

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC160020-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan.

Beschluss und Urteil vom 9. November 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche
Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts (2. Abteilung) des
Bezirksgerichts Zürich vom 31. März 2016; Proz. FE150598**

Rechtsbegehren

(Prot. VI S. 4 f. und S. 8; act. 5/12):

"Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen.

eventualiter:

Es sei der Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu ernennen."

**Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung,
vom 31. März 2016**

(act. 5/33 = act. 3/1 = act. 4):

"1. Die Gesuche der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden abgewiesen.

[2.-3. Mitteilung/Rechtsmittel]"

Beschwerdeanträge

(act. 2 S. 2):

"Die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung vom 31. März 2016 sei aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zur Prüfung/ev. Festsetzung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses bzw. eventualiter zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverteidigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Beschwerdegegners."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 1993. Die Ehe blieb kinderlos (act. 5/2). Im Jahr 2013 wurde den Parteien eheschutzrichterlich das Getrenntleben bewilligt (Geschäfts-Nr.: EE130310, act. 23). Mit Einreichung der Scheidungsklage am 14. August 2015 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich setzte der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) das Scheidungsverfahren in Gang (act. 5/1).

1.2. Nachdem die Einigungsverhandlung vom 28. Oktober 2015 gescheitert war, stellte die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) den eingangs angeführten Antrag auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– an sie, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (Prot. VI S. 4 f. und S. 8; act. 5/12).

1.3. Die Vorinstanz holte zunächst eine Stellungnahme des Klägers ein (act. 20) und forderte die Beklagte daraufhin auf, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend zu belegen (act. 23). Nachdem die Beklagte innert mehrmals erstreckter Frist zusätzliche Unterlagen eingereicht und weitere Auskünfte erteilt hatte (act. 28-29/1-7), holte die Vorinstanz eine weitere Stellungnahme des Klägers ein (act. 30 und 32). In der Folge wies sie den Antrag auf Zuspreehung eines Prozesskostenvorschusses mit der eingangs angeführten Verfügung ab (act. 5/33 = act. 3/1 = act. 4, nachfolgend zitiert als act. 4).

1.4. Mit Eingabe vom 15. April 2016 erhob die Beklagte fristgerecht Beschwerde mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 2 S. 2). Gleichzeitig reichte sie weitere Unterlagen ins Recht (act. 3/2-4).

1.5. Die Akten der Vorinstanz, inklusive der eheschutzrichterlichen Akten (Geschäfts Nr.: EE130310) wurden beigezogen (act. 5/1-34). Der Beklagten wurde kein Kostenvorschuss auferlegt. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort

wurde abgesehen (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuale Vorbemerkung

2.1. Wird ein Entscheid des Scheidungsgerichts über die Verpflichtung des anderen Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses angefochten, geht die II. Zivilkammer von einem (vermögensrechtlichen) Verfahren über vorsorgliche Massnahmen aus. Entsprechende Entscheide sind daher bei gegebenem Rechtsmittelstreitwert mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO; vgl. OGer ZH LY140006 vom 13. Mai 2014; OGer ZH PC140022 vom 25. Juni 2014, E. 1.2; OGer ZH LY130007 vom 22. Mai 2013, E. II./1).

2.2. Die Beklagte bezifferte den geltend gemachten Anspruch in ihrer Rechtsmitteleingabe nicht (act. 2 S. 2). Vor Vorinstanz verlangte sie einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– (Prot. VI S. 8 oben). Darauf kann abgestellt werden. Der für die Zulässigkeit der Berufung vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert ist somit nicht gegeben. Die angefochtene Verfügung kann daher nur mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (Art. 319 lit. a ZPO).

2.3. Die Beschwerde führende Partei hat sich in der Begründung ihrer Beschwerde mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln der Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Diese Rügepflicht ist anwaltlich vertretenen Parteien gegenüber strenger zu verstehen als juristischen Laien gegenüber (vgl. auch ZK ZPO-FREIBURGH/AUFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 321 N 15 sowie OGer ZH PP150016 vom 18. Mai 2015, E. II./3).

2.4. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-FREIBURGH/AUFHELDT, a.a.O., Art. 326 N 3 f.). Der im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege geltende Untersuchungsgrundsatz ändert daran nichts (BGer

5A_405/2011 vom 26. September 2011, E. 4.5; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl. 2013, Art. 119 N 9; ZK ZPO-EMMEL, a.a.O., Art. 119 N 13). Ausnahmen davon bestehen nach Ansicht der Kammer lediglich dann, wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz vorliegt (vgl. OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013, E. 2.1., in Weiterführung der Praxis von ZR 100/2001 Nr. 27).

Vor dem Hintergrund dieses umfassenden Novenverbots sind die von der Beklagten im Rechtsmittelverfahren neu eingereichten Unterlagen (act. 3/2-4) unbeachtlich. Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz die Beklagte mit Verfügung vom 5. Januar 2016 zur Einreichung weiterer Unterlagen aufgefordert. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist in diesem Kontext daher nicht auszumachen.

3. Unentgeltliche Rechtspflege

3.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO und fehlende Aussichtslosigkeit nach Art. 117 lit. b ZPO) zutreffend ausgeführt, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann (act. 4 S. 3). Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung geht – wie von der Vorinstanz ebenfalls ausgeführt – der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht nach. Die Beistandsbedürftigkeit nach Art. 159 Abs. 3 ZGB als Voraussetzung für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den anderen Ehegatten ist gegeben, wenn die Gesuchstellerin 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 (AJP/PJA 2008 S. 577 f.). Obschon für die Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, ist es grundsätzlich Sache der gesuchstellenden Partei, der jeweils zuständigen Behörde ihre aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzutun und – soweit möglich – zu belegen. Bei der Abklärung der wirtschaftli-

chen Verhältnisse trifft sie mit anderen Worten eine umfassende Mitwirkungspflicht. Kommt sie dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und kann als Folge davon ihre Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden, ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO; BGE 120 Ia 179; BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, E. 3.2.2; ZR 110/2011, Nr. 103, E. 3.3 ff., S. 301).

3.2. Was die Grundlagen des Armenrechtsgesuchs betrifft, ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kontrovers, ob dafür auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 135 I 221, E. 5.1.; BGE 120 Ia 179, E. 3a) oder auf die finanzielle Situation im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch abzustellen ist (BGE 108 V 165, E. 4; vgl. auch BGer 5A_814/2009 vom 31. März 2010, E. 3.4., wo die Berücksichtigung der Umstände im Entscheidzeitpunkt mit Hinweis auf den Effektivitätsgrundsatz begründet wird). Ein Grossteil der Lehre stellt auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse ab, wie sie sich bis zum erstinstanzlichen Entscheid entwickelt haben (vgl. statt vieler: BK ZPO-BÜHLER, Art. 119 ZPO N 49 ff, insb. N 50 mit Hinweisen auf weitere Lehrmeinungen).

Kommt eine Partei, welcher die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, in günstige wirtschaftliche Verhältnisse, kann sie gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO zur Nachzahlung der ihr erlassenen Kosten verpflichtet werden. Tritt diese Änderung in den wirtschaftlichen Verhältnissen nach der Einreichung des Gesuches, aber vor dem Entscheid über das Gesuch ein und könnte dieser Umstand nicht berücksichtigt werden, müsste zunächst die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden und sogleich eine Nachzahlung eingefordert werden. Ein solcher rein bürokratischer Mehraufwand ist zu verhindern. Es muss daher dem Gericht erlaubt sein, Veränderungen zwischen der Gesuchstellung und dem Entscheid für die Zukunft zu berücksichtigen (vgl. auch OGer ZH, RA110003, E. 6.2.). Damit eine in naher Zukunft zu erwartende Verbesserung oder Verschlechterung in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesuchstellerin berücksichtigt werden kann, muss der Eintritt der Veränderung ausreichend wahrscheinlich erscheinen. Die gesuchstellende Partei muss mit anderen Worten glaubhaft machen, wann und in wel-

chem Umfang sich ihre finanziellen Verhältnisse ändern werden (vgl. dazu auch: BGE 122 I 5, E. 4a. sowie BK ZPO-BÜHLER, Art. 119 ZPO N 51).

3.3. Die Vorinstanz lehnte das Gesuch der Beklagten um Zuspreehung eines Prozesskostenvorschusses bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund fehlender Mittellosigkeit ab. Sie erwog, aufgrund des monatlichen Nettoeinkommens der Beklagten von Fr. 4'920.– (Fr. 3'720.– Krankentaggelder und Fr. 1'200.– Unterhaltsbeiträge des Klägers) sowie ihres Bedarfs in der Höhe von Fr. 4'750.– betrage ihr monatlicher Überschuss im Entscheidzeitpunkt Fr. 170.–. Dieser Freibetrag erhöhe sich aufgrund der auslaufenden Abzahlungsverpflichtung für den Genossenschaftsanteilschein per Ende April 2016 zunächst auf Fr. 370.– und nach Abzahlung der Steuerschulden für die Steuerperiode 2014 ab Ende Juni 2016 gar auf Fr. 720.– pro Monat. Mit diesen Freibeträgen – so die Vorinstanz weiter – sei die Beklagte durchaus in der Lage, die mutmasslichen Prozesskosten innert der vom Bundesgericht vorgegeben Zeitspanne von einem Jahr resp. zwei Jahren zu tilgen. Dabei falle auch ins Gewicht, dass eine allenfalls von ihr zu tragende Gerichtsgebühr erst nach rechtskräftiger Verfahrenserledigung anfallt und dannzumal in Raten beglichen werden könne (act. 4 S. 7 f.).

3.3.1. Die Bedarfsberechnung der Vorinstanz präsentiert sich wie folgt (act. 4 S. 4-8):

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
Wohnkosten	Fr.	1'186.–
Krankenkassenprämien KVG	Fr.	344.30
Krankenkassenprämien VVG	Fr.	39.05
Telefon	Fr.	80.–
Billag-Gebühren	Fr.	40.–
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr.	25.–
Mobilitätskosten	Fr.	84.–
laufende Steuern	Fr.	400.–
Abzahlungsraten Steuerschulden (bis 30.06.2016)	Fr.	350.–
Abzahlungsraten Genossenschaftsschein bis (30.04.2016)	Fr.	200.–
Abzahlungsraten C. _____ AG	Fr.	800.–
Total (aufgerundet):	Fr.	4'750.– bis 30. April 2016
	Fr.	4'550.– bis 30. Juni 2016
	Fr.	4'200.– ab 1. Juli 2016

3.3.2. Die Vorinstanz führte bei der Bedarfsberechnung aus, die Beklagte habe trotz Hinweis auf ihre Mitwirkungspflicht mehrere geltend gemachte Bedarfspositionen nicht belegt. Für die Telefonkosten, die Billag-Gebühren sowie die Hausrat- und Haftpflichtversicherung seien deshalb höchstens die allgemein geltenden Erfahrungswerte zu berücksichtigen. Für die geltend gemachten Fahrspesen in der Höhe von Fr. 84.– habe die Beklagte weder Belege eingereicht noch dargelegt, weshalb sie trotz 100%iger Erwerbsunfähigkeit auf die regelmässige Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln angewiesen sei. Mobilitätskosten würden jedoch zum notorischen Lebensbedarf zählen, weshalb der geltend gemachte Betrag im Bedarf anzurechnen sei. Anders verhalte es sich jedoch bei den Krankheitskosten. Diese Kosten seien nicht immer zwingend von der Beklagten als Versicherungsnehmerin zu tragen und könnten in der Höhe gegebenenfalls sehr unterschiedlich ausfallen. Deshalb dürften sie im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO nur dann angerechnet werden, wenn sie regelmässig anfielen und konkret belegt seien. Mangels Belegen seien daher keine Krankheitskosten zu berücksichtigen (act. 4 S. 4 f.).

3.3.3. Betreffend die geltend gemachten Abzahlungsraten von Fr. 350.– für die Steuerschulden aus der Steuerperiode 2014 verwies die Vorinstanz auf eine von der Beklagten ins Recht gereichte Verfügung des zuständigen Steueramtes. Zwar habe die Beklagte – so die Vorinstanz – keine Überweisungsbelege oder Einzahlungsscheine eingereicht, aus denen hervorgehe, dass sie die Steuerschuld auch tatsächlich abbezahle, doch seien ihr diesbezüglich zumindest entsprechende Rückstellungen anzurechnen, damit sie auf jeden Fall in die Lage versetzt werden könne, diese Schuld zu tilgen. Da der Steuerausstand gemäss Verfügung der Steuerbehörden aber bis 30. Juni 2016 beglichen werden müsse, erhöhe sich der monatliche Überschuss der Beklagten ab dem 1. Juli 2016 um Fr. 350.– (act. 4 S. 5 f.).

3.3.4. Betreffend die weiteren von der Beklagten geltend gemachten Positionen für Schuldentilgungen hielt die Vorinstanz Folgendes fest (act. 4 S. 6 f.):

Die Beklagte habe geltend gemacht, dass sie bis Anfang Mai 2016 den vom Kläger übernommenen Genossenschaftsanteilsschein mit monatlichen Raten von

Fr. 200.– abzahlen müsse. Auch für diese regelmässig anfallende Ausgabenposition habe die Beklagten indes weder Überweisungsanzeigen noch Einzahlungsscheine vorgelegt, sondern lediglich auf entsprechende Rechnungen der Genossenschaft verwiesen. Trotz mangelndem Nachweis der tatsächlichen Abzahlung sei der geltend gemachte Betrag aber bis Ende April 2016 in ihrem Bedarf anzurechnen.

Ebenfalls zu berücksichtigen seien die Abzahlungsraten von Fr. 800.– für einen Kredit bei der C._____ AG. Die Beklagte habe trotz entsprechender Aufforderung in der Verfügung vom 5. Januar 2016 nicht dargelegt, zu welchem Zweck sie bei der C._____ AG zwei Darlehen in der Höhe von Fr. 38'000.– bzw. Fr. 20'000.– aufgenommen habe. Nachdem im Eheschutzverfahren jedoch ausgeführt worden sei, die Beklagte habe Schulden gemacht, um ihre Familie in Thailand zu unterstützen, sei nicht anzunehmen, dass sie mit den Darlehen einen luxuriösen Lebensstil geführt habe. Nicht zu beachten seien hingegen die geltend gemachten Raten für die Rückstände bei der D._____ in der Höhe von Fr. 120.– monatlich. Mit diesen Belastungen habe die Beklagte einen über ihren Verhältnissen liegenden Lebensstandard geführt, obwohl ihr aufgrund zahlreicher Verpflichtungen bewusst gewesen sei, dass sie die Schulden nicht ohne weiteres werde abbezahlen können.

3.4. Die Beklagte beanstandet unter mehreren Gesichtspunkten die von der Vorinstanz berücksichtigte bzw. nichtberücksichtigte zukünftige Veränderung ihrer finanziellen Verhältnisse. Dabei wendet sie zunächst ein, die Abzahlungsraten der C._____ AG würden nur für die Zeit vom 31. Januar 2016 bis 31. Januar 2017 Fr. 800.– betragen. Bis Ende Januar 2016 und nach Ende Januar 2017 müsse sie Ratenzahlungen von Fr. 1'259.20 leisten. Bis Ende Januar 2016 habe sie daher über gar keinen Überschuss verfügt. Weiter wendet die Beklagte ein, ab 6. Oktober 2016 keine Krankentaggelder mehr zu erhalten, da der gesetzlich vorgeschriebene Maximalanspruch von 730 Tagen dannzumal erreicht sei. Ab diesem Zeitpunkt sei sie deshalb auf Sozialhilfe angewiesen und würde nicht mehr über einen monatlichen Freibetrag von Fr. 720.– verfügen. Aus diesen Gründen sei sie

nicht in der Lage, die mutmasslichen Prozesskosten innert der zu erwartenden Verfahrensdauer zu tilgen (act. 2 S. 4).

3.4.1. Die Beklagte irrt, wenn sie davon ausgeht, es seien sämtliche möglichen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse während der mutmasslichen Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Wie gesehen (vgl. Ziff. 3.2. vorne), sind im Rahmen der Beurteilung eines Armenrechtsgesuchs nur diejenigen zukünftigen Veränderungen von Belang, deren Eintritt in naher Zukunft genügend wahrscheinlich erscheinen und deren Folgen für die finanzielle Situation der Beklagten konkret abschätzbar sind.

Die Vorbringen der Beklagten in Bezug auf die Nichtberücksichtigung ihrer zukünftigen Einkommensverschlechterung aufgrund der auslaufenden Krankentaggelder sind vor diesem Hintergrund nicht stichhaltig. Vor Vorinstanz war ungewiss, bis wann die Beklagte Krankentaggelder erhalten würde. Die im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Unterlagen (act. 3/3-4) müssen aufgrund der Novenschranke (Art. 326 ZPO; vgl. Ziff. 2.4. vorne) unberücksichtigt bleiben. Darüber hinaus kann die Beklagte ohnehin nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten. Im vorinstanzlichen Verfahren lagen einzig die Lohnabrechnungen für die Monate Mai bis Juli 2015 im Recht (act. 17/1). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 28. Oktober 2015 führte die Beklagte aus, die Leistungen der Krankenversicherung würden noch ungefähr ein Jahr ausbezahlt, was nachher komme, sei unklar (vgl. Prot. VI S. 5). Selbst wenn der genaue Zeitpunkt für die Einstellung dieser Leistungen im erstinstanzlichen Verfahren bekannt gewesen wäre, wäre immer noch unklar gewesen, ob resp. wenn ja in welchem Umfang die Beklagte anschliessend von der Sozialhilfe unterstützt würde. Eine in naher Zukunft zu erwartende Verschlechterung der Einkommensverhältnisse der Beklagten war aus Sicht der Vorinstanz mangels konkreter Anhaltspunkte somit nicht abschätzbar. Von da her ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit auf die regelmässig ausbezahlten Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 3'720.– abgestellt hat. Sollte sich die Einkommenssituation der Beklagten nach Einstellung der Leistungen der Krankenversicherung verschlechtern,

steht es ihr frei, ein neues Gesuch um Prozesskostenvorschuss resp. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu stellen.

3.4.2. Auch die Kritik der Beklagten zur von der Vorinstanz berücksichtigten Höhe der Amortisationszahlungen für den Privatkredit bei der C._____ AG geht fehl. Zunächst ist nicht von Belang, ob die Abzahlungsraten für den Zeitraum ab Einreichung des Armenrechtsgesuchs bis Ende Januar 2016 Fr. 1'295.20 anstatt Fr. 800.– betragen haben. Wie gesehen (vgl. Ziff. 3.2. vorne) durfte die Vorinstanz auf die Umstände im Zeitpunkt des Entscheids, als die Beklagte Schuldenraten von Fr. 800.– zahlte, abstellen.

Sodann ist die Folgerung der Beklagten, wonach sie aufgrund der Erhöhung der Kreditraten ab Februar 2017 über keinen Überschuss zur Tilgung der mutmasslichen Prozesskosten mehr verfüge, nicht überzeugend. Wie die Vorinstanz richtig erwog (vgl. act. 4 S. 6), sind regelmässige und vertragskonforme Leistungen von Kreditraten im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO grundsätzlich zu berücksichtigen. Ausgenommen ist jedoch die Berücksichtigung von Schuldverpflichtungen für kreditfinanzierte nicht lebensnotwendige Konsumgüter sowie luxuriöse Kompetenzgüter. Regelmässig bezahlte Abzahlungsschulden für nicht notwendige Konsumgüter sind nur zu berücksichtigen, wenn die Gesuchstellerin diese nicht ohne erhebliche Nachteile veräussern und aus dem Erlös den Abzahlungskredit vertragskonform tilgen oder herabsetzen kann, was von ihr darzulegen ist (vgl. auch BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 198 f. sowie BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl. 2013, Art. 117 N 14, je mit weiteren Hinweisen).

Zu welchem Zweck die Beklagte bei der C._____ AG zwei Darlehen in der Gesamtsumme von Fr. 58'000.– aufgenommen hatte, ist nicht bekannt. Die Beklagte konnte trotz entsprechender Aufforderung der Vorinstanz in der Verfügung vom 5. Januar 2016 (vgl. act. 23) keine sachdienlichen Aussagen dazu machen. In ihrer Stellungnahme führte sie lediglich aus, das Darlehen von Fr. 38'000.– sei aufgenommen worden, um ein Kredit bei der E._____ Bank zurückzuzahlen, während sie mit den weiteren Fr. 20'000.– private Kredite und laufende Kosten gedeckt habe (act. 28 S. 2). Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint es aus Sicht der Kammer fraglich, ob die Schuldentilgung für die bei der C._____ AG

aufgenommenen Darlehen im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit nach Art. 117 a ZPO überhaupt berücksichtigt werden durften. Zu vertiefen ist das allerdings nicht, zumal dies am Ergebnis nichts änderte.

Die C._____ AG hat die Kreditraten auf Anfrage der Beklagten bis Ende Januar 2017 auf Fr. 800.– reduziert (act. 29/3). Ob die Kreditgeberin auf erneutes Ersuchen der Beklagten bereit wäre, auch für die Zeit ab Februar 2017 die tieferen Amortisationszahlungen oder gar eine weitere Reduktion der Raten zu gewähren, wird im erwähnten Schreiben der C._____ AG nicht ausgeschlossen und erscheint daher durchaus als realistisch. Dies insbesondere dann, wenn die Beklagte die Rückzahlungen jeweils pünktlich bezahlt. Ob der Beklagten ab Anfang Februar 2017 eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse droht, erscheint daher nicht ausreichend wahrscheinlich. Schliesslich liess die Beklagte auch die Frage des Klägers vom 7. Dezember 2015, ob bei ihrer Arbeitsunfähigkeit für die Kreditzahlungen eine Versicherung bestehe (act. 22 S. 2), unbeantwortet. Aus diesen Gründen aber auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass völlig unklar ist, wofür das Darlehen verwendet wurde, ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz bei der Prüfung der Mittellosigkeit der Beklagten wohlwollend die bis Ende Januar 2016 zu leistenden tieferen Schuldenraten berücksichtigt hat. Auch in diesem Zusammenhang ist die Beklagte indes darauf hinzuweisen, dass es ihr für den Fall einer Erhöhung der Schuldenraten im Bedarfsfall offen stünde, ein neues Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu stellen.

3.4.3. Die Beklagte gibt schliesslich zu bedenken, dass das Scheidungsverfahren aufgrund der komplexen Verhältnisse, v.a. der güterrechtlichen Auseinandersetzung, längere Zeit dauern werde und dass die mutmasslichen Gerichts- und Anwaltskosten daher Fr. 5'000.– übersteigen würden (act. 2 S. 5). Das Scheidungsverfahren wurde am 14. August 2015 anhängig gemacht. Bei einer mutmasslichen Prozessdauer von zwei Jahren kann die Beklagte angesichts der von der Vorinstanz errechneten und aufgrund der vorstehenden Erwägungen massgeblichen monatlichen Freibeträge ab April 2016 insgesamt Fr. 10'270.– ansparen (= Fr. 170.– im April 2016 + 2 x Fr. 370.– bis Juni 2016 + 13 x Fr. 720.– bis

Ende Juli 2017). Mit diesem Überschuss ist die Beklagte in der Lage, die zu erwartenden Prozess- und Anwaltskosten des hängigen Scheidungsverfahrens zu begleichen. Auch dieser Einwand der Beklagten schießt somit ins Leere.

3.5. Abschliessend ist Folgendes zu erwähnen: Sofern die Mittellosigkeit nicht bereits aufgrund der Einkommensverhältnisse verneint werden muss, sind auch die Vermögensverhältnisse zu prüfen (vgl. HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 36). Die Vorinstanz wies bei der Prüfung der Mittellosigkeit darauf hin, dass die Vermögensverhältnisse der Beklagten trotz Mitwirkungspflicht und entsprechender Aufforderung Seitens des Gerichts unklar geblieben seien. Da die Beklagte aber bereits aufgrund ihrer Einkommensverhältnisse nicht mittellos sei, könne offen bleiben, wie es sich mit ihren Vermögensverhältnissen verhalte (act. 4 S. 8).

Dem ist zuzustimmen. Die Vorinstanz forderte die Beklagte in der Verfügung vom 5. Januar 2016 auf, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und zu belegen. Gleichzeitig wurde sie auf die Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht hingewiesen (act. 23). Trotz dieser Aufforderung hat die Beklagte sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse nicht umfassend erörtert. In Bezug auf die lückenhaft belegten Einkommensverhältnissen ist ihr die Vorinstanz bei mehreren Bedarfspositionen, so insbesondere bei den Abzahlungsraten für diverse Schuldverpflichtungen (vgl. Ziff. 3.3.2.-3.3.4), aus Kulanz entgegengekommen (vgl. act. 4 S. 7 unten). Die Vermögensverhältnisse der Beklagten sind jedoch fast gänzlich unbekannt geblieben. Vor allem hat es die Beklagte unterlassen, das von der Vorinstanz verlangte fehlende Wertchriftenverzeichnis für die Steuererklärung 2014 einzureichen. Auch im Rechtsmittelverfahren beschränkt sie sich darauf hinzuweisen, über kein Vermögen zu verfügen (act. 2 S. 5), ohne auf die von der Vorinstanz festgestellte unklare Vermögenssituation näher einzugehen. An der Feststellung, dass sie ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist, ändert sich dadurch nichts. Der Beschwerde wäre bereits aus diesem Grund kein Erfolg beschieden.

3.6. Zusammenfassend erweisen sich die Einwände der Beklagten gegen den Entscheid der Vorinstanz als unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Beklagte ersucht für das Rechtsmittelverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde als aussichtslos. Dem Gesuch kann daher nicht entsprochen werden.

4.2. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO keine Gerichtskosten zu erheben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung auf das kantonale Beschwerdeverfahren nicht anwendbar (BGE 137 III 470, E. 6.5). Die Kammer hat sich dieser Auffassung unlängst angeschlossen (vgl. Anzeige der Praxisänderung in OGer ZH RU160002 vom 14. März 2016, E. 4 sowie OGer ZH RU160006 vom 14. März 2016, E. 7, je mit weiteren Hinweisen), weshalb für das vorliegende Verfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG Kosten von Fr. 300.– zu erheben sind. Die Kosten sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am: