

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC180013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Beschluss und Urteil vom 12. Juni 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin / Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner / Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., lic. oec. HSG Y. _____

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

Beschwerde / Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 26. März 2018; Proz. FE160273

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 8/12; act. 8/67)

Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen Prozesskostenbeitrag, einstweilen beziffert mit CHF 5'000.–, zu bezahlen.

Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin beizugeben.

Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 26. März 2018:

(act. 8/102 = act. 4)

1. Das Gesuch der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, für die mutmasslichen Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Uster (Postkonto 80-4944-0, lautend auf Bezirksgerichtskanzlei, 8610 Uster, Zahlungszweck: "Geschäfts-Nr.: FE160273-I", IBAN: CH60 0900 0000 8000 4944 0) einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten. Der Vorschuss ist zahlbar in 6 monatlichen Raten à Fr. 500.–, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Mai 2018.
Sofern für die Einzahlung des Kostenvorschusses nicht der beiliegende Einzahlungsschein verwendet wird, ist als Zahlungszweck zwingend die "Geschäfts-Nr.: FE160273-I" anzugeben.
- 3./4. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde].

Rechtsmittelanträge der Beklagten:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Kläger (Ehemann) zu verpflichten, der Beklagten / Beschwerdeführerin einen angemessenen Prozesskostenbeitrag für das Ehescheidungsverfahren (FE160273) vor dem Bezirksgericht Uster zu bezahlen. Eventualiter sei der Beklagten / Beschwerdeführerin für das Ehescheidungsverfahren (FE160273) die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen.
2. Es sei der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien haben am tt. Dezember 2003 geheiratet. Ihrer Ehe entspross die am tt.mm.2006 geborene Tochter C. _____ (act. 8/4).
2. Am 31. Oktober 2016 reichte der Kläger, Beschwerdegegner und Berufungsbeklagter (nachfolgend Kläger) ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (act. 8/1). Nachdem den Parteien mit Verfügung vom 16. Januar 2017 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt wurde (act. 8/7), stellte die Beklagte, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beklagte) die eingangs genannten Begehren (act. 8/12). Daraufhin wurde der Beklagten die Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses abgenommen, wobei sie darauf hingewiesen wurde, dass sie ihre Begehren an der Verhandlung vom 4. Mai 2017 zu begründen habe (act. 8/16). Anlässlich der Anhörung und Instruktionsverhandlung vom 4. Mai 2017 wurden die Begehren nicht thematisiert (Prot. VI. S. 8 f.). Die Begründung erfolgte jedoch mit Eingabe vom 24. August 2017 (act. 8/67). In der Folge fand am 7. September 2017 die Fortsetzung der Instruktionsverhandlung

statt (Prot. VI. S. 12 f.). Da keine umfassende Einigung über die Nebenfolgen erzielt werden konnte, wurde das Verfahren strittig weiter geführt (Prot. VI S. 12 f.). Klagebegründung, Klageantwort und Replik wurden in der Folge erstattet; es läuft die Frist zur Erstattung der Duplik (act. 8/80; act. 8/90; act. 8/100; act. 8/104). Mit Verfügung vom 26. März 2018 entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinn und wies das Gesuch der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger und eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 8/102 = act. 4).

3. Die Beklagte focht die vorinstanzliche Verfügungen vom 26. März 2018 mit Eingabe vom 6. April 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig (act. 8/103; act. 2) beim Obergericht des Kantons Zürich an und stellte die vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-108). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Prozessuale Vorbemerkungen

1. Die Vorinstanz belehrte in der angefochtenen Verfügung einzig das Rechtsmittel der Beschwerde. Dies ergibt sich für die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege aus Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO.

2. Der Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gilt jedoch als vorsorgliche Massnahme, die nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO berufungsfähig ist, sofern der erforderliche Streitwert erreicht ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert richtet sich beim Prozesskostenvorschuss nach dem Hauptsacheverfahren (vgl. dazu OGer ZH LY170014 vom 17. Oktober 2017 E. II.1. und OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. II.1.). In der Hauptsache geht es um einen Scheidungsprozess. Es ist daher von einer grundsätzlich nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Entsprechend ist die Rechtsmitteleingabe der

Beklagten in Bezug auf die Abweisung des Antrags auf einen Prozesskostenvorschuss als Berufung entgegenzunehmen.

3. Der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten geht dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Folglich ist in erster Linie der Anspruch der Beklagten auf einen Prozesskostenvorschuss zu prüfen; auf das subsidiäre Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gegebenenfalls später zurückzukommen.

4. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zur unrichtigen Rechtsanwendung gehört ebenfalls die falsche Ermessensausübung, weshalb sie im Gesetz nicht eigens erwähnt wird. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid innerhalb eines gerichtlichen Ermessensspielraums liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des konkreten Falles gleichwohl unzweckmässig erscheint. Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast, d.h. die Berufung führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid ihrer Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

III.

Zur Berufung/Beschwerde im Einzelnen

1. Vorbemerkungen

1.1. 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 dargelegt. Da für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen gelten (vgl. etwa BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011 E. 3.1), kann – um unnötige Wie-

derholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden (act. 4 S. 2 E. 2.1 ff.). Vorausgesetzt ist also zunächst, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

1.2. Die Vorinstanz verneinte die Mittellosigkeit der Beklagten im Wesentlichen mit der Begründung, nach einer Gegenüberstellung des aktuellen Einkommens und der Bedarfszahlen der Beklagten resultiere ein monatlicher Überschuss, der ausreiche, um für die Kosten des Prozesses – zumindest ratenweise und über einen Zeitraum von maximal eineinhalb Jahren – aufzukommen (act. 4 S. 14 E. 2.4.).

1.3. Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die finanziellen Verhältnisse im Entscheidungszeitpunkt abgestellt und verschiedene Bedarfspositionen zu Unrecht gekürzt respektive nicht berücksichtigt. Damit habe die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt und den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (act. 2 S. 3 ff.).

2. Mittellosigkeit

2.1. Zeitpunkt der Beurteilung

2.1.1. Die Vorinstanz erwog, für die Beurteilung der Mittellosigkeit sei grundsätzlich auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen. Veränderungen der massgeblichen Verhältnisse seien aber zu berücksichtigen. Daher könne berücksichtigt werden, wenn die gesuchstellende Partei nach Einreichung des Gesuchs, aber noch vor dem Entscheid darüber, in günstigere wirtschaftliche Verhältnisse gelange (act. 4 S. 4 E. 2.3.1.). Die Vorinstanz stellte in der Folge auf die finanziellen Verhältnisse ab, wie sie sich im Zeitpunkt der Beurteilung des Gesuchs präsentierten (vgl. act. 4 S. 4 E. 2.3.2. ff.).

2.1.2. Die Beklagte bringt dagegen vor, sie sei davon ausgegangen, bei der Beurteilung ihres Gesuchs werde auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abgestellt, wie dies grundsätzlich üblich sei. Sie habe daher keine weiteren Belege zu Veränderungen ihrer Ausgaben einreichen können und müssen. Die Vorinstanz habe ihr Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses

und unentgeltliche Rechtspflege erst nach einem Jahr beurteilt, ohne darauf hinzuweisen, dass nicht nur auf die ökonomische Situation bei der Gesuchseinreichung abgestellt werde, sondern auch aktuelle, mutmassliche Veränderungen in die Beurteilung und Berechnung mit einbezogen würden. Indem die Vorinstanz sie nicht darauf hingewiesen und ihr keine Gelegenheit zur Aktualisierung der Belege gegeben habe, sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Vorinstanz habe zudem geltendes Recht verletzt, indem sie nicht geprüft und nachgefragt habe, ob die Beklagte inzwischen in schlechtere wirtschaftliche Verhältnisse gelangt sei (act. 2 S. 3 Rz. 4 f.).

2.1.3. Massgebend zur Beurteilung der Bedürftigkeit sind grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkt der Stellung des Gesuchs (BGE 135 I 221 E. 5.1; BGer 4D_19/2016, vom 11. April 2016, E. 4.1.; BGE 122 I 5, E. 4a). Steht aber fest, dass die Bedürftigkeit im Zeitpunkt des Entscheids nicht bzw. nicht mehr gegeben ist, kann auf die Verhältnisse in diesem Zeitpunkt abgestellt werden. Dies ergibt sich aus Art. 123 ZPO, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Könnte eine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach Einreichung des Gesuchs – aber vor dem Entscheid über das Gesuch – hingegen nicht berücksichtigt werden, müsste zunächst die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und gleichzeitig durch Anordnung einer entsprechenden Rückzahlung wieder entzogen werden. Ein solcher rein bürokratischer Mehraufwand kann nicht der Sinn der Art. 117 ff. ZPO sein (vgl. BGer 5D_79/2015 vom 15. September 2015, E. 2.2.; BGer 5A_124/2012 vom 28. März 2012, E. 3.3.; BGE 108 V 165, E. 4; so auch: BK ZPO-BÜHLER, Bern 2012, Art. 119 ZPO N 49 ff.; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 119 N 9; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 20; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 117 N 4). Das Abstellen der Vorinstanz auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Entscheidzeitpunkt ist somit nicht zu beanstanden.

2.1.4. Entgegen der Auffassung der Beklagten musste ihr die Vorinstanz auch keine Gelegenheit geben, vor dem Entscheid ihre finanziellen Verhältnisse nochmals darzulegen. Im Verfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschus-

ses wie auch im Verfahren um Bewilligung der unentgeltliche Rechtspflege hat die gesuchstellende Partei ihre aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzutun und soweit möglich zu belegen (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Insofern wird die Untersuchungsmaxime durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei beschränkt (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4a; BGE 120 Ia 179 E. 3.a). Die Beklagte hätte somit Veränderungen ihrer finanziellen Verhältnisse von sich aus darzulegen gehabt. Daran vermag auch die richterliche Fragepflicht nichts zu ändern. Die richterliche Fragepflicht entbindet die Parteien weder von der zumutbaren Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, noch soll sie prozessuale Nachlässigkeiten ausgleichen (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2.). Sie kommt daher nur zum Tragen, wenn ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass die gesuchstellende Partei ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast vollständig nachgekommen ist (BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 119 N 37). Hier bestanden jedoch weder Unklarheiten noch war die Gesuchsbegründung unvollständig. Die Vorinstanz hatte folglich keinen Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht und musste der Beklagten auch keine Gelegenheit zur Ergänzung des Gesuchs geben. Vielmehr wäre es aufgrund der umfassenden Mitwirkungspflicht an der – anwaltlich vertretenen – Beklagten gewesen, die Vorinstanz über angebliche Verschlechterungen der finanziellen Verhältnisse zu informieren. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

2.2. Einkommen

2.2.1. Die Vorinstanz ging bei der Beurteilung der Mittellosigkeit von einem monatlichen Einkommen der Beklagten von Fr. 4'240.65 aus, welches sich einerseits aus Renteneinkommen (Fr. 2'840.65) und andererseits aus Unterhaltsbeiträgen (Fr. 1'400.–) zusammensetzt. Sie erwog dazu, aus den Kontoauszügen der Beklagten sei ersichtlich, dass der Kläger seiner Unterhaltsverpflichtung in den letzten Monaten nur unregelmässig und unvollständig nachgekommen sei. So habe er von Mitte September 2017 bis Januar 2018 durchschnittlich nur Fr. 740.– pro Monat überwiesen. Die Beklagte habe jedoch die Möglichkeit gehabt, den Unterhaltsanspruch auf dem Betreuungsweg ohne grössere Hürden durchzusetzen. Sie habe denn auch bereits vorsorgliche Massnahmen beantragt. Die vom Kläger

geschuldeten Unterhaltsbeiträge seien somit grundsätzlich verfügbar oder zumindest kurzfristig realisierbar, weshalb sie der Beklagten als Einkommen anzurechnen seien (act. 4 S. 5 E. 2.3.2.).

2.2.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, der Ehegattenunterhalt sei vom Kläger seit längerem nur teilweise und unregelmässig bezahlt worden. Gleichzeitig mit dem angefochtenen Entscheid habe die Vorinstanz nun eine Schuldneranweisung gegen den Kläger ausgesprochen, welche allerdings noch nicht rechtskräftig sei. Werde der Ehegattenunterhalt nun zukünftig tatsächlich gezahlt, könne von einem Einkommen von Fr. 4'240.65 ausgegangen werden, ansonsten jedoch nicht. Nicht berücksichtigt sei aber, dass der Ehegattenunterhalt nun im Scheidungsverfahren neu festzusetzen sei und der Kläger beantragt habe, dass kein nachehelicher Unterhalt zuzusprechen sei. Ohne den Ehegattenunterhalt habe die Beklagte ein monatliches Einkommen von Fr. 2'840.67 und sei klar mittellos (act. 2 S. 4 Rz. 7).

2.2.3. Gemäss dem sog. Effektivitätsgrundsatz sind für die Beurteilung der Mittellosigkeit diejenigen Einkünfte und Vermögenswerte zu berücksichtigen, die tatsächlich vorhanden und effektiv für die gesuchstellende Partei verfügbar oder wenigstens realisierbar sind. Erst in der Zukunft allfällig an- bzw. wegfallende Einkünfte sind demnach unbeachtlich. Hypothetische Einkommensauf- bzw. -abrechnungen haben zu unterbleiben (vgl. BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 8; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 117 N 20 je m.w.H.).

2.2.4. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kam der Kläger seiner Unterhaltsverpflichtung nur unregelmässig und unvollständig nach. Anstelle der Fr. 1'400.– überwies er der Beklagten von Mitte September 2017 bis Januar 2018 durchschnittlich Fr. 740.– (act. 4 S. 5 E. 2.3.2. mit Verweis auf act. 8/93/4). Ebenfalls zutreffend ist jedoch, dass die Beklagte ein Gesuch um Schuldneranweisung stellte, welches am 26. März 2018 gutgeheissen wurde (act. 8/106). Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass zukünftig die vollen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von monatlich Fr. 1'400.– bezahlt würden, diese mithin für die Beklagte nun effektiv verfügbar seien. Dass der Unterhaltsbeitrag im Scheidungsverfahren neu und allenfalls tiefer festgesetzt wird, ist für die Beurteilung der Mittellosigkeit hingegen unerheblich. Der Ausgang des Scheidungsver-

fahren ist offen und der vom Kläger beantragte Verzicht auf die Zusprechung zukünftiger Unterhaltsbeiträge ist ebenso hypothetisch wie die von der Beklagten beantragte Erhöhung der Unterhaltsbeiträge auf Fr. 1'700.– (vgl. act. 8/84 S. 2). Die Vorinstanz rechnete der Beklagten somit zu Recht ein Einkommen von Fr. 4'240.65 an.

2.3. Bedarf

Die Vorinstanz ging sodann von folgenden Bedarfspositionen der Beklagten aus:

Grundbetrag (73% von Fr. 1'350.–)	Fr.	985.50
Zuschlag 20%	Fr.	197.10
Wohnkosten	Fr.	665.00
Obligatorische Krankenkassenprämien	Fr.	297.40
Gesundheitskosten	Fr.	30.00
Kommunikationskosten	Fr.	120.00
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr.	7.25
Fahrzeug	Fr.	180.00
Steuern	Fr.	260.00
Total:	Fr.	2'742.25

2.4. Zuschlag zum Grundbedarf

2.4.1. Die Vorinstanz erwog, es erscheine ein Zuschlag auf den Grundbetrag angemessen. Der Zuschlag sei dabei im unteren Bereich anzusetzen, da die Beklagte in Deutschland wohne. Unter Berücksichtigung der Allergien der Beklagten rechtfertige sich ein Zuschlag von 20% (act. 4 S. 8 E. 2.3.4.).

2.4.2. Die Beklagte wendet ein, üblicherweise werde der prozessrechtliche Notbedarf um 30% auf den jeweiligen Grundbetrag erhöht. Bei einem Grundbetrag von Fr. 1'350.– entspreche dies einem Zuschlag von Fr. 405.–. Da die Beklagte in Deutschland wohne, betrage ihr Grundbetrag Fr. 985.50, der übliche Zuschlag von 30% betrage damit Fr. 295.65. Die Vorinstanz rechne der Beklagten jedoch nur einen Zuschlag von 20%, mithin Fr. 197.10 an, was weniger als die Hälfte des üblichen in der Schweiz gewährten Zuschlags sei. Diese Reduktion des Zuschlags sei willkürlich. Es sei der Beklagten vielmehr ein Zuschlag von 30%, wenn nicht sogar höher, da sie an Allergien leide, zu berücksichtigen (act. 2 S. 5 Rz. 9 f.).

2.4.3. Der Grundbetrag kann – wie die Vorinstanz zutreffend ausführte – um einen Zuschlag von 15% bis 30% erhöht werden, sofern und soweit es die individuellen Umstände des konkreten Einzelfalles gebieten (vgl. act. 4 S. 7 E. 2.3.4. mit Verweis auf BGer 5P.295/2005 vom 4. Oktober 2005, E. 2.3.2). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist folglich – auch für in der Schweiz lebende Personen – nicht pauschal ein Zuschlag von 30% zu gewähren, sondern es sind die individuellen Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Dabei stellt ein Zuschlag von 30% die Obergrenze und nicht – wie die Beklagte meint – den Ausgangspunkt der Prüfung dar. Anstelle eines Minimalzuschlags von 15% gewährte die Vorinstanz einen Zuschlag von 20%. Damit trug sie den Allergien der Beklagten, welche im Übrigen auch bei den Gesundheitskosten berücksichtigt wurden (act. 4 S. 10 E. 2.3.4.d), angemessene Rechnung. Weshalb hier ein höherer Zuschlag zu gewähren wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht dargelegt. Der von der Vorinstanz gewährte Zuschlag von Fr. 197.10 ist somit nicht zu beanstanden.

2.5. Lebensversicherung

2.5.1. Zu den Kosten der Lebensversicherung erwog die Vorinstanz, Privatversicherungen würden grundsätzlich durch den Grundbetrag abgedeckt. Zudem seien die eingereichten Unterlagen veraltet. Im Übrigen hätte selbst eine Berücksichtigung der monatlichen Raten in der Höhe von Fr. 15.85 keinen Einfluss auf den Entscheid (act. 4 S. 11 E. 2.3.4.h).

2.5.2. Die Beklagte macht geltend, eine Lebensversicherung als Sicherheit für die Hypothek abgeschlossen und diese an die Hypothekbank verpfändet zu haben. Dies ergebe sich aus dem Rahmenvertrag zum Grundpfandkredit. Daher bezahle die Beklagte jährlich Fr. 190.20, was die Zahlungsbelege beweisen würden. Diese Kosten nicht zu berücksichtigen, sei willkürlich. Ihr seien folglich monatliche Auslagen von Fr. 15.85 anzurechnen (act. 2 S. 6 Rz. 17 mit Verweis auf act. 8/78/11).

2.5.3. Einerseits setzt sich die Beklagte mit ihren Ausführungen nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, sondern wiederholt einzig ihren bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Standpunkt (act. 8/67 S. 3), womit sie ihrer Begründungsobliegenheit nicht nachkommt. Andererseits übersieht sie, dass ihr bereits

ein Zuschlag auf den Grundbetrag gewährt wurde (vgl. hiervor E. III. 2.4.2.). Dieser Zuschlag dient der Deckung gewisser Basisbedürfnisse, die über das strikt Notwendige hinausgehen, aber im Existenzminimum nach Art. 93 SchKG mit Blick auf die Priorität der Schuldentilgung nicht berücksichtigt werden, z.B. Krankenkassenprämien im überobligatorischen Bereich, Prämien für private Zusatzversicherungen, für Lebensversicherungen etc. Wird wie hier ein pauschaler Zuschlag in den Notbedarf aufgenommen, können konkrete Zuschlagpositionen keine Berücksichtigung mehr finden (OGer ZH vom 19. Januar 2018, PQ170101, E. III. 1.). Die Vorinstanz hat die Auslagen für die Lebensversicherung somit zu Recht nicht zusätzlich – und damit doppelt – im Bedarf der Beklagten berücksichtigt.

2.6. Fahrzeugkosten

2.6.1. Die Vorinstanz erwog zu den geltend gemachten Fahrzeugkosten von Fr. 435.–, das Fahrzeug der Beklagten weise Kompetenzcharakter auf, weshalb die Fahrzeugkosten grundsätzlich im prozessualen Notbedarf zu berücksichtigen seien. Die Ratenzahlungen für das Fahrzeug seien jedoch letztmals im März 2018 zu leisten gewesen und würden somit zukünftig nicht mehr anfallen. Solche Veränderungen könnten beachtet und die Kosten unberücksichtigt gelassen werden. Die Beklagte habe zudem nicht ausreichend belegt, dass die Ratenzahlungen regelmässig erfolgt seien. Ohnehin würde eine Berücksichtigung der Ratenzahlungen bis März 2018 nichts am Ergebnis ändern. Der Beklagten sei daher ein Pauschalbetrag von Fr. 180.– anzurechnen, welcher auch die Benzin- und Unterhaltskosten abdecke (act. 4 S. 11 E. 2.3.4.j.).

2.6.2. Die Beklagte rügt, es sei willkürlich, wenn die Vorinstanz die Raten für das Fahrzeug in der Höhe von Fr. 360.50 nicht berücksichtige. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei mit Eingabe vom 9. Februar 2017 gestellt und am 24. August 2017 begründet worden. Die Belege zu den Fahrzeugraten seien am 24. März 2017 eingereicht worden. Danach habe sie auf einen Entscheid gewartet, weshalb sie keine neuen und aktuellen Belege eingereicht habe. Sie habe davon ausgehen dürfen, über ihr Gesuch werde zeitnah und unter Berücksichtigung der finanziellen Situation bei Gesuchseinreichung entschieden. Es sei daher will-

kürlich, auf die aktuelle Situation der endenden Ratenzahlungen abzustellen, ohne dabei zu berücksichtigen, ob stattdessen andere finanzielle Verpflichtungen oder Änderungen bei der Beklagten eingetreten seien. Die Vorinstanz hätte sich vor ihrem Entscheid erkundigen müssen, ob sich die Verhältnisse verändert haben, was sie jedoch unterlassen habe. Die Beklagte habe ihr bisheriges Fahrzeug inzwischen verkaufen und ein Allradfahrzeug anschaffen müssen, da sie im Winter festgestellt habe, dass ihr bisheriges Fahrzeug im Schnee nicht fahrbar sei. Jetzt zahle sie zwar keine monatliche Raten mehr an die Mercedes Benz Bank in der Höhe von Fr. 360.50, jedoch monatliche Raten von Euro 300.– (Fr. 356.07) an ihren Bruder und dessen Ehefrau, da diese ihr das Geld für den Autokauf geliehen hätten (act. 2 S. 7 Rz. 18).

2.6.3. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Vorinstanz erst ein Jahr nach der Gesuchseinreichung respektive ein halbes Jahr nach der Gesuchsbeurteilung über ihre Anträge befand, obwohl über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich unverzüglich zu entscheiden ist. Das lange Zuwarten mit dem Entscheid, ändert nichts an der Mitwirkungspflicht der Beklagten. Wie bereits ausgeführt, obliegt es der gesuchstellenden Partei, Veränderungen ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse – wie die Aufnahme eines Darlehens – mitzuteilen (siehe hiervor E. III. 2.1.4.). Dies unterliess die Beklagte jedoch trotz entsprechender Gelegenheit (vgl. act. 8/82; act. 8/84; act. 8/86; act. 8/89).

2.6.4. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen abschliessend, unter welchen Voraussetzungen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime fällt (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

Der Darlehensvertrag datiert vom 24. September 2017 (act. 5/1). Die Beklagte äusserte sich seither mehrfach im vorinstanzlichen Verfahren (vgl. act. 8/82; act. 8/84; act. 8/86; act. 8/89). Weshalb der Darlehensvertrag dabei un-

erwähnt blieb, legt sie nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen dürfte wohl bereits im Zeitpunkt der Gesuchsbegründung vom 24. August 2017 klar gewesen sein, dass die Beklagte ein neues Fahrzeug kaufen wird, zumal sie ja im Winter bemerkt haben will, dass ihr altes Fahrzeug im Schnee nicht fahrbar sei (act. 2 S. 7 Rz. 18). Bei zumutbarer Sorgfalt hätte die Darlehensaufnahme somit bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können, weshalb deren Vorbringen erst im Rechtsmittelverfahren verspätet und nicht mehr zulässig ist.

Hinzu kommt, dass ohnehin die nötigen Angaben für eine Berücksichtigung der Rückzahlungsraten fehlen. Aus dem Darlehensvertrag geht einzig hervor, dass die Beklagte ein Darlehen in der Höhe von Euro 10'000.– bei D. _____ und E. _____ aufgenommen hat, welches sie in 32 Raten à Euro 300.– und einer Rate à Euro 400.– zurückzahlen habe (act. 5/1). Nicht ersichtlich ist hingegen, wofür die Darlehensaufnahme erfolgte. Zum angeblichen Autokauf – wie auch zum behaupteten Verkauf des bisherigen Fahrzeugs – fehlen jegliche Angaben. Damit liesse sich nicht beurteilen, ob es sich bei den Rückzahlungsraten um eine zu berücksichtigende Schuldverpflichtung handelt oder ob damit luxuriöse oder nicht lebensnotwendige Kompetenzgüter finanziert wurden, welche bei der Beurteilung der Mittellosigkeit nicht zu berücksichtigen wären (vgl. dazu BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 199 m.w.H.).

2.7. Schulden

2.7.1. Die Vorinstanz erwog zu den Schuldverpflichtungen der Beklagten, die Beklagte mache geltend, von der Familie gewährte Privatkredite in monatlichen Raten von Fr. 285.– zurückzahlen. Aus den eingereichten Unterlagen lasse sich aber nicht erkennen, ob die Beklagte die Ratenzahlungen an die Familie tatsächlich geleistet habe. Der Privatkredit in der Höhe von Euro 1'600.– sei bereits abbezahlt und betreffe zudem einen teuren Fernseher, mithin ein Luxusgut, weshalb Abzahlungen ohnehin nicht zu berücksichtigen seien (act. 4 S. 12 E. 2.3.4.j).

2.7.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, die Vorinstanz habe erst am 24. März 2018 über das Gesuch entschieden und habe dabei fehlerhaft nicht nur auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, sondern auch teilweise auf den aktuellen Zeit-

punkt abgestellt. So sei der Fernseher in Raten von Euro 100.– mittlerweile abbezahlt worden. Für den Privatkredit von Euro 5'000.– zahle die Beklagte monatliche Raten von Euro 150.–. Da Schuldverpflichtungen im Notbedarf zu berücksichtigen seien und bei richtiger Sachverhaltsfeststellung auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen sei, seien in ihrem Bedarf Abzahlungsraten in der Höhe von Fr. 296.70 (Euro 250.– x 1.1869) zu berücksichtigen (act. 2 S. 8 Rz. 19).

2.7.3. Schuldverpflichtungen sind nur zu berücksichtigen, sofern diese regelmässig bezahlt werden (für Steuerschulden: BGE 135 I 221 E. 5.2.; für andere Schuldverpflichtungen: BK ZPO-BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 198 m.w.H.). Dabei obliegt es der gesuchstellenden Partei, die regelmässige Abzahlung nachzuweisen. Die Vorinstanz erwog, aus den eingereichten Belegen lasse sich nicht erkennen, ob die Beklagte die Ratenzahlung tatsächlich geleistet habe und noch leiste (act. 4 S. 12 E. 2.3.4.j). Dem hält die Beklagte nichts von Belang entgegen. Insbesondere zeigt sie nicht auf, was an den vorinstanzlichen Erwägungen falsch sein soll. Vielmehr stellt sie sich erneut auf den Standpunkt, es wäre bei der Beurteilung des Gesuchs auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen gewesen. Dabei verkennt sie, dass selbst bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung Belege für regelmässige Abzahlungen fehlten und damit eine Berücksichtigung der beiden Privatkredite ausschied. Die Vorinstanz hat die Abzahlungsraten folglich zu Recht nicht berücksichtigt.

2.8. Monatlicher Überschuss

Im Ergebnis ging die Vorinstanz somit zu Recht von einem Einkommen der Beklagten in der Höhe von Fr. 4'240.65 und einem prozessualen Notbedarf von Fr. 2'742.25 aus. Daraus resultiert ein monatlicher Überschuss von Fr. 1'498.40. Da die Mittellosigkeit der Beklagten – wie sogleich zu zeigen sein wird – bereits aufgrund ihrer Einkommensverhältnisse verneint werden kann, erübrigt sich eine Prüfung ihrer Vermögensverhältnisse.

2.9. Mutmassliche Prozesskosten

2.9.1. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist ein allfälliger Überschuss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen, wobei es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei einfachen Prozessen innert eines Jahres, bei aufwendigen Prozessen innert zwei Jahren zu tilgen (act. 4 S. 14 E. 2.4. mit Verweis auf BGE 135 I 221, E. 5.1.).

2.9.2. Die Vorinstanz erwog, für einfache Verfahren sei mit Prozesskosten zwischen Fr. 6'000.– und maximal Fr. 12'000.– zu rechnen. Für kostspielige Verfahren mit Prozesskosten zwischen Fr. 12'000.– und maximal Fr. 24'000.–. Werde von einem aufwendigen Verfahren und Prozesskosten in der Höhe von Fr. 18'000.– ausgegangen, brauche die Beklagte bei einem monatlichen Überschuss von Fr. 1'498.40 ein Jahr zur Begleichung der Gerichtskosten. Bei einem weniger aufwändigen Verfahren und Prozesskosten in der Höhe von Fr. 11'000.– brauche die Beklagte knapp siebeneinhalb Monate. Die Beklagte sei folglich nicht mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO.

2.9.3. Die Beklagte wendet dagegen ein, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und die richterliche Fragepflicht verletzt, indem sie von Prozesskosten in der Höhe von Fr. 18'000.– ausgegangen sei. Aufgrund der Prozessgeschichte und der Akten sei offensichtlich, dass es sich um ein aufwendiges Verfahren handle, welches bereits wesentlich höhere Kosten als Fr. 18'000.– verursacht habe. Es hätten bereits zwei längere Verhandlungen stattgefunden, die Akten seien umfangreich und die Angelegenheit der Parteien sei sehr komplex und schwierig. Der Steuererklärung 2017 des Klägers lasse sich entnehmen, dass dieser per 31. Dezember 2017 offene Honorarforderungen von Fr. 18'464.– bei seinem Rechtsanwalt habe. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger bereits Vorschüsse oder Raten an seinen Rechtsvertreter bezahlt habe, weshalb die effektiven Anwaltskosten höher seien als Fr. 18'464.–. Zudem sei eine umfangreiche Replik verfasst worden, weshalb von Anwaltskosten zwischen Fr. 25'000.– und Fr. 30'000.– auszugehen seien. Die eigenen Anwaltskosten beliefen sich bei einem Zeitaufwand von 95.25 Stunden und einem Stundenansatz von Fr. 250.–

auf Fr. 23'812.50 zuzüglich Auslagen. Ihr sei zudem bereits Frist für die Duplik zur 22-seitigen Replik des Klägers angesetzt worden. Ein Prozessende sei nicht in Sicht. Hinzuzurechnen sei ausserdem der von ihr einverlangte Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'000.–. Bereits bei den aktuellen Anwaltskosten von Fr. 23'812.50 zuzüglich des Gerichtskostenvorschusses würden sich Prozesskosten von Fr. 26'812.50 ergeben. Da die Unterzeichnende eine Duplik verfassen müsse, würden weitere Fr. 5'000.– hinzu kommen, weshalb mit Prozesskosten von mindestens Fr. 35'000.– zu rechnen sei. Mit dem von der Vorinstanz errechneten Überschuss von Fr. 1'498.40 brauche die Beklagte 24 Monate um die Prozesskosten zu begleichen. Bei diesem langen Zeitraum sei zu bedenken, dass gerade der Ehegattenunterhalt im Scheidungsverfahren umstritten sei. Sollte die Beklagte – wie vom Kläger beantragt – keinen Unterhalt mehr erhalten, sei es ihr niemals möglich, die Prozesskosten abzuführen. Unter dem Blickwinkel des ungewissen Prozessausgangs wäre es der Vorinstanz möglich gewesen, die unentgeltliche Rechtspflege vorerst oder unter Vorbehalt zu gewähren (act. 2 S. 9 Rz. 22 ff.).

2.9.4. Mit der Beklagten ist von einem eher aufwändigen Scheidungsverfahren auszugehen, zumal bereits zwei Verhandlungen stattgefunden haben, die Akten umfangreich sind und nicht einfache güterrechtliche Ansprüche zu beurteilen sind. Entsprechend ist auf die Tilgung der Prozesskosten während einer Zeitspanne von zwei Jahren abzustellen. Wie die Beklagte aber selbst ausführt, ist sie mit einem monatlichen Überschuss von Fr. 1'498.40 in der Lage, die von ihr geltend gemachten Prozesskosten in der Höhe von Fr. 35'000.– innert dieser Zeitspanne zu tilgen. Sie gilt damit nicht als prozessual mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO.

2.9.5. Daran ändert nichts, dass die Höhe der vom Kläger zu zahlenden Unterhaltsbeiträge im Scheidungsverfahren strittig ist. Eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge ist ebenso ungewiss wie die Höhe eines allfälligen güterrechtlichen Anspruchs der Beklagten. Immerhin rechnet die Beklagte mit einem Erlös aus dem Verkauf der im Gesamtgut der Parteien stehenden Liegenschaft in der Höhe von Fr. 388'435.25, welcher hälftig zu teilen sei (act. 8/84 S. 22 f.). Solche hypothetischen Veränderungen können bei der Beurteilung der Mittellosigkeit indes

nicht berücksichtigt werden. Es ist auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen (siehe hiervor E. III. 2.2.3.). Da die Beklagte mit einem monatlichen Überschuss von Fr. 1'498.40 in der Lage ist, selbst die von ihr geltend gemachten Prozesskosten von Fr. 35'000.– innert zwei Jahren zu tilgen, ist ihre Mittellosigkeit zu verneinen. Damit erübrigt es sich, auf ihre weiteren Einwendungen einzugehen.

3. Fazit

3.1. Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Mittellosigkeit der Beklagten zu Recht verneint und die Anträge der Beklagten auf Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Recht abgewiesen. Folglich sind sowohl die Berufung als auch die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

3.2. Nach Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO hemmt die Berufung bei vorsorglichen Massnahmen – gleich wie die Beschwerde (Art. 325 Abs. 1 ZPO) – die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht, weshalb die von der Vorinstanz angesetzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses trotz Rechtsmittelerhebung weiterlief. Jedoch ist die Rechtsmittelerhebung sinngemäss als eventuelles Fristerstreckungsgesuch zu verstehen (vgl. OGer ZH, RB160013 vom 23. August 2016, E. III./7. mit Verweis auf BGE 138 III 163). Die Vorinstanz wird der Beklagten daher die (erste) Frist zur Leistung des Kostenvorschusses neu anzusetzen haben.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Beklagte stellt auch für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen (E. III.2.), erweist sich das Rechtsmittel von vornherein als aussichtslos. Das Gesuch der Beklagten ist bereits deshalb abzuweisen. Im Übrigen kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden, weshalb auch die Mittellosigkeit der Beklagten zu verneinen wäre.

2. Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr 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. 500.– festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen.

3. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger nicht, da ihm keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten, Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger, Beschwerdegegner und Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an

das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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

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

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

MLaw J. Nagel

versandt am: