

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 9. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Klägerin (Gesuchstellerin) und Berufungsklägerin / Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

und

B._____,

Beklagter (Gesuchsteller) und Berufungsbeklagter / Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

sowie

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____,

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

Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivilsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. Oktober 2019; Proz. FE180036

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. A._____ (Klägerin/Gesuchstellerin und Berufungsklägerin/Beschwerdeführerin, fortan Klägerin) und B._____ (Beklagter/Gesuchsteller und Berufungsbeklagter/Beschwerdegegner, fortan Beklagter) sind seit dem tt. September 2009 verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder, E._____ (geb. tt. November 2001), C._____ (geb. tt.mm.2011) und D._____ (geb. tt.mm.2014, vgl. act. 5/2 und /2a). Die Klägerin ist zudem Mutter des volljährigen F._____ (geb. tt. Juli 1999). Seit Ende Dezember 2015 leben die Parteien getrennt (vgl. act. 5/6/12 S. 3).

2. Am 2. Mai 2016 schlossen sie im Eheschutzverfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil eine Trennungsvereinbarung (Geschäft-Nr. EE160032, act. 5/6/11). Mit Urteil gleichen Datums wurden die drei gemeinsamen Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter der gemeinsamen Obhut der Parteien belassen mit Hauptwohnsitz beim Beklagten. Im Übrigen wurde die Vereinbarung der Parteien vorgemerkt bzw. genehmigt, so hinsichtlich der Betreuungsregelung (Werktags sowie jedes zweite Wochenende zzgl. vier Wochen Ferien pro Jahr Betreuung durch die Klägerin, in der übrigen Zeit Betreuung durch den Beklagten), der Kinderkosten (der Beklagte verpflichtete sich, sämtliche im Zusammenhang mit der Erziehung und Betreuung der Kinder anfallenden Kosten vollumfänglich zu übernehmen) und des Ehegattenunterhalts;

der Beklagte verpflichtete sich, der Klägerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'160.– ab 1. Mai 2016 bzw. von Fr. 3'900.– ab 1. Februar 2017 zu bezahlen und die monatlichen Krankenkassenprämien der Klägerin sowie die Kosten für die Schmuckversicherung zu übernehmen (vgl. act. 5/6/12 S. 2-5).

3. Unbestritten (geblieben) ist, dass der Beklagte der Klägerin monatlich Fr. 4'530.– (= Fr. 3'900.– zzgl. die Krankenkassenprämie der Klägerin, act. 5/40 S. 2, Prot. I S. 57 und 61) überwies. Die Betreuungsregelung gemäss Eheschutzentscheid wurde faktisch nie umgesetzt; die beiden Söhne wurden unter der Woche vom Beklagten betreut und von der Klägerin seit Sommer 2018 jeweils an den Wochenenden von Freitag- bis Sonntagabend (vgl. act. 6 S. 16, Prot. I S. 59 und 66). Die inzwischen volljährige Tochter E. _____ lebt seit Sommer 2017 bei der Klägerin (Prot. I S. 10 und 13). Unbestritten ist weiter, dass die Klägerin seit August 2016 mit ihrem neuen Partner und der am tt.mm.2017 geborenen gemeinsamen Tochter G. _____ zusammen lebt (vgl. act. 5/79 S. 3; act. 5/88 S. 6, 8; Prot. I S. 68).

4.1 Seit März 2018 stehen sich die Parteien in einem Scheidungsverfahren nach Art. 112 ZGB am Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (fortan Vorinstanz) gegenüber (act. 5/1, act. 5/4, act. 5/19). Nachdem hinsichtlich der Nebenfolgen der Scheidung anlässlich der Verhandlung vom 7. Juni 2018 keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte – umstritten war insbesondere die Zuteilung der Obhut über die Söhne C. _____ und D. _____ (vgl. Prot. I S. 8) –, wurde das Verfahren kontradiktorisch weitergeführt und für die beiden verfahrensbeteiligten Kinder eine Rechtsvertreterin ernannt (act. 5/26 und act. 5/29). Die Klägerin erstattete am 3. September 2018 die Klagebegründung und stellte u.a. den prozessualen Antrag, es sei der Beklagte zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 15'000.– zu verpflichten, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 5/35 S. 4). Der Beklagte beantwortete die Klage mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2018 (zum prozessualen Antrag, act. 5/40) und 7. Dezember 2018 (in der Sache, act. 5/43).

4.2 Die Vorinstanz forderte die Parteien mit Verfügung vom 28. Januar 2019 unter Hinweis auf ihre Mitwirkungsobliegenheit auf, eine vollständige Liste

der vorhandenen Schmuckstücke mit exakter Bezeichnung und Wertangabe einzureichen und mit Urkunden zu belegen (act. 5/46 S. 3 ff.). Die vom Beklagten in der Folge eingereichte Liste der Schmuckstücke inkl. entsprechender Kauf-Quittungen sowie des Versicherungswertes (act. 5/49) wurde von der Klägerin anerkannt und sie erklärte, die ihr zugeordneten Schmuckstücke (vgl. act. 5/48) vom Beklagten ausgehändigt erhalten zu haben (act. 5/51). Dabei handelt es sich um vier Damenuhren, je zwei der Marke Hublot und L. _____, ein Collier und Armband der Marke Hermes und drei Fingerringe (vgl. auch act. 5/35 S. 29 f.) mit einem Versicherungswert von total Fr. 90'000.– (act. 5/49 Blatt 1). An der Instruktionsverhandlung vom 24. April 2019 – an welcher erneut keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte – zog die Klägerin ihre prozessualen Anträge betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege für das Scheidungsverfahren zurück (Prot. I S. 34).

5.1 Am 25. April 2019 stellte der Beklagte ein unbegründetes Gesuch um Abänderung der Eheschutzmassnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 5/54), welches er nach Anordnung des Schriftenwechsels durch die Vorinstanz (act. 5/70) mit Schriftsatz vom 20. August 2019 begründete (act. 5/79). Er beantragte die vorsorgliche Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen an die Klägerin mit der Begründung, sie lebe mit ihrem neuen Partner in einem qualifizierten Konkubinat und sei ihm (dem Beklagten) gegenüber nicht mehr unterhaltsberechtig. Seine weiteren Anträge betrafen den von ihm zu zahlenden Unterhaltsbeitrag für die bei der Klägerin lebende Tochter E. _____ sowie die Anpassung der Betreuungsregelung für die Kinder C. _____ und D. _____ (act. 5/54 und act. 5/79 S. 1 f.). Nachdem die Klägerin mit Eingabe vom 3. Juli 2020 über ihre voraussichtlichen Massnahmenanträge informiert hatte (act. 5/65), nahm sie mit Schriftsatz vom 24. September 2019 Stellung zu den Massnahmenbegehren des Beklagten und beantragte deren Abweisung sowie die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen gemäss Eheschutzurteil vom 2. Mai 2016, namentlich Fr. 4'500.–, eventualiter in dessen Abänderung von mindestens Fr. 4'986.80. Weiter stellte sie in Abänderung des Eheschutzurteils die Anträge, die gemeinsamen Kinder unter die alleinige Obhut der Klägerin zu stellen, eventualiter C. _____ und D. _____ unter der gemeinsamen

Obhut zu belassen und die Betreuungsregelung anzupassen. In prozessualer Hinsicht beantragte die Klägerin, das Verfahrens sei bis zum Vorliegen des Erziehungsfähigkeitsgutachtens betreffend beide Parteien zu sistieren und der Beklagte zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses für das Massnahmeverfahren in Höhe von Fr. 9'000.– zu verpflichten, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 5/88 S. 2 f., 5, 29). Zur Stellungnahme des Beklagten vom 18. Oktober 2019 (act. 5/96) äusserte sich die Klägerin anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 23. Oktober 2019 (act. 5/99 und Prot. I S. 52 f. und 61 ff.), an welcher die Kindsvertreterin ihre Anträge stellte (act. 5/101). Gleichentags erliess die Vorinstanz zunächst unbegründet (act. 5/103) und hernach – auf Verlangen der Klägerin (act. 5/105) – in begründeter Form (act. 5/115 = act. 6) den Massnahmenentscheid. Darin wurden die Anträge der Klägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen (act. 6 Verfügung 1, Dispositiv-Ziffn. 1 und 2). Ebenfalls abgewiesen wurde ihr Sistierungsantrag (act. 6 Verfügung 2, Dispositiv-Ziff. 1). In Abänderung des Eheschutzurteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 2. Mai 2016 wurde die (bei der Klägerin lebende) Tochter E. _____ für die weitere Dauer des Verfahrens unter die alleinige Obhut der Klägerin gestellt und der vom Beklagten für E. _____ zu zahlende Unterhalt geregelt (act. 6 Verfügung 2, Dispositiv-Ziffn. 2 und 5). Der Antrag der Klägerin um Zuteilung der beiden Söhne C. _____ und D. _____ unter ihre alleinige Obhut wurde abgewiesen und die Betreuungsregelung angepasst (Betreuung durch die Klägerin an drei Wochenenden und einem Mittwochnachmittag pro Monat sowie während vier Wochen Schulferien pro Jahr, in der übrigen Zeit Betreuung durch den Beklagten, act. 6 Verfügung 2, Dispositiv-Ziffn. 3 und 4). Sodann wurde die Pflicht des Beklagten zur Zahlung von persönlichen monatlichen Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin rückwirkend per 1. September 2019 und für die weitere Dauer des Verfahrens sistiert (act. 6 Verfügung 2, Dispositiv-Ziff. 6). Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 3'800.– festgesetzt, dem Beklagten zu 1/5 und der Klägerin zu 4/5 auferlegt sowie die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'360.– (zzgl. MwSt) zu bezahlen (act. 6 Verfügung 2, Dispositiv-Ziffn. 7-9).

5.2 Die Klägerin wehrt sich gegen die Abweisung ihrer prozessualen Begehren. Mit Eingabe vom 19. Dezember 2019 (act. 2 inkl. Beilagen act. 3/1-3) erhob sie fristgerecht "Beschwerde" (zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5/116) mit den folgenden Anträgen:

- "1. Die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung seien aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von CHF 9'000.00 zu bezahlen.
3. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person von Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Prozessuale Anträge:

1. Es sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von CHF 2'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person von Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer von 7.7%) zulasten des Beschwerdegegners."

6. Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 5/1-116). Der Beklagte erstatte innert der ihm mit Verfügung vom 9. Juni 2020 angesetzten Frist (act. 9 und act. 10) die Berufungsantwort (act. 11 inkl. Beilage act. 12) mit den folgenden Anträgen (act. 11 S. 2):

- "1. Die Berufung / Beschwerde der Klägerin sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die prozessualen Anträge der Klägerin im Berufungs- / Beschwerdeverfahren seien ebenfalls abzuweisen.
3. Die Kosten des Berufungs- / Beschwerdeverfahrens seien der Klägerin aufzuerlegen und die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten eine angemessene Prozessentschädigung, zuzüglich 7,7% MWST zuzusprechen."

Da die Klägerin obsiegt, ist ihr mit dem vorliegenden Entscheid lediglich noch ein Doppel der Berufungsantwort (act. 11) zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Anlass des Rechtsmittelverfahrens bildet die Abweisung der beantragten Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, subsidiär geht es um die Ablehnung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Vorinstanz hat beide Anträge mit der Verfügung zum Massnahmenentscheid abgewiesen und als Rechtsmittel die Beschwerde angegeben (act. 6 Verfügung 1, Dispositiv-Ziffn. 1, 2 und 3).

2.1 Ob die Leistung, welche die Klägerin vom Beklagten ausschliesslich für das (Scheidungs-)Massnahmeverfahren betr. Abänderung Eheschutzentscheid verlangte, als Prozesskosten*beitrag* oder als Prozesskostenvorschuss zu bezeichnen ist (vgl. dazu OGerZH RE130016 Erw. II.3.c), kann offen bleiben. Gemäss Praxis der Kammer stellt der Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag eine behauptete Voraussetzung für den Zugang zum Recht in der Sache dar, weshalb der Rechtsweg jenem der Hauptsache folgt (vgl. OGerZH LY200012 vom 23. April 2020, E. 5.1.1; OGerZH PC170014 vom 15. September 2017, E. I.1.2 und II.1). In dieser geht es im vorliegenden Fall um vorsorgliche Massnahmen während der Scheidung, konkret um die Abänderung einer Eheschutzverfügung betr. Ehegattenunterhalt, Obhut und Betreuung der Kinder sowie Kindesunterhalt. Es liegt somit eine insgesamt nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_72/2016 vom 2. November 2016, E. 1). Die Anfechtung hat deshalb mit Berufung zu erfolgen (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz und die falsche Bezeichnung der Rechtsmitteleingabe sind indes für die das Rechtsmittel erhebende Klägerin nicht nachteilig, da nach ständiger Praxis der Kammer das Rechtsmittel ungeachtet der Bezeichnung nach den zutreffenden Vorschriften von Berufung oder Beschwerde behandelt wird (vgl. OGerZH LF190039 vom 6. September 2019, E. 2).

2.2 Gegen die verweigerte unentgeltliche Rechtspflege führt die Klägerin Beschwerde (Art. 121 ZPO; act. 2). Wie der Anspruch gegenüber dem Staat auf unentgeltliche Rechtspflege beruht auch derjenige gegenüber dem Ehegatten auf

einen Prozesskostenvorschuss unter anderem auf der – hier umstrittenen – tatsächlichen Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten. Die beiden Streitsachen fassen mithin in materieller Hinsicht auf einem im Wesentlichen gleichartigen Grund, der es rechtfertigt, sie im gleichen Verfahren zu beurteilen, unter Vorbehalt der unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze (vgl. Noven).

3. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über uneingeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur in den Schranken von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig und ausnahmsweise auch dann, wenn erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (vgl. OGerZH LF190010 vom 21. Juni 2019, E. 7b analog). Die Berufungsinstanz beschränkt sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen. Dies gilt auch in Verfahren mit, wie im vorliegenden Fall, eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz (BGE 141 III 569, E. 2.3.3 = Pra 105 (2016) Nr. 99; BGE 142 III 413, E. 2.2.4; für das Beschwerdeverfahren vgl. Art. 326 ZPO).

III. Zur Sache

1.1 Die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages setzt einerseits voraus, dass der Ehegatte, der ihn verlangt, zur Finanzierung des Prozesses auf einen Beitrag des anderen angewiesen ist, und andererseits, dass der angesprochene Ehegatte zur Leistung des Vorschusses in der Lage ist. Die finanzielle Beistandsbedürftigkeit im Sinne des Eherechts ist somit gegeben, soweit die Unterhaltsbeiträge (unter Mitberücksichtigung der Prozesskosten) und das eigene Einkommen bzw. Vermögen für die gehörige Führung des Prozesses nicht ausreichen. Sodann ist festzuhalten, dass die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht nachgeht. Dies bedeutet, dass selbst wenn eine Partei für sich alleine mit-

tellos sein sollte, es nicht Aufgabe des Staates sein kann, einen Prozess zu finanzieren, obwohl der unterhalts- bzw. beistandspflichtige Ehegatte dazu in der Lage wäre (BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1).

1.2 Das Verfahren wird vom beschränkten Untersuchungsgrundsatz beherrscht, doch trifft die gesuchstellende Person eine umfassende Mitwirkungspflicht. Sie hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen. Glaubhaftmachen der Bedürftigkeit genügt. Soweit das Gesuch inhaltlich ungenügend erscheint (z.B. fehlende Unterlagen), gebietet der (beschränkte) Untersuchungsgrundsatz, die (nicht vertretene) Partei zur Ergänzung der fehlenden Angaben aufzufordern. Wenn die anwaltlich vertretene Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann ihr Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden. Allerdings folgt aus dem Unterlassen der Mitwirkungspflicht nicht zwingend die Abweisung des Gesuchs um Prozesskostenvorschuss/-beitrag bzw. um unentgeltliche Rechtspflege. Vielmehr sind in Nachachtung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime aufgrund der vorliegenden Akten glaubhaft gemachte Anhaltspunkte für die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Person in jedem Fall einzubeziehen (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 119 N 6, 8, 18 ff.; BGer 5A_300/2019 vom 23. Juli 2019, E. 2.1).

1.3 Beim Prozesskostenvorschuss handelt sich um eine vorläufige Leistung; die definitive Regelung, welcher Ehegatte die bevorschussten Prozesskosten zu tragen hat, hängt vom Ausgang des Verfahrens ab und ist in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu treffen. Grundsätzlich besteht ein Anspruch des pflichtigen Ehegatten auf Rückerstattung des geleisteten Vorschusses oder auf dessen Anrechnung auf güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des begünstigten Ehegatten (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 39; Maier, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, in: FamPra.ch 2019, S. 833 m.w.H.).

2. Zur Begründung ihres Antrags um Prozesskostenvorschuss machte die Klägerin vor Vorinstanz geltend, sie verfüge über keine freien Mittel. Ihre einzigen

Einkünfte seien die Unterhaltsbeiträge des Beklagten, mit denen sie kaum in der Lage sei, ihren Bedarf zu decken (act. 5/88 S. 27). Auch besitze sie praktisch kein Vermögen mehr. Der ihr vom Beklagten ausgehändigte Schmuck habe nicht mehr so viel Wert, wie sie sich erhofft habe. Nach Erhalt der Honorarrechnung ihres Rechtsvertreters vom 23. April 2019 habe sie versucht, ihre Wertgegenstände zu verkaufen. Die Gesellschaft H._____ GmbH habe den Gebrauchswert der Uhren auf Fr. 25'490.– geschätzt, während die Goldschmiede I._____ GmbH für den gesamten übrigen Schmuck eine Liquidationsschätzung von Fr. 2'700.– abgegeben habe, was einen totalen Wert von Fr. 28'190.– ergebe. Beide Schätzer seien jedoch nicht bereit gewesen, den Schmuck für diesen Preis abzukaufen. Diverse in Zürich aufgesuchte Uhren- und Schmuckhändler wie die J._____, K._____, L._____ und M._____ seien auch nicht bereit gewesen, die Uhren zu kaufen und schon gar nicht zum vorerwähnten Gebrauchswert. Sie hätten den realistischen Verkaufswert aller Uhren und Schmuckstücke auf weniger als Fr. 10'000.– geschätzt. Da die verschiedenen Händler ohne Verkauf keine schriftlichen Schätzungsbelege über den Verkaufswert der Wertgegenstände hätten aushändigen wollen, sei ein gerichtliches Verkaufswertgutachten einzuholen, sollte das Gericht ihren Angaben keinen Glauben schenken (vgl. act. 5/65, act. 5/88 S. 27 f., act. 5/99 S. 2 f.). Zwecks Bezahlung der anwaltlichen Honorarrechnung in Höhe von Fr. 12'085.90 habe ihr Vater sich bereit erklärt, den Schmuck für Fr. 20'000.– zu kaufen. Nach Abzug der Honorarrechnung seien ihr noch rund Fr. 8'000.– verblieben, mit welchen sie nicht einmal ihre per Stichtag der Gütertrennung bestehenden Steuerschulden in Höhe von Fr. 9'813.10 bezahlen könne. Der Saldo ihres N._____ Privatkontos betrage per 20. September 2019 noch Fr. 2'508.01. Das Mieterkautionkonto könne sie nicht versilbern. Sie habe kein Geld mehr, um die anfallenden Prozesskosten des Massnahmenverfahrens zu bezahlen. Sollte ihr Antrag abgelehnt werden, sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, da sie mittellos sei und ihre Begehren zweifelsohne nicht aussichtslos seien (act. 5/88 S. 29).

3. Beklagte bestritt verweisend auf seine Ausführungen im Hauptverfahren seine Leistungsfähigkeit und stellte die prozessuale Mittellosigkeit der Klägerin in Abrede. Ihre Darstellung betreffend Verkauf des Schmucks sei nicht über-

zeugend. Die Hochpreis-Schmuck/Uhren-Geschäfte M._____, K._____, L._____ im Züricher Kreis 1 seien nicht diejenigen Geschäfte, welche gebrauchte Uhren und Schmuck ankaufen würden. Sodann seien im Bedarf der Klägerin monatliche Steuerbetreffnisse von Fr. 400.– berücksichtigt worden, weshalb die behaupteten Steuerschulden nicht zu berücksichtigen seien (act. 5/79 S. 4-6, act. 5/96 S. 2, 6).

4.1 Die Vorinstanz wies die prozessualen Anträge der Klägerin ab; einerseits weil sie ihre Mitwirkungspflicht bei der Abklärung ihrer Vermögensverhältnisse verletzt habe und andererseits wegen mangelnder Bedürftigkeit in Bezug auf ihre Einkommensverhältnisse.

4.2 Zunächst erwog die Vorinstanz, die Klägerin habe im Zusammenhang mit ihrem Gesuch um Prozesskostenvorschuss lediglich einen aktuellen Kontoauszug ihres N._____ Privatkontos (IBAN 1) eingereicht, obschon sie aktenkundig auch über ein N._____ Sparkonto (2), ein O._____ Sparkonto (3) und ein O._____ Privatkonto (4) verfüge. In Bezug auf die N._____ und O._____ Sparkonti habe sie keine aktuellen Belege und hinsichtlich des O._____ Privatkontos überhaupt keine Belege eingereicht, obwohl sie die Nachreichung in Aussicht gestellt habe (act. 6 S. 29).

Sodann sei unbestritten, dass die Klägerin Schmuckstücke mit einem Versicherungswert von fast Fr. 90'000.– besitze. Selbst wenn der reale Erlös dieser Vermögenswerte nur einen Drittel des versicherten Wertes betragen sollte, wie dies im früheren Verfahren geltend gemacht worden sei, würde die Klägerin damit über Vermögenswerte in der Höhe von Fr. 30'000.– verfügen. Dass die Schmuckstücke wie im Massnahmeverfahren geltend gemacht weit weniger wert seien als angenommen und ein Verkauf nicht möglich sei bzw. einzig der Vater der Klägerin bereit gewesen sei, den Schmuck zu einem Preis von Fr. 20'000.– zu kaufen, sei eine blosser Behauptung, keinen höheren Verkaufspreis erzielen zu können. Aus der Kaufquittung ihres Vaters gehe zudem einzig hervor, dass er vier Uhren zu einem Preis von Fr. 20'000.– von ihr erworben habe. In Bezug auf die weiteren Schmuckstücke habe die Klägerin Ausführungen unterlassen (act. 6 S. 29 f.).

Sie sei ihrer Mitwirkungspflicht, ihre finanzielle Situation von sich aus schlüssig und umfassend darzulegen, nicht nachgekommen, obwohl sie von dieser Pflicht Kenntnis haben müsse, zumal sie anwaltlich vertreten sei und das Gericht auf diesen Umstand bereits mit Verfügung vom 28. Januar 2019 explizit hingewiesen habe. Es gehe insbesondere nicht an, die Einholung von Verkaufswertgutachten von Schmuckstücken und Uhren an das Gericht zu delegieren. Vielmehr handle es sich dabei um eine Mitwirkungsobliegenheit der Klägerin selbst, welcher sie von sich aus nachkommen müsse. Da die gegenwärtige Vermögenssituation der Klägerin nicht beurteilt werden könne, sei ihr Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses bereits aus formellen Gründen abzuweisen (act. 6 S. 30).

5. Die Klägerin macht eine aktenwidrige sowie Treu und Glauben widersprechende und damit willkürliche Sachverhaltsdarstellung wie auch eine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz geltend. Aufgrund der Kontoauszüge, welche der Vorinstanz vorgelegen hätten, namentlich ihres O._____ Sparkontos aus dem Jahre 2018 (recte 2017) sowie des N._____ Sparkontos vom 22. Mai 2018 sei ihre Vermögenssituation hinreichend überprüfbar gewesen, auch wenn nicht für jedes Sparkonto tagesaktuelle Kontobelege vorgelegen hätten. Es sei offensichtlich, dass sie aufgrund ihrer Einkommens- und Bedarfssituation seit Prozessbeginn nichts ansparen können. Beim geltend gemachten monatlichen Bedarf von Fr. 4'986.60, ohne finanzielle Belastung durch ihre beiden Töchter, und dem ehelichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'530.– resultiere ein monatlicher Fehlbetrag von Fr. 456.80. Bei Unklarheiten hätten die Vorinstanz gestützt auf ihre Fragepflicht Frist für Nachreichung von Dokumenten ansetzen müssen. Die Verfügung vom 28. Januar 2019 habe diese Pflicht nicht derogieren können (act. 2 S. 4 f. und 7 f.).

6.1 Unbestritten ist, dass die Klägerin über drei Bankkonti verfügt. Ihrem Gesuch legte sie nur den aktuellen Auszug ihres N._____ Privatkontos (Konto Nr. 5) mit einem Saldo von Fr. 3'707.– bei. Im Übrigen begnügte sie sich mit dem pauschalen Verweis auf die güterrechtliche Aufstellung gemäss Scheidungsklage (act. 5/88 S. 27). Davon abgesehen, dass pauschale Verweise auf andere

Rechtsschriften ungenügend sind, wie die Klägerin an anderer Stelle selbst bemerkt (vgl. act. 5/99 S. 2), datiert der entsprechende Auszug des N._____ Sparkontos (Konto Nr. 2) mit einem Saldo von Fr. 2'204.75 vom 28. Februar 2018 (act. 5/36/17) und war für die Darlegung der Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (3. Juli bzw. 24. September 2019, act. 5/65 und act. 5/88) nicht aussagekräftig, was ebenso für den (mit ihrem ersten Antrag um Prozesskostenvorschuss eingereichten) Auszug des entsprechenden Kontos vom 22. Mai 2018 gilt (act. 5/20/14) und auch jenen des unerwähnt gebliebenen O._____ Sparkonto vom 29. Dezember 2017 mit einem Saldo von Fr. 39.40 (Prot. I S. 8, act. 5/25). Es ist deshalb grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz diese über ein Jahr alten Bankauszüge nicht als hinreichende Belege für die Vermögenslosigkeit der Klägerin genügen liess.

Die Klägerin wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 28. Januar 2019 beziehend auf ihren ersten Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Scheidungsverfahren auf die Mitwirkungspflicht und darauf, die aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und zu belegen, ausdrücklich hingewiesen (act. 5/46 S. 2 f.). Auch wenn sie ihren Antrag auf Prozesskostenvorschuss für das Hauptverfahren zurück gezogen und später ausschliesslich für das Massnahmenverfahren wieder gestellt hatte, war die Vorinstanz nicht gehalten, ihr Nachfrist zwecks Ergänzung der Unterlagen anzusetzen. Andererseits entthob die Säumnis der Klägerin die Vorinstanz nicht davon, aufgrund der vorliegenden Akten bereits glaubhaft gemachte Ausführungen zu den Vermögensverhältnissen der Klägerin zu beachten. Dieser Pflicht ist die Vorinstanz nur ungenügend nachgekommen. Der Klägerin ist beizupflichten, dass aufgrund der bestehenden Akten davon ausgegangen werden kann, dass sie seither (vgl. III.6.1) keine substantiellen Vermögenswerte generieren konnte. So ist unbestritten, dass sie seit der Eheschliessung nie einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist (act. 5/35 S. 9, act. 5/43 S. 11, Prot. I S. 17) und der (nunmehr sistierte) Ehegattenunterhalt in Höhe von Fr. 3'900.- (zzgl. Krankenkassenprämie) ihre einzige Einnahmequelle war (Prot. I S. 18 und 61, act. 5/35 S. 15, 23). Mit dem Ehegattenunterhalt hatte die Klägerin nicht nur ihren eigenen Bedarf zu decken, sondern musste auch für die Lebenshaltungskosten der seit Sommer 2017 bei ihr le-

benden Tochter E._____ aufkommen, für welche der Beklagte unbestrittenermassen keine Unterhaltsbeiträge bezahlte (Prot. I S. 57). Damit hat sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt. Weder Aufgrund der Angaben der Parteien noch der Aktenlage bestehen Anhaltspunkte dafür, die Klägerin habe unter den gegebenen Umständen zwischenzeitlich substantielles Vermögen anhäufen können, welches über einen ihr zustehenden Vermögensfreibetrag (sog. Notgroschen) hinaus gehe, und sie wolle diese Vermögenswerte verheimlichen.

Das auf den Beklagten lautende O._____ Privatkonto 4, auf welches er die Unterhaltsbeiträge überwies (vgl. act. 5/40 S. 2, act. 5/41/46) und welches der Klägerin eigenen Angaben zufolge zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes (act. 5/35 S. 28) diene, wurde gemäss dem vom Beklagten im Massnahmenverfahren eingereichten Dokument per 25. April 2019 saldiert und damit noch vor Einreichung des klägerischen Gesuchs um Prozesskostenbeitrag für das Massnahmenverfahren (act. 5/80/65 Blatt 3). Aktuelle Auszüge zu diesem Konto konnten von der Klägerin im Massnahmenverfahren folglich auch nicht eingereicht werden. Dies hat die Vorinstanz übersehen.

6.2 Im Zusammenhang mit der Liquidierung ihrer Vermögenswerte hat die Klägerin den Wert ihrer Schmuckstücke schätzen lassen und vor Vorinstanz den Gebrauchswert der Uhren (Fr. 25'490.–) wie auch den Liquidationswert des übrigen Schmucks (Fr. 2'700.–) belegt (act. 89/19-20). Sodann hat sie – wenn auch erst im Rahmen der Massnahmenverhandlung vom 23. Oktober 2019 –, eine vom 5. Juni 2019 datierte Quittung eingereicht, gemäss welcher sie (ihrem Vater) P._____ ihre vier Damenuhren zu einem Preis von Fr. 20'000.– verkauft hat (act. 5/100/23). Händlerofferten liegen keine vor. Dass die Uhren zu einem deutlich höheren Preis hätten verkauft werden können, erscheint jedoch nicht realistisch und wurde von der Gegenseite auch nicht substantiiert behauptet. Vielmehr hat auch der Beklagte seine Uhren für weniger als die Hälfte des Anschaffungswertes verkauft (act. 5/49 Blatt 1). Nicht ersichtlich und dem vorinstanzlichen Entscheid auch nicht zu entnehmen ist, weshalb der erzielte Käuferlös von Fr. 20'000.– unangemessen tief erscheine und nicht berücksichtigt werden könne.

Die Rüge der Klägerin, die Vorinstanz habe sich mit ihren Vorbringen nicht hinreichend auseinandergesetzt (act. 2 S. 6 f.), ist deshalb nicht von der Hand zu weisen. Der Liquidationswert des übrigen Schmucks beträgt nur, aber immerhin Fr. 2'700.–. Dass dessen Verkauf nicht zumutbar sei, wurde nicht geltend gemacht. Dass der Schmuck unverkäuflich sei, behauptete die Klägerin erstmals im Berufungsverfahren (act. 2 S. 8), weshalb dies unberücksichtigt zu bleiben hat.

6.3 Die Klägerin unterliess es zwar mit aktuellen Bankbelegen ihre Vermögenslosigkeit zu beweisen, auf diese kann jedoch aufgrund der Akten und ihrer glaubhaften Ausführungen ohne Weiteres geschlossen werden. Nach dem Gesagten kann der Klägerin nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe ihre Vermögensverhältnisse nicht ausreichend dargelegt. Vielmehr ist von einem Vermögen der Klägerin von knapp Fr. 23'000.– auszugehen. Weitere relevante Vermögenswerte sind aufgrund der Akten weder ersichtlich noch behauptet.

6.4 Die Klägerin machte und macht geltend, mit dem Verkaufserlös für die Uhren die Prozesskosten nicht bestreiten zu können, da ihr nach Bezahlung der Honorarrechnung ihres Rechtsvertreters in Höhe von Fr. 12'085.90 nicht einmal genügend Mittel verbleiben würden, um die per Stichtag Gütertrennung bestehenden Steuerschulden in Höhe von Fr. 9'813.10 zu tilgen (act. 5/88 S. 29).

In den Akten ist ein Kontoauszug der Wohnsitzgemeinde für Staats- und Gemeindesteuern über offene Steuerschulden in Höhe von Fr. 9'813.00 für die Steuerperiode 2016 bis 2018 zu finden (act. 5/20/4). Dass diese per 17. Mai 2018 bestehende Steuerschuld unverändert ist, blieb von der Klägerin unbelegt. Sodann machte der Beklagte zu Recht geltend, dass gemäss Eheschutzurteil im Bedarf der Klägerin monatliche Steuerbetreffnisse von Fr. 400.– berücksichtigt worden seien (act. 5/96 S. 2). Zudem sind Steuerschulden nur zu berücksichtigen, sofern sie auch tatsächlich (belegt) bezahlt werden (BGE 135 I 221 E. 5.2.1). Dies erscheint insofern fraglich, als die Klägerin gemäss dem einzig vorliegenden Beleg letztmals am 29. Juni 2017 einen Teilbetrag an die Steuern bezahlt hat (act. 5/20/4). Allerdings steht fest, dass sie zufolge rückwirkender Sistierung der Unterhaltsbeiträge dem Beklagten den für zwei Monate zuviel erhaltenen Betrag bzw. rund Fr. 9'000.– zurückzuerstatten und nach Rückzug ihres Antrags um Pro-

zesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege für das Scheidungsverfahren die Honorarrechnung ihres Rechtsvertreters für den Zeitraum bis Einleitung des Massnahmenabänderungsverfahrens in Höhe von Fr. 12'085.90 (act. 5/89/21) zu bezahlen hat, so dass sich ihr dargelegtes Vermögen selbst ohne Einbezug der Steuern erheblich vermindert und für die Finanzierung der Kosten des Massnahmeverfahrens nicht ausreicht.

6.5 Zusammenfassend ist von glaubhaft dargelegter Mittellosigkeit der Klägerin in Bezug auf ihre Vermögensverhältnisse auszugehen.

7.1 Die Vorinstanz wies das Gesuch der Klägerin mit der weiteren Begründung ab, sie habe gemäss bisheriger Unterhaltsregelung vom Beklagten monatliche Zahlungen von Fr. 4'530.– erhalten, wobei in diesem Unterhalt ein Pauschalbetrag für Ferien, Freizeit, Coiffeur, Kosmetik, Kleider etc. enthalten gewesen sei. Somit habe sie über einen nicht unerheblichen finanziellen Spielraum von ungefähr Fr. 1'000.– im monatlichen Budget verfügt. Auf ein Jahr hochgerechnet ergebe sich dadurch ein für die Prozessfinanzierung zur Verfügung stehender Betrag von Fr. 12'000.–, bei zwei Jahren sogar von Fr. 24'000.–. Entsprechend könne die Klägerin nicht als bedürftig gelten, weshalb es auch an einer materiellen Voraussetzung für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses fehle (act. 6 S. 30).

7.2 Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe, ohne näher auf die geltend gemachte Einkommens- und Bedarfssituation einzugehen, auf das Eheschutzurteil vom 2. Mai 2016 abgestellt. Weder aus diesem noch aus den Akten lasse sich herleiten, dass ihr seit Prozessbeginn ein monatlicher Sparbeitrag von Fr. 1'000.– zur Verfügung gestanden habe. Wie die Vorinstanz wisse, müsse sie mit dem ehelichen Unterhaltsbeitrag für weit mehr Bedarfspositionen aufkommen, als noch im Eheschutzurteil festgelegt, namentlich für die bei ihr lebende E. _____ sowie G. _____. Dessen sei sich die Vorinstanz bewusst gewesen, indem sie den Kinderunterhaltsbeitrag für E. _____ rückwirkend ab dem 1. Mai 2019 festgelegt habe (act. 2 S. 4-6).

7.3.1 Die Vorinstanz übersieht in ihrer Begründung, dass für die Beurteilung der prozessualen Mittellosigkeit nicht das Eheschutzurteil sondern die aktuellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Stellung des Gesuchs massgebend sind, unter Berücksichtigung veränderter Verhältnisse bis Entscheidzeitpunkt (vgl. BGer 5A_58/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 3.3.2; ZK ZPO-Emmel, 3. A. 2016, Art. 117 N 4). Daher umfasste der Zeitrahmen einer möglichen Überschussrechnung im vorliegenden Fall nur wenige Monate, nämlich August 2019 (Kenntnis Inhalt Änderungsbegehren act. 5/81) bis zum vorinstanzlichen Entscheid vom 23. Oktober 2019, mit welchem der Anspruch der Klägerin auf Unterhaltsbeiträge rückwirkend per 1. September 2019 sistiert wurde.

Massgebend bei der Berechnung der Mittellosigkeit ist der zivilprozessuale Bedarf, welcher nicht gleichzusetzen ist mit dem angemessenen Bedarf (unter Berücksichtigung des Lebensstandards) nach der Trennung. Der zivilprozessuale Notbedarf wird etwas grosszügiger bemessen als der betriebsrechtliche Notbedarf gemäss Art. 93 SchKG. Allerdings geht es nicht darum, sämtliche Auslagen, sondern gewisse Basisbedürfnisse zusätzlich zu decken (KUKO ZPO-Jent, 2. A. 2014, Art. 117 N 30 f.; Emmel, a.a.O., Art. 117 N 9 ff.; OGerZH LY170028/Z02 vom 18. Oktober 2017, E.2.3.6 m.w.H.).

7.3.2 Unbestritten ist, dass im vorerwähnt relevanten Zeitraum der Ehegattenunterhalt in Höhe von Fr. 3'900.– zzgl. Fr. 651.– für die Krankenkassenprämie die einzige Einnahmequelle der Klägerin war. Allfällige Kinderunterhaltsbeiträge für G._____ sind in der vorliegenden Konstellation entgegen der Ansicht des Beklagten nicht im Einkommen der Klägerin zu berücksichtigen, eben so wenig wie auf G._____ entfallende Auslagen im Bedarf der Klägerin zu berücksichtigen sind.

Die Klägerin machte (im Rahmen des eherechtlichen Unterhaltsbeitrags) einen Bedarf von Fr. 4'986.80 geltend (vgl. act. 5/88 S. 9 ff.), bestehend aus Grundbetrag Fr. 1'250.–, Mietkostenanteil Fr. 1'400.– (act. 5/20/5), Stromkostenanteil Fr. 30.– (act. 5/20/6), Krankenkasse / Zusatzversicherung Fr. 651.80 und selbstgetragene Gesundheitskosten Fr. 25.– (act. 5/20/7), Autokosten Fr. 500.–, Hausrat / Haftpflichtversicherung Fr. 30.– (act. 5/20/9), Kommunikation Fr. 200.– (act. 5/20/10-11), Ferien Fr. 400.– und Steuern Fr. 500.– (act. 20/2-4).

Die geltend gemachten und belegten Kosten sind mit Ausnahme der folgenden Positionen nicht zu beanstanden: Die Kosten für ein Auto haben unberücksichtigt zu bleiben, weil solche der Klägerin eigenen Angaben zufolge nicht anfallen (Effektivitätsgrundsatz), da ihr das Auto wie ihm Eheschutz vereinbart nach wie vor vom Beklagten zur Verfügung gestellt wird (act. 5/88 S. 11). Bei den Kosten für Festnetz, Internet sowie Radio- und Fernsehen (Kommunikation, act. 5/20/10-11) ist nur der hälftige Betrag zu berücksichtigen, somit insgesamt Fr. 150.–. Rückstellungen für Ferien haben im Rahmen des zivilprozessualen Notbedarfs unberücksichtigt zu bleiben. Bei unverändertem Einkommen seit dem Eheschutzurteil ist für die Steuern nur ein Betrag von Fr. 400.– zu berücksichtigen (vgl. act. 5/20/2-4). Damit ist bei der Klägerin von einem zivilprozessualen Notbedarf von Fr. 3'937.– auszugehen.

Folglich resultierte bei einem Einkommen von Fr. 4'530.– während weniger Monate bis zur Sistierung der Unterhaltsbeiträge ein Überschuss von knapp Fr. 590.– monatlich. Damit war es der Klägerin nicht möglich, für die mutmasslichen bzw. entstandenen Prozesskosten des vorinstanzlichen Massnahmenverfahrens aufzukommen, zumal sie auch für den Unterhalt der seit Sommer 2017 bei ihr lebenden Tochter E. _____ aufzukommen hatte; der Beklagte hatte sich zwar an gewissen Kosten beteiligt, leistete aber unbestrittenermassen bis zur Verfügung der Vorinstanz vom 23. Oktober 2019 keinen Unterhalt für E. _____ (Prot. I S. 57 f. und 61 f.). In diesem Sinne ging auch die Vorinstanz in ihrem Entscheid davon aus, dass die Klägerin die Unterhaltsbeiträge zum grösseren Teil zur Deckung ihrer Lebenskosten verwendet hat, weshalb die Sistierung des Ehegattenunterhalts erst auf den Zeitpunkt der Einreichung des begründeten beklagtischen Abänderungsbegehrens bzw. erst auf den 1. September 2019 rückwirkend festgesetzt wurde (act. 6 S.25).

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin zwar ihrer Dokumentations- bzw. Mitwirkungspflicht teilweise nicht hinreichend nachgekommen ist, ihre Vermögenslosigkeit im Massnahmenverfahren aufgrund der Akten jedoch glaubhaft erscheint und sie auch nicht über einen hinreichenden Freibetrag verfügte, um für ihre Prozesskosten aufzukommen, die unangefochten blieben und

gemäss Dispositiv-Ziffern 7-9 der unangefochtenen Verfügung feststehen. Dazu kommen ihre eigenen Anwaltskosten. Dem ist erst recht so, nachdem mit dem vorinstanzlichen Entscheid die Ehegattenunterhaltsbeiträge, die einzige Einnahmequelle der Klägerin, sistiert wurden. Ihr Prozessstandpunkt im Massnahmenverfahren erweist sich zudem nicht als offensichtlich aussichtslos und es erscheint eine anwaltliche Vertretung der rechtsunkundigen Klägerin zur Wahrung ihrer Rechte auch notwendig.

9. Die Vorinstanz hatte sich mit der Leistungsfähigkeit des Beklagten nicht auseinandersetzen müssen. Statt die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, rechtfertigt es sich, dass die Kammer dies nachfolgend selbst tut.

9.1 Der Beklagte bestritt und bestreitet – auf die vor Vorinstanz geltend gemachte finanzielle Situation verweisend – auch im Rechtsmittelverfahren seine Leistungsfähigkeit zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses an die Klägerin. Mit seinem Einkommen bestreite er neben seinem eigenen Unterhalt auch jenen der Söhne C._____ und D._____, müsse nunmehr Unterhaltsbeiträge an die volljährige Tochter E._____ bezahlen und komme auch für den Unterhalt von F._____, dem volljährigen Sohn der Klägerin, auf. Überdies müsse er seine Anwaltskosten bezahlen (act. 5/79 S. 6, act. 5/96 S. 2, act. 11 S. 4).

9.2 Gemäss Entscheid der Vorinstanz vom 23. Oktober 2019 muss der Beklagte rückwirkend per 1. Mai 2019 monatliche Unterhaltsbeiträge für E._____ in Höhe von Fr. 955.– (zzgl. Ausbildungszulage, act. 6 S. 34) bezahlen, jedoch entfiel zugleich die Verpflichtung zur Zahlung des Ehegattenunterhalts im Umfang von Fr. 4'530.– (vgl. Ziff. I.2 f.), womit von einer massgeblichen Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten ausgegangen werden kann. Im vorinstanzlichen Massnahmenverfahren machte er, verweisend auf seine Ausführungen im Hauptverfahren, folgende monatlichen Einkommens- und Bedarfsverhältnisse für sich und die beiden Söhne geltend (vgl. act. 5/79 S. 4 f., act. 5/96 S. 5 f. und act. 5/43 S. 10 und 13):

	Beklagter	C._____	D._____
Einkommen / Familienzulagen	13'370	200	200

Grundbeträge	1'350	400	400
Miete inkl. NK (act. 5/23/5-10)	1'600	800	800
Krankenkasse (act. 5/44/50 und /53-54)	433	113	113
Gesundheitskosten (act. 5/23/16 und /19-20)	184	2	4
Hausratversicherung (act. 5/44/55)	48		
Privathaftpflichtversicherung (act. 5/23/22)	17		
Relax Assistance (act. 5/23/23)	16		
Wertsachenversicherung (act. 5/23/24)	16		
Kommunikation (act. 5/23/25)	44		
Hundesteuer für 2 Hunde (act. 5/23/27)	30		
Kosten 2 Hunde	420		
Lohn / Versicherungen Q. _____ (Nanny) (act. 5/23/31-33)		1'444	1'444
Spielgruppe (act. 5/23/34)			97
Ferien	400	150	150
Steuern (act. 5/44/56)	1'900		
Total	+6'912	-2'709	-2'808

Der Beklagte arbeitet seit vielen Jahren in der R. _____ AG, welches Unternehmen seinem Vater gehört (vgl. act. 5/43 S. 10, act. 5/97/70), und erzielte im Jahre 2019 ein monatliches Einkommen von Fr. 13'784.– (inkl. Fr. 400.– Kinderzulagen; vgl. act. 5/80/63-64 und act. 5/97/69). Auch der Beklagte begnügt sich mit (teilweise unzulässigen Pauschal-)Verweisen auf die finanziellen Eckdaten im Scheidungsverfahren. Dementsprechend bleiben die Bedarfswahlen für den vorliegenden Prozess vage. Die geltend gemachten Kosten sind bis auf folgende Positionen in diesem Verfahren grundsätzlich nicht zu beanstanden: Dass die geltend gemachten Gesundheitskosten des Beklagten gemäss Auslagen für das Jahr 2017 (vgl. act. 5/23/16) unverändert anfallen, wurde nicht belegt, weshalb nur ein Betrag von Fr. 25.– zu berücksichtigen ist (vgl. act. 5/44/50). Die Kosten für die Schmuckversicherung haben unberücksichtigt zu bleiben, zumal beide Parteien geltend machten, ihren Schmuck verkauft zu haben. Für die zwar nicht ausgewiesenen Kosten für zwei Hunde erscheint ein Betrag von total Fr. 150.– monatlich noch angemessen. Weiter sind die Kosten für die Spielgruppe des sich

im Kindergartenalter befindenden D._____ nicht zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind weiter – wie schon bei der Klägerin – geltend gemachte Rückstellungen für Ferien.

Der Bedarf des Beklagten inkl. der beiden Söhne beläuft sich nach dem Gesagten auf total Fr. 11'133.– (Beklagter Fr. 5'613.–, C._____ Fr. 2'759.–, D._____ Fr. 2'761.–). Stellt man diesem die Einkommensverhältnisse von Fr. 13'784.– (inkl. Fr. 400.– Kinderzulagen) gegenüber, resultiert unter Abzug des für E._____ zu zahlenden Unterhaltsbeitrages von Fr. 955.– (exkl. Ausbildungszulage) ab November 2019 ein Überschuss von knapp Fr. 1'700.– pro Monat. Es wäre nicht zu rechtfertigen, der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, nachdem der Beklagte mit dem angefochtenen Entscheid in die Lage versetzt wurde, die Kosten des von den Parteien geführten Massnahmenprozesses zu tragen, indem er unter Berücksichtigung der rückständig geschuldeten Unterhaltsbeiträge für E._____, deren Zahlung jedoch nicht belegt wird, Rücklagen von über Fr. 9'500.– hat bilden können und in Anbetracht des pendenten Verfahrens betreffend Prozesskostenvorschuss auch hat äufnen müssen. In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber noch zu erwähnen, dass der Beklagte eigenen Angaben zufolge wegen eines – nicht belegten – Funktionswechsels im väterlichen Betrieb keine Gratifikation in der Höhe eines Monatslohns mehr erhalten soll (Prot. I S. 58). Der relativ hohe Mietzins für das Bewohnen der elterlichen Liegenschaft soll nach wie vor Fr. 2'500.– (zzgl. geltend gemachter Nebenkosten von Fr. 700.–) betragen. Sodann erhielt der Beklagte im Jahre 2011, als die Parteien noch nicht getrennt waren, von seinem Vater eine Schenkung von Fr. 1'250'000.– (act. 5/43 S. 15, act. 5/44/59) und versteuerte im Jahre 2015 noch ein Vermögen von Fr. 714'000.– bzw. von Fr. 220'000.– im Jahre 2016 (act. 5/23/36-37, act. 5/44/30). Aktuell weist er ein Vermögen von Fr. 28.– aus (act. 12). Diese finanziellen Umstände sind derzeit nicht nachvollziehbar, vermögen aber am Ergebnis nichts zu ändern.

9.3. Entsprechend vorstehender Erwägungen und nicht zuletzt auch unter Hinweis darauf, dass Prozessbeiträge im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zur Anrechnung gelangen können (vgl. III.1.3), ist der Beklagte zu ver-

pflichten, der Klägerin den von ihr verlangten Prozesskostenbeitrag für das vorinstanzliche Massnahmenverfahren zu bezahlen.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht leistungsfähig ist, der Beklagte hingegen schon. Der beantragte Prozesskostenbeitrag von Fr. 9'000.– vermag die der Klägerin entstandenen Prozesskosten zu decken (vgl. Ziff. I.5.1 und Ziff. IV.1). Die Berufung ist entsprechend gutzuheissen und der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das vorinstanzliche Massnahmenverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 9'000.– zu bezahlen. Dies führt dazu, dass der Antrag der Klägerin auf unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren aufgrund der Subsidiarität zum Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen ist.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheids sind zu bestätigen, da die Gutheissung der Berufung insbesondere auf nach Urteilsfällung vor Vorinstanz beruhende Umstände zurückzuführen ist.

2. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit Blick auf die nicht vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. Ziff. II.2.1) ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'300.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Er ist sodann antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 1'600.– zzgl. 7,7 % MwSt. festzusetzen.

3. Die Gesuche der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, sind zufolge des Verfahrensausgangs als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung der Klägerin wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung (1) des Einzelgerichtes in Zivilsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. Oktober 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
"1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Massnahmenverfahren einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von Fr. 9'000.– zu bezahlen".
2. Die Beschwerde der Klägerin wird abgewiesen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheides (Verfügung 2 Dispositiv-Ziff. 7, 8 und 9) werden bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zzgl. 7,7% MwSt zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels der Berufungsantwort (act. 11), sowie an das Einzelgericht in Zivilsachen des Bezirksgerichtes Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 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

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: