

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY170036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Urteil vom 8. Dezember 2017

in Sachen

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

Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsteller, Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 4. August 2017 (FE170017-E)**

**Verfügung des Einzelgerichts in Zivilsachen am Bezirksgericht Hinwil vom 4. August 2017:**

1. Der Antrag der Klägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 10'000.– wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
- 4./5. (Schriftliche Mitteilung / Beschwerde).

**Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin/Klägerin und Beschwerdeführerin (recte Berufungsklägerin) (Urk. 1):

1. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag von vorerst CHF 10'000.– zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt) zulasten des Gesuchsgegners (recte Gesuchstellers).

des Gesuchstellers/Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 10):

Das Gesuch der Klägerin um Leistung eines Prozesskostenbeitrages sei abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Berufungsklägerin.

**Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien haben am tt. Oktober 1996 in C.\_\_\_\_/ZH geheiratet. 1997 wurde Tochter D.\_\_\_\_ und 1999 E.\_\_\_\_ geboren (Urk. 7/2). Am 2. Dezember 2015 ordnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht

Hinwil Eheschutzmassnahmen an (Urk. 7/7). Am 23. Januar 2017 machte der Gesuchsteller/Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) bei der Vorinstanz das gemeinsame Begehren auf Ehescheidung anhängig. Mit Eingabe vom 24. Februar 2017 stellte die Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) den Antrag auf Zusprechung eines angemessenen Prozesskostenbeitrags, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. An der Einigungsverhandlung vom 30. März 2017 konnte keine Einigung erzielt werden. Mit Verfügung vom 4. August 2017 wies die Vorinstanz sowohl den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 2 S. 10, Dispo-Ziffer 1 und 2).

2. Am 28. August 2017 reichte die Klägerin eine Beschwerde ein mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen. Mit Verfügung vom 13. September 2017 wurde erwogen, dass gegen den angefochtenen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben und die Beschwerdeschrift als Berufung entgegenzunehmen sei (Urk. 8). Die Berufungsantwort datiert vom 21. September 2017 (Urk. 10). Mit Verfügung vom 25. September 2017 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu Noven in der Berufungsantwort Stellung zu nehmen (Urk. 13). Die Stellungnahme ging unterm 9. Oktober 2017 ein und wurde am 18. Oktober 2017 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt. Mit Zuschrift vom 21. September 2017 (recte 20. Oktober 2017) nahm der Beklagte sein Replikrecht wahr (Urk. 18). Die Stellungnahme wurde am 10. November 2017 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 5).

## II.

1. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende eherechtliche Verfahren – der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229

Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

2. Die Vorinstanz nahm den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags als Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses entgegen, prüfte dessen Voraussetzungen und wies den Antrag mangels Bedürftigkeit der Klägerin ab. In der Berufung hält die Klägerin daran fest, dass ihr ein Prozesskostenbeitrag zuzusprechen sei (Urk. 1 S. 2). Der Beklagte macht geltend, die Klägerin fordere bewusst keinen Prozesskostenvorschuss, sondern einen Prozesskostenbeitrag. Die beiden Begriffe würden nicht dasselbe bedeuten. Die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses setze voraus, dass der ansprechende Ehegatte bedürftig sei und der andere Ehegatte in der Lage sei, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Es handle sich hierbei um eine vorläufige Hilfeleistung im Sinne eines echten Vorschusses, der auch zwingend nach Abschluss des Verfahrens zurückzuerstatten sei. Demgegenüber könne im Eheschutzentscheid dem bedürftigen Ehegatten von seinem leistungsfähigen Ehegatten ein Prozesskostenbeitrag zugesprochen werden. Dies sei ein Gebot des Rechtsschutzes und diene der Waffengleichheit unter den Ehegatten. Ein solcher Prozesskostenbeitrag sei nicht zurückzuerstatten. Da die Klägerin bewusst einen Prozesskostenbeitrag verlange, im Scheidungsverfahren aber nur ein Prozesskostenvorschuss möglich sei, sei die Berufung schon aus diesem Grund abzuweisen (Urk. 10 S. 3 m.H.).

3. Die aus der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO vor. Die Parteien stehen am Anfang ihres Scheidungsprozesses und die Klägerin kann im Sinne von vorsorglichen Massnahmen einen Prozesskostenvorschuss beantragen. Ein Prozesskostenbeitrag wird in der Regel in einem Endentscheid eines Eheschutzverfahrens zugesprochen, da nach der Praxis der Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (*OGer RE130016 vom 17.09.2013, E. 3*). Die Gemeinsamkeiten der beiden Institute sind indes evident: beide gründen nach der Praxis der Kam-

mer in der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB. Bei beiden Institututen hat sich der ansprechende Ehegatte über seine Mittellosigkeit auszuweisen und der andere Ehegatte muss leistungsfähig sein. Schliesslich impliziert der Vorschuss, dass er rückerstattungspflichtig ist. Freilich kann auch ein im Eheschutzverfahren gesprochener Prozesskostenbeitrag unter Umständen im Rahmen allfälliger scheidungsrechtlicher Ansprüche angerechnet werden (*OGer LE140010 vom 03.07.2014, E. III.3.2*). Um nicht in überspitzten Formalismus zu verfallen, ist der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Scheidungsverfahren im Zweifelsfalle als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses aufzufassen. Das Vorgehen der Vorinstanz ist daher zu schützen, und es ist die Berufung aus diesem Grund nicht abzuweisen.

4. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des Prozesskostenvorschusses sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ZPO analog anzuwenden. Gemäss 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). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. In zeitlicher Hinsicht ist die wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgeblich. Dabei ist die gesamte finanzielle Lage zu berücksichtigen. Soweit die finanziellen Mittel des Gesuchstellers den Betrag überschreiten, dessen er zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse bedarf, ist dieser Überschuss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird: Dabei sollte der monatliche Überschuss es ihm ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (*BGer 5A\_810/2011 vom 7. Februar 2012, Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A\_849/2014 vom 30. März 2015, Erw. 2.2*).

5. Die Vorinstanz prüfte eingangs die wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin, welche als Handarbeitslehrerin in Teilzeit tätig und daneben mit einer Einzel-

firma selbständig erwerbend ist. Sie ermittelte ein anrechenbares Einkommen als Lehrerin von Fr. 3'040.– netto (inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen) und einen durchschnittlichen Verlust aus dem Handarbeitsgeschäft "F.\_\_\_\_\_" von 347.– (im Einzelnen dazu nachstehend). Weiter erhält die Klägerin Unterhaltsbeiträge für sich persönlich von Fr. 450.– und für E.\_\_\_\_ von Fr. 1'000.–. Sodann rechnete die Vorinstanz mit einem Vermögensertrag von Fr. 1'027.–. Den Bedarf der Klägerin zusammen mit E.\_\_\_\_ bezifferte sie mit Fr. 3'828.– (Urk. 4 f.). Schliesslich hielt die Vorinstanz fest, es sei ungewiss, ob die Klägerin im Zeitpunkt der Antragstellung über genügend Vermögen verfügt habe, um das Verfahren selber zu finanzieren, da ihre aktuellen finanziellen Verhältnisse bezüglich des Handarbeitsgeschäfts "F.\_\_\_\_\_" nicht ausreichend belegt seien. Allein dies würde genügen, um den Antrag auf Zuspreehung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen. Wenn man sodann dem Notbedarf von Fr. 3'828.– die durchschnittlichen Einnahmen von Fr. 5'170.– gegenüberstelle, resultiere ein monatlicher Überschuss von Fr. 1'342.–. Auch nach Abzug der Steuern würden Fr. 1'000.– verbleiben. Es sei von einem aufwändigen Scheidungsverfahren und einer Tilgung innert zweier Jahre auszugehen. Mit einem Betrag von Fr. 24'000.– erscheine die Begleichung von Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit indessen als möglich, weshalb die Klägerin auch nicht mittellos sei (Urk. 2 S. 9 f.).

6.1 Das Einkommen als Handarbeitslehrerin mit einem Pensum von 34.6 % war vor Vorinstanz nicht strittig. In der Berufungsantwort trägt der Beklagte vor, die Klägerin verschweige, dass sie seit dem Schuljahr 2017/2018 ihr Pensum auf 61 % aufgestockt habe und neu Fr. 4'863.80 zuzüglich Anteil 13. Monatslohn von Fr. 453.45, also Fr. 5'317.25 netto, zuzüglich Ausbildungszulage verdiene. Der Beklagte reicht die Lohnabrechnung August 2017 ins Recht (Urk. 12/1). In ihrer Stellungnahme dazu entgegnet die Klägerin, massgeblich seien die Einkommens- und Vermögensverhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchstellung, im vorliegenden Fall am 24. Februar 2017 (Urk. 14 S. 2). Die Lohnabrechnung dürfe auch nicht verwendet werden, da sie ausdrücklich im Zusammenhang mit einem unpräjudiziellen und nicht für das Gericht bestimmten Schreiben zugestellt worden sei. Die Einreichung verstosse gegen Art. 26 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes. Aufgrund dieses Vertrauensbruches müsse davon ausgegan-

gen werden, dass der Beklagte nicht an einem Vergleich interessiert sei. Umso notwendiger sei daher der Prozesskostenbeitrag oder -vorschuss. Sollte die veränderte Einkommenssituation wider Erwarten als echtes Novum qualifiziert werden, wären die Vorbringen wegen des Verstosses gegen die Standesregeln nicht zu hören und sei die betreffende Lohnabrechnung aus dem Recht zu weisen (Urk. 14 S. 9).

In zeitlicher Hinsicht ist die wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgeblich. Steht aber fest, dass der Gesuchsteller im Zeitpunkt des Entscheids nicht bzw. nicht mehr bedürftig ist, kann auf diese Verhältnisse abgestellt werden. Dies ergibt sich aus Art. 123 ZPO, wonach die Partei zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie "dazu in der Lage ist." (BGer 5A\_124/2012, E. 3.3 vom 28. März 2012). Da der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung primär das Recht auf Zugang zum Gericht schützt, ist grundsätzlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Gesuchs abzustellen, allerdings kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit Gesuchseinreichung verbessert haben (vgl. BGE 122 I E. 4). Dies folgt auch aus der Bestimmung von Art. 120 ZPO, wonach die einmal gewährte unentgeltliche Rechtspflege entzogen werden kann, wenn der Anspruch nicht mehr besteht (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 120 N 11c). Der Beklagte bestreitet nachdrücklich, dass es sich bei der Lohnabrechnung um ein vertrauliches Dokument handle, und sein Rechtsvertreter weist den Vorwurf der Verletzung der Standesregeln zurück. Die Klägerin sei gestützt auf Art. 170 ZGB geradezu verpflichtet gewesen, den Beklagten über ihre veränderte Einkommenssituation zu orientieren (Urk. 18 S. 2). Unter welchen Bedingungen und Auflagen dem Beklagten die Lohnabrechnung zugestellt wurde, ist nicht belegt und kann offenbleiben. Ein allfälliger Verstoß gegen die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes wäre auch nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfen. In diesem Prozess ist die Lohnabrechnung als echtes Novum zu beachten. Ein "Aus-dem-Recht-weisen" gibt es im Übrigen nicht (OG ZH RB150044 vom 10.02.16, E. 2.1). Gestützt auf die Lohnabrechnung August 2017 (Urk. 12/1) ist das Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit ab August 2017 mit Fr. 5'268.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn, exklusive Ausbildungszulage) zu veranschlagen.

6.2 Die Klägerin führt daneben das Handarbeitsgeschäft "F. \_\_\_\_\_". Die Vorinstanz erwog, mit dem Geschäft habe die Klägerin 2013 Fr. 12'927.– und 2014 Fr. 8'666.50 Gewinn gemacht und im Jahr 2015 Fr. 25'928.30 Verlust erwirtschaftet. Für das Jahr 2016 liege kein Abschluss vor. Für das Jahr 2015 habe sich der Betriebsertrag drastisch verringert, allerdings ohne dass die Betriebskosten gesunken wären. Für die Frage der Bedürftigkeit sei indessen auch das schlechte Geschäftsjahr 2015 zu berücksichtigen. Zudem müsse die Klägerin für die Jahre 2010 bis 2015 Mehrwertsteuer im Betrag von Fr. 13'585.60 nachzahlen, was einer durchschnittlichen Belastung von Fr. 226.40 monatlich entspreche. Damit resultiere insgesamt ein monatlicher Verlust von Fr. 347.– aus dem eigenen Geschäft (Urk. 2 S. 4 f.).

Mit der Berufungsschrift reicht die Klägerin die Jahresrechnung 2016 ins Recht. Sie führt aus, es sei notorisch, dass Geschäftsabschlüsse selbständig Erwerbender meist erst Mitte Jahr vorliegen würden. Daraus ergebe sich, dass sich das Kapital weiter reduziert habe und noch Fr. 36'730.14 betrage. Die flüssigen Mittel beliefen sich auf Fr. 892.70. Es seien ihr also auch im Jahr 2016 aus dem Handarbeitsgeschäft keine zu verflüssigenden Mittel zur Verfügung gestanden (Urk. 1 S. 3). Die Jahresrechnung 2016 datiert vom 9. Mai 2017 und daher nicht erst von Mitte Jahr. Damit handelt es sich um ein unzulässiges Novum. Im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) hat das Gericht Noven bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Sie sind ohne Verzug, mithin unverzüglich nach Entdeckung, in den Prozess einzuführen (Art. 229 Abs. 1 ZPO; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm, Art. 229 N 9 f.). Die Klägerin legt nicht dar, weshalb es ihr nicht möglich war, diese Jahresrechnung der Vorinstanz vor deren Entscheid einzureichen. Folglich ist darauf nicht einzugehen, soweit sie damit Tatsachen zu ihren Gunsten (tieferes Eigenkapital; höherer durchschnittlicher Verlust [nachfolgend Ziff. 6.3]) belegen will, ansonsten die Klägerin für unsorgfältiges Prozessieren belohnt würde.

6.3 In Bezug auf die Einkommenssituation als Selbständigerwerbende trägt die Klägerin vor, dass der Verlust gemäss Jahresrechnung 2016 trotz Rückzahlung der Mehrwertsteuer auf Fr. 1'256.02 habe gesenkt werden können. Wenn man die



Geschäftsergebnisse der letzten drei Jahre nehme, so resultiere ein monatlicher Verlust von Fr. 514.40 ([Fr. 8'666.50 + -Fr. 25'928.30 + -Fr. 1'256.02] : 36). Wenn der Erfolg ausnahmsweise, um den hohen Verlust von 2015 im Sinne eines Ausreissers auszugleichen, auf vier Jahre berechnet werde, so reduziere sich der Verlust auf Fr. 116.50 [Fr. 12'927.- + Fr. 8'666.50 + -Fr. 25'928.30 + -Fr. 1'256.02] : 48). Nach dem unter Ziff. 6.2 Ausgeführten kann auf den höheren Verlust nicht abgestellt werden, weshalb auf Seiten der Klägerin jedenfalls von einem anerkannten Verlust von Fr. 116.- (Urk. 1 S. 4, 5) auszugehen ist.

Der Beklagte dagegen moniert, wenn die Klägerin ihr Fahrzeug nicht unnötigerweise um 37.5 % (Fr. 5'400.-), sondern um angemessene 20 % (Fr. 2'880.-) abgeschrieben hätte, hätte kein Verlust, sondern ein Gewinn von Fr. 2'520.- resultiert (Urk. 10 S. 5). Soweit der Beklagte zur verspätet eingereichten Jahresrechnung zu hören ist, ist festzuhalten, dass Abschreibungen von 37.5 % in der Tat hoch sind. Allerdings spricht auch der Beklagte von "angemessenen" 20 % und zeigt damit selbst, dass es sich stets um einen betrieblichen Ermessensentscheid handelt. Der Klägerin nicht nur keinen Verlust, sondern gar einen Gewinn aufzurechnen, erschiene bei den vorliegenden Verhältnissen unbillig. Ein Betrag von Fr. 2'860.- (Fr. 5'400.- ./ Fr. 2'880.-) als quasi stille Reserve erscheint angesichts des hohen Verlusts im Vorjahr vertretbar.

Die Klägerin bezahlte zwischen März 2016 und Oktober 2017 monatlich Fr. 788.- zur Tilgung von aufgelaufenen Mehrwertsteuern (Urk. 7/14/4). In der Berufung erwähnt sie, es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz die Abzahlungsvereinbarung habe auf fünf Jahre verteilen können, auch wenn es zu ihren Gunsten sei (Urk. 1 S. 4). Da die Klägerin nichts Konkretes daraus ableitet, ist nicht weiter darauf einzugehen. Der Beklagte hingegen macht geltend, da ab Oktober 2017 keine Abzahlungsraten für die Nachzahlung von Mehrwertsteuern von monatlich Fr. 788.- mehr fällig seien, seien der Klägerin insgesamt Fr. 1'000.- als Einkünfte anzurechnen (Urk. 10 S. 5). Die Vorinstanz hat zur Ermittlung des anrechenbaren Einkommens als Selbständigerwerbende auf den Durchschnitt mehrerer Jahre abgestellt. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Praxis (vgl. BGer 5A\_364/2010 vom 29. Juli 2010, E. 2.1) und ist nicht zu beanstanden. Der Wegfall

der Ratenzahlung und deren Auswirkung auf das Geschäftsergebnis werden sich erst in der Jahresrechnung 2017 zeigen und hat daher unberücksichtigt zu bleiben. Damit bleibt es dabei, dass aus der selbständigen Tätigkeit ein von der Klägerin anerkanntes Manko von Fr. 116.– anzurechnen ist.

6.4 Betreffend die Vermögenssituation erwog die Vorinstanz, die Klägerin sei zu einem Drittel Eigentümerin des Mehrfamilienhauses an der G.\_\_\_\_-Strasse ... in C.\_\_\_\_, die anderen zwei Drittel gehörten dem Beklagten. Die Parteien seien verpflichtet, jährlich insgesamt Fr. 17'500.– zu amortisieren. Die Liegenschaft sei mit Hypotheken im Betrag von insgesamt Fr. 750'000.– belastet. Gemäss Steuererklärungen der Parteien für das Jahr 2015 betrage der Steuerwert Fr. 907'500.– bzw. Fr. 926'001.–. Aufgrund des Verhältnisses zwischen hypothekarischer Belastung und Steuerwert sei nicht davon auszugehen, dass eine höhere Belehnung erfolgen könnte. Eine Zustimmung des Beklagten zur Erhöhung der Hypothek liege sodann nicht vor. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin aus der Liegenschaft nicht innert nützlicher Frist liquide Mittel generieren könne (Urk. 2 S. 7 f.). Weiter führte die Vorinstanz an, die Klägerin nütze ihren Anteil an der Liegenschaft in C.\_\_\_\_ für ihr Geschäft "F.\_\_\_\_" selber. Da in der Betriebsabrechnung ein Mietzins für diese Lokalität als Aufwand eingerechnet sei, sei dieser als Vermögensertrag der Klägerin zu addieren. In den Jahren 2013 und 2014 habe der Mietaufwand je Fr. 13'500.– und im Jahr 2015 Fr. 9'979.20 betragen. Damit resultiere ein durchschnittlicher monatlicher Vermögensertrag von Fr. 1'027.– (Urk. 2 S. 5).

Die Klägerin widerspricht. Es handle sich nicht um Vermögensertrag, sondern um die Bezahlung ihres monatlichen Anteils an Hypothekarzinsen von Fr. 841.45 sowie der obligatorischen Amortisation und den Versicherungen, Abgaben etc. Der "Mietzins" oder korrekterweise der Anteil an den laufenden Kosten decke nur die effektiven, von der Klägerin zu tragenden Kosten (Urk. 1 S. 4). Der Beklagte schliesst sich dieser Kritik an und erklärt, der in den Geschäftsabschlüssen ausgewiesene Mietaufwand stelle den effektiven Aufwand dar (Urk. 10 S. 5).

Wie eingangs dargestellt, sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege analog anzuwenden. Es gilt das Effektivitätsprinzip, d.h. unter Vor-

behalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist jede Auf- und Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen unzulässig (BK ZPO-Bühler, Art. 117 Art. N 9). Bereits deshalb ist die Position zu streichen. Im Übrigen widerspricht die Auffassung auch den Akten und es ist mit den Parteien festzuhalten, dass es sich um effektiven Aufwand für das Geschäftslokal "F.\_\_\_\_\_" handelt.

6.7 Nicht strittig ist, dass der Beklagte gemäss Urteil vom 2. Dezember 2015 Unterhaltsbeiträge für die Klägerin und die Tochter E.\_\_\_\_\_ von monatlich Fr. 450.– und Fr. 1'000.– bezahlt (Urk. 2 S. 5). Da im Bedarf der Klägerin die Auslagen für E.\_\_\_\_\_ enthalten sind (unten Ziff. 7), sind die gesamten Fr. 1'450.– anzurechnen.

6.8 Zusammenfassend ist von folgenden Einnahmen auszugehen:

- Lohn Fr. 3'040.–, ab August 2017 Fr. 5'268.–
- Geschäft "F.\_\_\_\_\_": Verlust Fr. 116.–
- Unterhaltsbeiträge Fr. 1'450.–.

7. Den Bedarf der Klägerin und E.\_\_\_\_\_s bezifferte die Vorinstanz mit Fr. 3'828.– (Urk. 2 S. 5 f.). Umstritten sind die Fahrspesen.

7.1 Die Vorinstanz erwog, die Klägerin mache Fr. 420.– geltend, der Beklagte anerkenne Fr. 300.–. Die Klägerin arbeite als Handarbeitslehrerin in H.\_\_\_\_\_. Der Weg betrage rund 30 Kilometer. Da die Klägerin in einem 34.6 % Pensum angestellt sei, habe sie den Weg zweimal pro Woche zu bestreiten. Das Handarbeitsgeschäft der Klägerin sei nur ein paar Hundert Meter von ihrem Wohnort entfernt. Demnach erscheine der vom Beklagten anerkannte Betrag von Fr. 300.–, welcher dem Privatanteil gemäss Betriebsrechnung von "F.\_\_\_\_\_" entspreche, als angemessen (Urk. 2 S. 7).

7.2 Die Klägerin rügt, die Vorinstanz gehe davon aus, dass sie den Weg zweimal pro Woche zurücklege. Dem sei nicht so. Ihr 34.6 %-Pensum verteile sich auf drei Tage pro Woche. Sie müsse den Weg C.\_\_\_\_\_ ↔ H.\_\_\_\_\_ wöchentlich mehr als vier Mal zurücklegen, da zusätzliche Fahrten für Sitzungen, Elternabende und Schulveranstaltungen anfielen, an denen sie obligatorisch teilnehmen müsse

(Urk. 1 S. 2). Diese Vorbringen sind novenrechtlich verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Weder hat die Klägerin vor Vorinstanz geltend gemacht, das Pensum verteile sich auf drei Tage, noch hat sie die obligatorisch zu besuchenden Sitzungen etc. erwähnt. Sie hat lediglich pauschal Fr. 420.– gefordert (Urk. 30 S. 2) und hat auch auf die vom Beklagten in seiner Stellungnahme anerkannten Fr. 300.– nicht mehr reagiert. Folglich handelt es sich um prozessual unzulässige Vorbringen, die nicht mehr zu hören sind. Es bleibt bei Fahrkosten von Fr. 300.–, weshalb auch auf die Argumente der Gegenseite zu den Fahrkosten nicht eingegangen werden muss (vgl. Urk. 10 S. 10).

8.1 Eine Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ergibt folgendes Bild:

	bis Juli 2017	ab August 2017
Lohn	Fr. 3'040.–	Fr. 5'268.–
Verlust "F._____"	(Fr. 116.–)	(Fr. 116.–)
Unterhaltsbeitrag	Fr. 1'450.–	Fr. 1'450.–
./i. Bedarf	Fr. 3'828.–	Fr. 3'828.–
Überschuss	Fr. 546.–	Fr. 2'774.–

8.2 Die Klägerin hat die Steuern nicht substantiiert (Urk. 7/30 S. 2). Selbst wenn man über das ganze Jahr Steuern von monatlich Fr. 500.– berücksichtigt und die Autospesen ab August auf Fr. 420.– erhöhen würde, was sich aufgrund des höheren Pensums rechtfertigen könnte, wird es der Klägerin möglich sein, mit dem ab August 2017 zur Verfügung stehenden Freibetrag von gegen Fr. 2'000.– die Gerichts- und Anwaltskosten innert der verbleibenden 17 Monate zu begleichen. Damit fehlt es an der Mittellosigkeit, weshalb das Gesuch um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen ist.

9. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

**III.**

Bei diesem Ausgang wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV auf Fr. 1'500.– und die Parteientschädigung auf Fr. 1'200.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts in Zivilsachen am Bezirksgericht Pfäffikon vom 4. August 2017 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'296.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
mc