinstanz nicht

(Urk. 6/41 Rz. 21 ff.). Damit ist für die Beurteilung des vorliegenden Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege davon auszugehen, dass er nach wie vor leistungsfähig ist. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverteidigung ist abzuweisen, da ihre Mittellosigkeit bzw. diejenige des Gesuchstellers nicht glaubhaft gemacht wurde.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Befreiung von den Gerichtskosten im Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin, es sei ihr für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Vertretung durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ zu gewähren, wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 4. November 2013 aufgehoben. Der Gesuchstellerin wird die Frist zur Begründung der Scheidungsklage bis zum rechtskräftigen Entscheid über ihr Massnahmenbegehren betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 20. August 2013 abgenommen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein, an die Gesuchstellerin mit einem Doppel von Urk. 16 und 17/1.

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

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
dz