

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss und Urteil vom 11. März 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Sistierung)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 25. Januar 2019 (FE170729-L)

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 22. September 2017 machte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) die diesem Verfahren zugrunde liegende Scheidungsklage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/1). Gleichzeitig stellte er einen Antrag um vorsorgliche Massnahmen (Urk. 7/1 S. 3). Nach Abweisung des klägerischen Gesuches um Verpflichtung der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7/14) wurden die Parteien auf den 16. Januar 2018 zur Einigungsverhandlung und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen (Urk. 7/16). Anlässlich dieser Verhandlung beantragte die Beklagte die Abweisung des klägerischen Antrages um vorsorgliche Massnahmen. Sodann stellte sie den Antrag, der Kläger sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von mindestens Fr. 5'000.– zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 7/27 S. 2). Mit Verfügung vom 16. Januar 2018 wurde der Antrag des Klägers, wonach seine Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten im Sinne einer vorsorglichen Massnahme per Datum Einreichung der Klage einstweilen aufzuheben sei, abgewiesen, und der Kläger verpflichtet, der Beklagten für das Scheidungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen (Urk. 7/29; Urk. 7/37). Mit Eingabe vom 7. Februar 2018 beantragte Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, er sei rückwirkend als unentgeltlicher Rechtsvertreter der Beklagten einzusetzen, falls der der Beklagten mit Verfügung vom 16. Januar 2018 zugesprochene Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– aufgrund der Betreuung gegen den Kläger nicht erhältlich gemacht werden könne (Urk. 7/35). Die vom Kläger gegen die Verfügung vom 16. Januar 2018 erhobene Berufung wurde mit Urteil der Kammer vom 3. Oktober 2018 abgewiesen und besagter Entscheid bestätigt (Urk. 7/39). Mit Verfügung vom 23. November 2018 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist an, um der Beklagten den Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu überweisen und einen Beleg für die Überweisung einzureichen (Urk. 7/40). Mit Verfügung vom 25. Januar 2019 fällte die Vorinstanz den folgenden Entscheid (Urk. 2 = Urk. 7/42):

- "1. Das vorliegende Scheidungsverfahren wird einstweilen bis Ende Juni 2019 sistiert.

2. Die Beklagte wird ersucht, das Gericht bis spätestens Ende Juni 2019 über den Stand der Dinge in Bezug auf den Nachweis der Uneinbringlichkeit des ihr zugesprochenen Prozesskostenvorschusses zu orientieren.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Rechtsmittel)"

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 8. Februar 2019 rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Dispo.-Ziff. 1 der Verfügung vom 25. Januar 2019 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, der Beklagten umgehend Frist zur Einreichung der Klageantwort anzusetzen;
2. Eventualiter sei Dispo.-Ziff. 1 der Verfügung vom 25. Januar 2019 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, der Beklagten umgehend eine nicht erstreckbare Frist von zehn Tagen zur Darlegung der Uneinbringlichkeit des mit Verfügung vom 16. Januar 2018 zugesprochenen Prozesskostenvorschusses anzusetzen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Prozessualer Antrag:

1. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen; eventualiter sei ausnahmsweise auf die Erhebung eines Kostenvorschusses durch das Gericht zu verzichten;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

1.3. Mit Verfügung vom 14. Februar 2019 wurde der Beklagten Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 8). Am 15. Februar 2019 reichte die Beklagte eine unaufgeforderte Stellungnahme ein, welche dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. Urk. 9). Die Beschwerdeantwort der Beklagten datiert vom 22. Februar 2019. Darin stellte die Beklagte folgende Anträge (Urk. 11 S. 1):

- "1. Die Beschwerde sei, soweit darauf einzutreten ist, unter KEF abzuweisen.
2. Der Beschwerdegegnerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnende als deren Rechtsvertreter einzusetzen.

3. Der Beschwerdegegnerin sei eine Parteientschädigung zuzusprechen.
4. Der Beschwerdeführer sei vorgängig zur Sicherstellung der Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung zu verpflichten."

Die Beschwerdeantwort wurde dem Kläger mit Verfügung vom 26. Februar 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 13). Der Kläger reichte am 8. März 2019 eine Stellungnahme ein (Urk. 14), welche der Beklagten mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen ist.

2.1. Gemäss Art. 126 Abs. 2 ZPO ist die Sistierung mit Beschwerde anfechtbar, weshalb die Beschwerde des Klägers ohne weiteres zulässig ist (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) inhaltlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und mittels Verweisungen auf konkrete Stellen in den vorinstanzlichen Akten hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Die blosser Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.).

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_117/2016 vom 9. Juni 2016, E. 3.2.1; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4). Noven können in der Beschwerde jedoch so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (BGE 139 III 466 E. 3.4; bestätigt in BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

3.1. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die von der Vorinstanz verfügte Sistierung des Scheidungsprozesses zwischen den Parteien. Gestützt auf Art. 126 ZPO kann das Gericht ein Verfahren sistieren, wenn es die Zweckmässigkeit verlangt. Die Sistierung aus Zweckmässigkeitsgründen hat generell einem echten Bedürfnis zu entsprechen, d.h. soll nicht leichthin angeordnet werden, da eine Sistierung ein Verfahren immer verzögert, was dem Grundsatz der zügigen Prozessleitung widerspricht (Art. 124 ZPO). So muss ein objektiver Grund vorliegen, welcher die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich oder unzweckmässig macht. Ob eine Sistierung zweckmässig ist, hat das Gericht unter Abwägung der Interessen der Parteien und dem Gebot der beförderlichen Prozess erledigung zu entscheiden (BK ZPO-Frei, Art. 126 N 1; ZK ZPO-Staehelin, Art. 126 N 4; Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 126 N 8; BSK ZPO-Gschwend, Art. 126 N 2).

3.2. Die vorinstanzlichen Erwägungen, dass die Verpflichtung des Staates, einer mittellosen Partei in einer nicht von vornherein aussichtslosen Angelegenheit die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, subsidiär zur Unterhaltspflicht sei, die sich aus dem Familienrecht ergebe, und dass aufgrund dieser Subsidiarität die unentgeltliche Rechtspflege nur beansprucht werden könne, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss nicht leisten könne oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten eingetrieben werden könne (Urk. 2 S. 2), sind zutreffend und entsprechen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.1 f.; BGer 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer 5A_497/2018 vom 26. Sep-

tember 2018, E. 3.3.4). Angesichts dessen ist die Vorinstanz auch zutreffend zum Schluss gelangt, dass die Beklagte den Nachweis der Uneinbringlichkeit des ihr mit Verfügung vom 16. Januar 2018 zugesprochenen Prozesskostenvorschusses zu erbringen habe, bevor über ihren Antrag, Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ sei rückwirkend als unentgeltlicher Rechtsvertreter einzusetzen, falls der ihr zugesprochene Prozesskostenvorschuss aufgrund der Betreuung nicht erhältlich gemacht werden könne, entschieden werden könne (Urk. 2 S. 2). Die vorinstanzliche Feststellung, dass es dem Berechtigten zufolge Unklarheit der Prozessfinanzierung bis nach Leistung des ihm – durch prozessleitenden Entscheid zugesprochenen – Prozesskostenvorschusses nicht zuzumuten sei, sich auf weitere Prozesshandlungen einzulassen (Urk. 2 S. 2 f.), findet ihre Stütze in der Literatur und Rechtsprechung (Walter Bühler/Karl Spühler, Das Eherecht, 1. Teilband/2. Hälfte: Die Ehescheidung [Art. 137 bis 158 ZGB], 3. Aufl., Zürich 1980, N 293 zu Art. 145 aZGB mit Verweis auf ZR 1933 Nr. 56 und ZR 1948 Nr. 75; vgl. auch *OGer ZH PC130017 vom 25.04.2013, E. II.4*; *OGer ZH PC110003 vom 01.06.2012, E. II.*). Sie deckt sich auch mit der – ebenfalls mit der Begründung, dass Klient und Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können müssen, ergangenen – bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach ein Gesuch um unentgeltlichen Rechtspflege umgehend beurteilt werden muss, wenn nach der Gesuchseinreichung weitere Verfahrensschritte vorzunehmen sind und vom Gesuchsteller weitere Prozesshandlungen verlangt werden (BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2 unter Hinweis auf BGer 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004, E. 4.3; bestätigt in BGer 8C_911/2011 vom 4. Juli 2012, E. 6.1 m.w.Hinw.; BGer 5A_587/2014 vom 5. September 2014, E. 2.4.3; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 4.6; vgl. auch *OGer ZH RU170071 vom 20.12.2017, E. 3.3.2*). Der Kläger geht insofern fehl in seiner Annahme, die Vorinstanz habe das Scheidungsverfahren unabhängig von der Frage, ob der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde, fortzuführen (Urk. 1 S. 7). Nicht ausschlaggebend ist – entgegen der klägerischen Auffassung (Urk. 1 S. 7 f.) – auch, ob die betreffende Partei die Kosten infolge Anrechnung des Prozesskostenvorschusses im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder Rückzahlung der erlassenen Prozesskosten selber zu tragen hat, geht es

doch vielmehr darum, dass sie nicht infolge derzeitiger Mittellosigkeit des Zugangs zur Rechtspflege verlustig geht. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass der Prozess daher bis zur Leistung des Prozesskostenvorschusses, jedenfalls wenn der Berechtigte es verlangt, zu ruhen habe, sei es mittels formeller Einstellung des Verfahrens, sei es durch formloses Aussetzen weiterer Prozesshandlungen. Damit es nicht zu Prozessverschleppungen kommen könne, werde zweckmässigerweise dem Vorschusspflichtigen eine Frist zur Vorschussleistung und nötigenfalls dem Berechtigten zur Anhebung der Betreibung angesetzt. Dies führe zum Verlust des Anspruchs auf Zuwarten mit weiteren Prozesshandlungen, wenn die Betreibung gegen den Vorschusspflichtigen nicht eingeleitet werde. Führe die Betreibung nicht dazu, dass der Vorschuss geleistet werde oder sei die Betreibung (z.B. im Ausland) von Anfang an nicht möglich oder zumutbar, so sei bei Säumnis des vorschusspflichtigen Beklagten der bedürftigen klagenden Partei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Bei Säumnis der klagenden Partei seien Androhung oder Verwirklichung eines prozessualen Nachteils zulässig (Walter Bühler/Karl Spühler, a.a.O., N 293 f. zu Art. 145 aZGB; vgl. auch *OGer ZH PC130017 vom 25.04.2013, E. II.4*; *OGer ZH PC110003 vom 01.06.2012, E. II.*).

Die Sistierung des Verfahrens zum Nachweis der Uneinbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses durch die Beklagte nach vormaliger Aufforderung des Klägers zur Leistung desselben durch die Vorinstanz ist somit vorliegend in Anbetracht der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege und des Umstandes, dass es der Beklagten nicht zuzumuten ist, sich auf weitere Prozesshandlungen einzulassen, bis feststeht, auf welche Mittel sie zur Tilgung der ihr im Scheidungsprozess anfallenden Kosten zurückgreifen kann, nicht zu beanstanden. Dass die Beklagte keinen Antrag auf Sistierung gestellt hat, ist – entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 1 S. 8 f.) – vorliegend nicht ausschlaggebend. Die Prozessleitung ist eine Aufgabe des Gerichts und der Disposition der Parteien entzogen. Zwar kann jede Partei jederzeit einen Antrag auf Sistierung des Verfahrens stellen. Das Gericht kann die Sistierung jedoch auch von Amtes wegen anordnen (Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 126 N 18 f.).

3.3. Soweit der Kläger in seiner Beschwerde weiter moniert, die Vorinstanz habe es seit über einem Jahr unterlassen, den nächsten Verfahrensschritt – Fristansetzung der Beklagten zur Darlegung der Uneinbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses und/oder zur Einreichung der Klageantwort – vorzunehmen, was beides ohne Weiteres im Anschluss an die Eingabe der Beklagten vom 7. Februar 2018 hätte verfügt werden können (Urk. 1 S. 6 und 8), ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Zwar trifft es zu, dass die Beklagte bereits mit Eingabe vom 7. Februar 2018 beantragte, Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ sei rückwirkend als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter einzusetzen, falls der ihr mit Verfügung vom 16. Januar 2019 zugesprochene Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– beim Kläger nicht erhältlich gemacht werden könne (Urk. 7/35). Ebenso trifft es zu, dass die Vorinstanz erst mit Verfügung vom 23. November 2018 (Urk. 7/40) bzw. mit Verfügung vom 25. Januar 2019 (Urk. 2) dem Kläger Frist zur Zahlung des Prozesskostenvorschusses bzw. der Beklagten Frist zum Nachweis der Uneinbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses ansetzte, wie dies der Kläger in der Beschwerde vorbringt. Indes ist zu berücksichtigen, dass sich die Prozessakten der Vorinstanz nach Zustellung der begründeten Fassung der Verfügung vom 16. Januar 2018 an die Parteien am 13./14. Februar 2018 (vgl. Urk. 7/38/1-2) infolge der vom Kläger gegen diesen Entscheid erhobenen Berufung (Geschäfts-Nr. LY180008) während rund acht Monaten am Obergericht des Kantons Zürich befanden. Die vorinstanzlichen Akten lagen der Vorinstanz – wie sich aus dem Mitteilungssatz sowie dem Eingangsstempel auf dem Urteil der Kammer vom 3. Oktober 2018 ergibt (vgl. Urk. 7/39) – erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist am 22. November 2018 wieder vor. Unmittelbar darauf setzte die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2018 dem Kläger eine Frist von 20 Tagen an, um der Beklagten Fr. 5'000.– zu überweisen und dem Gericht den entsprechenden Beleg für die Überweisung zukommen zu lassen (Urk. 7/40). Diese Verfügung wurde den Parteien am 30. November 2018 zugestellt (Urk. 41/1-2), womit dem Kläger die Frist – unter Berücksichtigung der Gerichtsferien vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) – am 7. Januar 2019 ablief. Bereits mit Datum vom 25. Januar 2019 erliess die Vorinstanz die angefochtene Verfügung (Urk. 2), weshalb der Vorwurf des Klägers, die Vorinstanz sei erneut zwei Monate

untätig geblieben (Urk. 1 S. 9), nicht verfangt. Es sind demnach entgegen der Auffassung des Klägers keine grossen Lücken hinsichtlich des prozessualen Handelns auszumachen. Damit kann der Vorinstanz keine Rechtsverzögerung vorgeworfen werden. Dass er im Zeitraum, in dem sich die Akten beim Obergericht befanden, bei der Vorinstanz um Fortsetzung des Scheidungsverfahrens ersucht hätte, macht der Kläger denn auch weder geltend noch ist dies aus den Akten ersichtlich. Auch für seine unsubstantiierte blosser Behauptung, er habe seit Oktober 2018 mehrmals telefonisch bei der Vorinstanz angefragt, wie es weitergehe (Urk. 1 S. 6), lässt sich in den Akten keine Stütze in Form einer Telefonnotiz finden. Weshalb aus dem Umstand, dass die Vorinstanz der Beklagten mit dem angefochtenen Entscheid zur Darlegung der Uneinbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses Frist bis Ende Juni 2019 angesetzt hat, darauf geschlossen werden müsste, dass vor August/September 2019 keine weitere Verfahrensschritte erfolgen, wie dies der Kläger in seiner Beschwerde vorbringt (Urk. 1 S. 6), erhellt nicht. Es handelt sich hierbei um eine blosser Vermutung des Klägers, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

3.4. Soweit der Kläger mit den erstmals vor Obergericht erhobenen Behauptungen, der Rechtsvertreter der Beklagten habe bei ihm am 30. Januar 2018 und am 11. Oktober 2018 erfolglos die Zahlung des Prozesskostenvorschusses eingefordert, die Beklagte habe ihn am 28. März 2018 erfolglos aufgrund von nichtbezahlten Unterhaltsbeiträgen von Fr. 40'180.60 betrieben und es beständen etliche weitere laufende Betreibungen bzw. Pfändungsverfahren (Urk. 1 S. 6 f.), die Uneinbringlichkeit des von ihm zu leistenden Prozesskostenvorschusses geltend machen will, ist ihm entgegenzuhalten, dass diese Vorbringen neu und genauso wie die dazu neu eingereichten Schreiben von Rechtsanwalt Y. _____ (Urk. 5/11; Urk. 5/13) und der Betreibungsregisterauszug (Urk. 5/12) im vorliegenden Beschwerdeverfahren aufgrund von Art. 326 Abs. 1 ZPO unbeachtlich sind, zumal die Zulässigkeit der Noven vom Kläger in seiner Beschwerde nicht dargetan wurde (vgl. E. 2.3). Dasselbe gilt hinsichtlich der in der Beschwerde erstmals vorgebrachten Behauptung des Klägers, gemäss Praxis der Zürcher Gerichte könne von einem Rechtsvertreter in Bezug auf die Uneinbringlichkeit von Parteientschädigungen insbesondere dann keine Betreibung mehr verlangt werden, wenn die-

ser die Gegenpartei erfolglos zur Zahlung aufgefordert habe und aus dem Betreibungsregister unbezahlte öffentlich-rechtliche Forderungen ersichtlich seien, so wie bei ihm Forderungen der Alimentenstelle der Stadt Zürich oder der Inkassostelle der Gerichte Zürich (Urk. 1 S. 7). Ohnehin könnte eine solche "Praxis" zur Einbringlichkeit von Parteienschädigungen nicht unbesehen auf die Frage der Einbringlichkeit eines Prozesskostenvorschusses übertragen werden. So bejaht das Bundesgericht aussergewöhnliche Schwierigkeiten bei der Einbringlichkeit des Kostenvorschusses, welche die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege rechtfertigen, erst dann, wenn der Prozesskostenvorschuss trotz aller zumutbarer Bemühungen ausgefallen ist und zwar aus Gründen, die nicht in der Person der berechtigten Partei liegen (vgl. BGer 5A_843/2009 vom 23. Februar 2010, E. 4.3).

3.5. Nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Kläger schliesslich indem er vorbringt, aufgrund der Rechtsverzögerung durch die Vorinstanz häuften sich seine Schulden infolge der laufenden Unterhaltsverpflichtungen, die er nicht zu bezahlen vermöge (Urk. 1 S. 8). So stünde es dem Kläger frei, seine Unterhaltsverpflichtungen gegebenenfalls in einem (erneuten) Abänderungsverfahren anpassen zu lassen.

3.6. Nach dem Gesagten kann der Vorinstanz keine Rechtsverzögerung vorgeworfen werden. Eine bloss zehntägige Frist zum Nachweis der Uneinbringlichkeit des Prozesskostenvorschusses, wie der Kläger im Beschwerdeverfahren eventualiter beantragt (Urk. 1 S. 2), ist bereits daher ausgeschlossen, da der Beklagten die Möglichkeit eingeräumt werden muss, den Prozesskostenvorschuss auf dem Weg der Schuldbetreibung einzutreiben und innert dieser kurzen Frist kein Resultat in der Betreibung erwartet werden könnte. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.1. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Sie sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Der Kläger ist entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten, der Beklagten in Anwendung von § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 13

Abs. 1 und 2 AnwGebV eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 500.– für das Rechtsmittelverfahren zu bezahlen; mangels Antrags ist ein Mehrwertsteuerzusatz nicht geschuldet.

4.3. Es erschliesst sich nicht, was die Beklagte mit ihrem Antrag, der Kläger sei vorgängig zur Sicherstellung der Gerichtskosten zu verpflichten, zu ihren Gunsten zu erreichen sucht (Urk. 11 S. 1). Soweit sie überdies unter Hinweis auf Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO beantragen lässt, der Kläger sei zur Sicherstellung der Parteientschädigung zu verpflichten (Urk. 11 S. 1 und 3), ist ihr entgegenzuhalten, dass gemäss Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO im Scheidungsverfahren nach den Art. 274-294 ZPO – und insofern auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren – keine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten ist (BSK ZPO-Rüegg, Art. 99 N 21).

5.1. Beide Parteien ersuchen für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (vgl. Urk. 1 S. 2; Urk. 11 S. 1). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist auch an dieser Stelle, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO vorgeht (BGE 85 I 1 E. 3; BGE 138 III 672 E. 4.2.1; *OGer PC130062 vom 29. Januar 2014, E. II.4.1*; BK ZPO I-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117 bis 123 N 49; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 5). Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen, oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf Beantragung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann. Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss zu leisten ist, darf nicht faktisch einer antizipierenden Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlassen werden. Fehlen die notwendigen Ausführungen zum Prozesskostenvorschuss, liegt es nicht am ersuchten Ge-

richt, in den Akten nach Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen, dass kein Anspruch auf einen solchen besteht. Es darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darlegt, weshalb die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1; BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 201, E. 3.1 f.).

5.2. Wie die vorstehenden Erwägungen (E. 3.1 f.) zeigen, erweist sich die Beschwerde als aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO). Dem Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren kann daher nicht entsprochen werden.

5.3. Die Beklagte hat im Beschwerdeverfahren weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gestellt noch hat sie explizit dargelegt, weshalb sie auf einen solchen Antrag verzichtet (vgl. Urk. 11). Dies wäre aber schon allein deshalb notwendig gewesen, weil sich die Beklagte in ihrer Beschwerdeantwort auf den Standpunkt stellt, der Kläger sei leistungsfähig (vgl. Urk. 11 S. 2). Damit ist auch das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Der Antrag der Beklagten, der Kläger sei vorgängig zur Sicherstellung der Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung zu verpflichten, wird abgewiesen.

4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Zustellung des Doppels von Urk. 14, sowie an die Vorinstanz, 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.

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, 11. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
mc