# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170046-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC170039

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter

Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin

Dr. M. Isler

## Beschluss und Urteil vom 19. April 2018

A.\_\_\_\_\_\_,
Beklagte, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin / Beschwerdeführerin

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

gegen

B.\_\_\_\_\_\_,
Kläger, Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter / Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen / Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege)

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Oktober 2017; Proz. FE170115

# Rechtsbegehren:

(act. 4/8)

- "1. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss für das Scheidungsverfahren von CHF 20'000.00 zzgl. MWST zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts;
- 2. eventualiter sei der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege im Scheidungsverfahren zu gewähren und es sei die Unterzeichnende als unentgeltliche Rechtsvertreterin der Beklagten zu bestellen;
- 3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST im Hauptverfahren zulasten des Klägers."

# <u>Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren</u> <u>am Bezirksgericht Uster vom 6. Oktober 2017:</u>

(act. 4/46 = act. 3/1 = act. 9)

- Der Antrag der Beklagten auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger wird abgewiesen.
- 2. Die Gesuche der Beklagten um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin werden abgewiesen.
- 3./4. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.

#### Berufungs- und Beschwerdeanträge:

<u>der Beklagten, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin / Beschwerdeführerin</u> (act. 2, act. 6/2):

- "1. Es sei Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss von CHF 20'000.00 zzgl. 8% MWST für das Scheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Uster (FE 17115, recte: FE170115) zu bezahlen.
- 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MWST zulasten des Berufungsbeklagten."
- '1. Es sei Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege im Scheidungsverfahren (inkl. Massnahmeverfahren) vor dem Bezirksgericht Uster (FE170115) zu

- gewähren und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
- 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MWST zulasten des Beschwerdegegners."

#### sowie das Gesuch:

- "1. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von CHF 3'000.00 zzgl. MWST zu bezahlen.
- 2. Eventualiter sei der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

# <u>des Klägers, Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten / Beschwerdegegners (act. 10):</u>

- "1. Es sei der Antrag der Berufungsklägerin vom 23. Oktober 2017 um Bezahlung eines Kostenvorschusses von CHF 20'000.00 zuzüglich MwSt. sowie ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Scheidungsverfahren abzuweisen, und es sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Oktober 2017 zu bestätigen.
- 2. Es sei der Antrag der Berufungsklägerin vom 23. Oktober 2017 um Bezahlung eines Kostenvorschusses von CHF 3'000.00 zuzüglich MwSt. sowie ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin (zuzüglich MwSt.)"

#### Erwägungen:

#### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.	Die Parteien sind seit dem tt. September 1992 verheiratet und haben eine
geme	einsame Tochter, C, geboren am tt.mm.2000 (act. 4/5). Der Kläger,
Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte / Beschwerdegegner (fortan Berufungs-	
beklagter) ist im Kunsthandel tätig und an der D AG sowie an der E	
AG beteiligt (act. 4/25 S. 3). Die Beklagte, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin	
/ Beschwerdeführerin (fortan Berufungsklägerin) war gemäss eigener, unbestritter	

gebliebener Darstellung bis Ende September 2017 bei der D.\_\_\_\_ AG angestellt (act. 4/22 S. 17, act. 2 S. 17).

- 2. Mit Eingabe vom 23. Mai 2017 machte der Berufungsbeklagte beim Bezirksgericht Uster eine Scheidungsklage im Sinne von Art. 114 ZGB anhängig (act. 4/1). Die Berufungsklägerin stellte am 28. Juni 2017 das eingangs erwähnte Begehren im Rahmen vorsorglicher Massnahmen (act. 4/8). Am 6. September 2017 fand vor der Vorinstanz die Einigungsverhandlung und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Gesuch der Berufungsklägerin um einen Prozesskostenvorschuss eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege) statt (Prot. VI S. 6 ff.). Anlässlich der Verhandlung stellte die Bezirksrichterin fest, dass die Parteien seit mindestens zwei Jahren getrennt lebten und der Scheidungspunkt gegeben sei (Prot. VI S. 6). Die Parteien schlossen unter Mitwirkung des Gerichts eine Teilvereinbarung betreffend elterliche Sorge, Obhut und Betreuung sowie Vorsorgeausgleich (act.4/28); die restlichen Scheidungsfolgen blieben strittig (Prot. VIS. 27). Die Bezirksrichterin setzte beiden Parteien mittels Protokollverfügung Frist, um für den Entscheid über den Prozesskostenvorschuss eventualiter unentgeltliche Rechtspflege bestimmte zusätzliche Unterlagen einzureichen, unter der Androhung, bei Säumnis aufgrund der Akten zu entscheiden (Prot. VI S. 27 f.). Zu den jeweiligen neu eingereichten Eingaben der Gegenseite konnten beide Parteien Stellung nehmen (act. 4/42, act. 4/44). Mit Verfügung vom 6. Oktober 2017 wies die Vorinstanz den Antrag der Berufungsklägerin auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger sowie ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 4/46 = act. 3/1 = act. 9).
- 3. Gegen die Abweisung der Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschuss erhob die Berufungsklägerin fristgerecht Berufung (act. 2, act. 4/47). Gleichzeitig erhob sie Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege; dieses Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. PC170039 angelegt. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-50). Mit Verfügung vom 14. Februar 2018 wurde das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. PC170039 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und abgeschrieben, wobei es unter der vorliegenden Verfahrensnummer weitergeführt wird (act. 7). Die Partei-

en werden demzufolge durchwegs als Berufungsklägerin und Berufungsbeklagter bezeichnet. Gleichzeitig wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 7), die rechtzeitig einging (act. 10, act. 11/1-9, vgl. act. 8/2). Die Sache erweist sich als spruchreif.

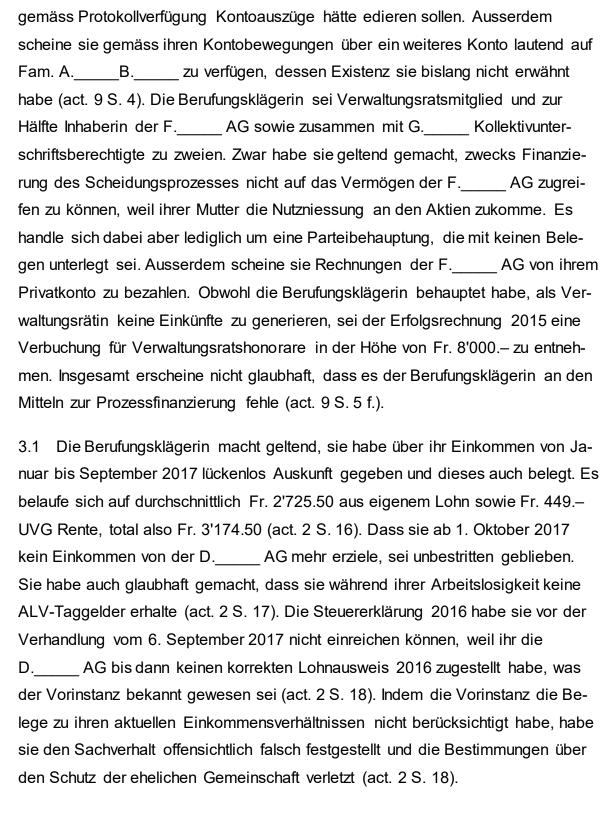
#### II. Zur Berufung im Einzelnen

- 1.1 Anlass des Berufungsverfahrens bildet die Abweisung des Gesuchs der Berufungsklägerin um einen Prozesskostenvorschuss durch den Berufungsbeklagten für das Scheidungsverfahren. Ein Ehegatte hat im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren Anspruch auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, sofern er auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zur Bezahlung eines Vorschusses in der Lage ist. Die Entrichtung eines Prozesskostenvorschusses setzt damit einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus und andererseits muss der angesprochene Ehegatte in der Lage sein, nebst seinen eigenen Prozesskosten auch diejenigen des Ehegatten zu übernehmen (vgl. z.B. BGer 5A\_455/2010 E. 2.2., BGer 5P.441/2005 E.1.2., ZK ZGB-BRÄHM/HASENBÖHLER, 3. A., Art. 159 N 135).
- 1.2 Das Institut des Prozesskostenvorschusses ist eng mit dem sog. prozessualen Armenrecht verknüpft. Soweit eine Vorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. statt vieler BGE 142 III 36 E. 2.3 m.H.). Während der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verfahrensrechtlicher Natur ist und sich in erster Linie gegen den Staat richtet, ist der auf eherechtliche Pflichten (je nach dogmatischer Begründung Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB) gründende Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen den anderen Ehegatten gerichtet. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt ein entsprechendes Gesuch voraus, es gilt die Dispositionsmaxime. Das Verfahren ist summarisch und es gelangt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO; vgl. OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. III.4.1. f. m.H.). Letztere umfasst vor allem eine gesteigerte gerichtliche Fragepflicht. Die Parteien werden vom Gericht bei der Sammlung des Prozessstoffs durch geeig-

nete Fragen unterstützt. Grundgedanke ist die Unterstützung der schwächeren Partei. Daraus folgt, dass sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat: Auch unter Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidrelevanten Sachverhalts im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken. Es trifft sie insofern eine Behauptungs- und Beweislast (vgl. OGer ZH LY170042 vom 25. Januar 2018 E. III.1.2; OGer ZH PC170014 vom 15. September 2017 E. III.4.1., siehe zum Ganzen auch BGE 141 III 569 E. 2.3. m.H. = Pra 105 (2016) Nr. 99).

- 1.3. Im summarischen Verfahren gilt eine Glaubhaftmachungslast. Mit der Glaubhaftmachungslast geht die Behauptungslast einher. Ein Teilgehalt der Behauptungslast ist die Substanzierungslast, welche insbesondere besagt, wie genau eine Tatsache zu behaupten ist, für die eine Partei die Behauptungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast trägt (vgl. etwa BSK ZGB FLARDELLI, 5. A., Art. 8 N 20 f., N 33, siehe auch OGer ZH LP100072 vom 8. Oktober 2012 E. IV.2.). Bezüglich des Anspruchs auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages liegt die Glaubhaftmachungslast beim gesuchstellenden Ehegatten und damit bei der Berufungsklägerin. Sie hat mit anderen Worten ihre eigene Bedürftigkeit zu behaupten und zu belegen und sich mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des Berufungsbeklagten befassen, mithin seine Leistungsfähigkeit behaupten sowie glaubhaft machen.
- 2.1 Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid damit, dass die Berufungsklägerin der ihr obliegenden Mitwirkungspflicht gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO (analog) nicht nachgekommen sei und insgesamt nicht glaubhaft gemacht habe, dass es ihr an den notwendigen Mitteln zur Prozessfinanzierung fehle (act. 9 S. 6). Die Parteien hätten nicht alle Unterlagen, zu deren Einreichen sie mit Protokollverfügung vom 6. September 2017 aufgefordert worden seien, beigebracht. Damit sei androhungsgemäss gestützt auf die Akten zu entscheiden (act. 9 S. 2).
- 2.2 Konkret erwog die Vorinstanz, die Berufungsklägerin habe ihre Vermögensverhältnisse nicht hinreichend dargelegt. Sie habe keine aktuelle Steuererklärung

und lediglich Belege zu zwei der insgesamt sechs Konti eingereicht, zu denen sie



Die Editionsverfügung der Vorinstanz in Bezug auf die Kontobelege habe sich auf das Wertschriftenverzeichnis 2012 bezogen, welches der eingereichten

Steuererklärung 2015 irrtümlich beigeheftet gewesen sei. Weil sie ausgesagt ha-

be, sie habe nur zwei H Konti und früher ein drittes H Euro-Konto		
gehabt, sei von ihr verlangt worden, für alle Konti, die es nicht mehr gebe, Saldie-		
rungsbelege einzureichen (act. 2 S. 20). Den Saldierungsbeleg zum Euro-Konto		
habe sie nicht erhältlich machen können. Gemäss Wertschriftenverzeichnis 2012		
hätten sich darauf umgerechnet aber nur Fr. 124.– befunden, gemäss Kontoaus-		
zug per 31. Dezember 2015 noch Fr. 33.97 (act. 2 S. 20). Der Saldierungsbeleg		
für das I Konto Konto-Nr. 1 sei in der Steuererklärung 2015 enthalten, was		
die Vorinstanz einfach nicht beachtet habe. Das Wertschriftenverzeichnis 2012		
habe auch die Konti des Berufungsbeklagten enthalten, da sie in diesem Jahr		
noch zusammen gewesen seien. Beim JKonto Konto-Nr. 2 handle es sich		
um das des Berufungsbeklagten, was aus den von ihm eingereichten Steuererklä-		
rungen hervorgehe. Auch das habe die Vorinstanz einfach nicht beachtet.		
Schliesslich müsse es sich beim anderen J Konto Konto-Nr. 3 ebenfalls um		
ein Konto des Berufungsbeklagten handeln (act. 2 S. 21). Soweit ihr die Vo-		
rinstanz unterstelle, sie habe noch ein weiteres Konto, lautend auf "Fam.		
AB", sei diese Folgerung willkürlich. Sie reiche als Beweis den zur		
betreffenden Kontobuchung gehörenden Beleg ins Recht, der zeige, dass es sich		
dabei um die Belastung für eine Stromrechnung handle (act. 2 S. 23).		
3.2 Der Berufungsbeklagte führt im Wesentlichen aus, dass er der Berufungs-		
klägerin die Lohnabrechnungen für das Jahr 2016 schon am 27. Mai 2017 zuge-		
stellt habe, weshalb sie die Steuererklärung 2016 problemlos hätte einreichen		
können (act. 10 S. 14). Diese wäre notwendig gewesen, um ihre Vermögensver-		
hältnisse auszuweisen (act. 10 S. 15). Wenn sie schon geltend mache, dass ge-		
wisse von der vorinstanzlichen Editionsverfügung betroffene Konti nicht ihr zuzu-		
rechnen seien, wäre sie verpflichtet gewesen, dies dem Gericht mitzuteilen. Die		
diesbezüglichen Ausführungen in der Berufungsschrift stellten unzulässige Noven		
dar (act. 10 S. 16 ff.). Gleiches gelte für den Saldierungsbeleg des I Kon-		
tos, der in der Steuererklärung 2015 enthalten gewesen sei (act. 10 S. 17). In Be-		
zug auf das Konto lautend auf "Fam AB" sage die Berufungskläge-		
rin erneut nicht, um was für ein Konto es sich handle. Von Interesse sei nämlich		
nicht der Zahlungszweck, sondern das Konto, von welchem der Betrag abgebucht		

worden sei und über das die Berufungsklägerin offensichtlich verfügen könne (act. 10 S. 19).

- 3.3 Die Beurteilungskriterien für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind dieselben wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege. Vorausgesetzt ist, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (BGer 5D\_135/2010 vom 9. Februar 2011 E. 3.1). Zur Begründung der Mittellosigkeit muss der Gesuchsteller seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse vollständig und klar darlegen und soweit möglich durch Urkunden belegen. An diese Obliegenheiten dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers sind. Kommt er seiner Mitwirkungspflicht nicht nach, ist das Gesuch abzuweisen (BGE 125 IV 161 E. 4; BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119 N 90 ff.). Die Vorinstanz stützte ihren ablehnenden Entscheid zunächst darauf, dass die Berufungsklägerin ihre Vermögensverhältnisse, namentlich ihre Kontoverbindungen, nicht ausreichend dargelegt habe (act. 9 S. 4).
- Die Berufungsklägerin begründete ihr Gesuch um einen Prozesskostenvorschuss eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren, indem sie ihr Einkommen von Januar bis Ende August 2017 darlegte und ausführte, kein nennenswertes Vermögen zu haben (act. 4/22 S. 17 ff.). Sie verwies auf die eingereichte Vermögensübersicht ihrer beiden Konti bei der H. die per 6. September 2017 einen Saldo von insgesamt Fr. 13'369.- aufwiesen (Prot. VIS. 16). In der persönlichen Befragung unter Bezugnahme auf Art. 192 ZPO führte die Berufungsklägerin auf die Frage der Bezirksrichterin, wie viele Bankkonti sie habe, aus, dass sie bei der H. ein normales Zahlungskonto und ein Sparkonto habe. Früher habe sie ein Eurokonto gehabt, das sie inzwischen aufgelöst habe. Des Weiteren habe sie mit dem Berufungsbeklagten ein Konto bei der I. oder der J. gehabt, von dem sie nicht wisse, ob es das noch gebe (Prot. VI S. 24 f.). Auf die Frage der Bezirksrichterin, ob es weitere Konti gebe, antwortete sie, nein, abgesehen vom Kontokorrentkonto [bei der D. AG, vgl. act. 4/22 S. 19 f.], das sie eigentlich noch habe (Prot. VI S. 25). Am Ende der Verhandlung nahm die Bezirksrichterin Bezug auf die der Steuerer-

Die finanziellen Verhältnisse der Berufungsklägerin gestalten sich weder besonders komplex noch bestanden konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ihre Anga-

ben zu den aktuell bestehenden Kontoverbindungen unvollständig oder wahrheitswidrig erfolgten, was weitere Unterlagen wie beispielsweise einen Saldierungsbeleg oder eine Kontoübertragungsanzeige für frühere Kontobeziehungen zwingend erforderlich gemacht hätte. Die von der Vorinstanz erst in der angefochtenen Verfügung aufgestellte Vermutung, die Berufungsklägerin könnte über ein weiteres Konto lautend auf Fam. A. B. verfügen, weil gemäss Kontobewegung auf ihrem Privatkonto vom 13. April 2017 Fr. 164.55 einer "FAM A. D. "überwiesen wurde, vermag daran nichts zu ändern. Abgesehen vom Privat- und Sparkonto der Berufungsklägerin bei der H. bewegten sich sämtliche übrigen im Wertschriften- und Guthabenverzeichnis 2012 aufgelisteten Konti saldomässig im tiefen bis mittleren zwei- und dreistelligen Bereich, nämlich zwischen Fr. 72.- und Fr. 516.- (vgl. act. 4/10/6). Auch dieser Umstand führte somit nicht dazu, dass weitere Belege über den Verbleib der Gelder zwingend hätten beigebracht werden müssen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin ihre aktuelle Vermögenssituation hinsichtlich der Vermögenswerte auf ihren Konti im vorinstanzlichen Verfahren hinreichend glaubhaft gemacht hat.

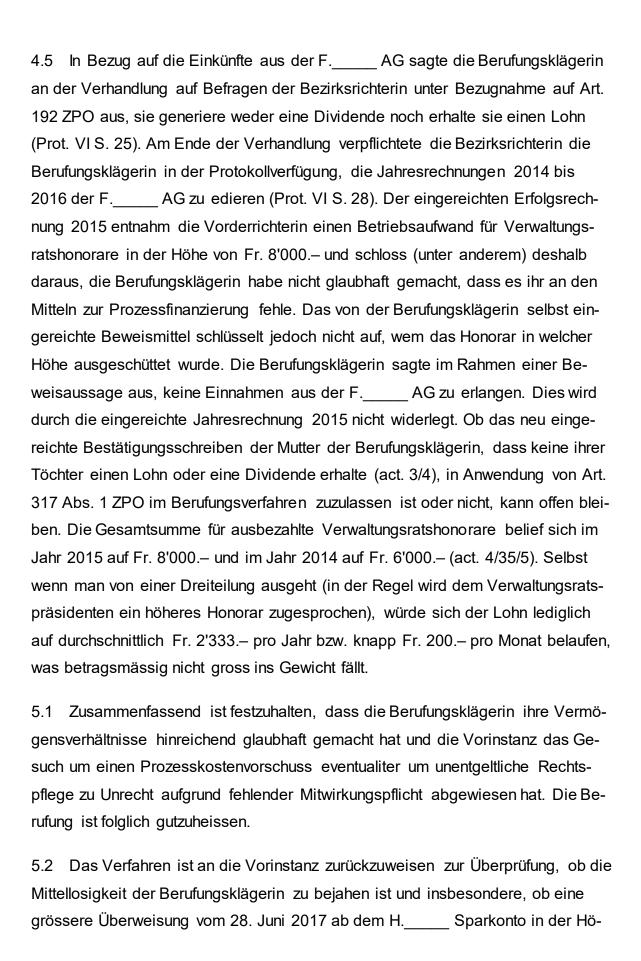
3.6 Dennoch stellte die Vorinstanz in der Protokollverfügung auf das Wertschriften- und Guthabenverzeichnis 2012 ab und verlangte Belege zu sämtlichen dort aufgelisteten Konti. Im Gesuchsverfahren um einen Prozesskostenvorschuss kommt wie im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege die richterliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO) dann zum Tragen, wenn Zweifel bestehen, ob die gesuchstellende Partei ihrer Behauptungs- und Substanzierungslast vollständig nachgekommen ist (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119 N 37; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. A., Art. 119 N 10). Die gesuchstellende Partei ist auf die Unvollständigkeit ihrer Darlegung der finanziellen Verhältnisse hinzuweisen, und es ist ihr Gelegenheit zur Ergänzung zu geben. In diesem Zusammenhang ist wohl die von der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung erlassene Protokollverfügung zu verstehen. Die richterliche Fragepflicht greift indessen nur da, wo effektiv von einer Unvollständigkeit in der Darstellung der gesuchstellenden Partei ausgegangen werden muss. Schiesst die Aufforderung der Vorinstanz über diesen Rahmen hinaus, kann es der gesuchstellenden Partei nicht zum Nachteil gereichen, wenn

sie betreffende Beweismittel nicht einreicht und hierfür nicht explizit eine Begründung nennt. Die Anforderungen an die Mitwirkungspflicht dürfen nicht überspannt werden (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119 N 94 m.H.a. Pra 92 [2003] Nr. 63). Nach dem Gesagten darf der Berufungsklägerin nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe ihre Vermögensverhältnisse nicht ausreichend dargelegt und ihre Mitwirkungspflicht verletzt, indem sie nicht zu sämtlichen in der Protokollverfügung erwähnten Konti Belege eingereicht habe.

- In Bezug auf die Erwägungen der Vorinstanz betreffend Einkommen und Finanzierungsmittel aus der F.\_\_\_\_ AG macht die Berufungsklägerin geltend, sie habe unter Bezugnahme auf Art. 192 ZPO ausgesagt, nicht auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen zu können (act. 2 S. 24). Die AG sei eine eigene Gesellschaft, deren flüssige Mittel ihr und nicht den Aktionären gehörten. Diese hätten nur Anrecht auf eine Gewinn- und Liquidationsbeteiligung, welche aufgrund der Nutzniessung ihrer Mutter jedoch ebenfalls nicht ihr (der Berufungsklägerin) zustehe. Die Vorinstanz habe ausserdem lediglich die Aktivseite der Bilanz und nicht auch die Passivseite angeschaut (act. 2 S. 25 f.). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, sie zahle Rechnungen für die F. AG von ihrem Privatkonto, sei willkürlich. Bei den zwei Belastungen in der Höhe von Fr. 34.- und Fr. 15.50 kauft habe, eine Website für ihren Vater zu machen. Die entsprechenden Belege reiche sie als zulässige Noven ins Recht (act. 2 S. 25 f.). Schliesslich unterstelle ihr die Vorinstanz, sie habe mit der Aussage gelogen, kein Verwaltungsratshonorar zu erhalten. Neben ihr sässen ihre Schwester und ihre Mutter im Verwaltungsrat der F. AG, Letztere als Präsidentin mit Einzelunterschrift. Ihre Mutter sei die Einzige, die ein Verwaltungsratshonorar aus der Firma beziehe; die diesbezüglichen Belege seien als zulässige Noven im Berufungsverfahren zu berücksichtigen (act. 2 S. 26 f.).
- 4.2 Der Berufungsbeklagte hält dem entgegen, die Berufungsklägerin habe nicht plausibel begründet resp. nachgewiesen, weshalb sie ihre Aktien oder einen Teil davon nicht verkaufen könne, gebe sie deren Wert in der Steuererklärung 2015

doch selber mit Fr. 288'750.– an. Zudem verfüge die Gesellschaft gemäss Jahresrechnung 2015 über flüssige Mittel in der Höhe von Fr. 221'614.16, daher wäre es der Berufungsklägerin möglich, ein Darlehen erhältlich zu machen, das sie mit ihren Dividendenbezügen oder ihrem Verwaltungsratshonorar verrechnen könne. Es wäre an der Berufungsklägerin gelegen zu erklären, weshalb sie kein Verwaltungsratshonorar beziehe. Diesen Beweis hätte sie etwa mit den entsprechenden Verwaltungsratsbeschlüssen der vergangenen Jahre erbringen können (act. 10 S. 20 f.).

- 4.3 Aus dem Effektivitätsgrundsatz folgt, dass für die Beurteilung der Mittellosigkeit nur Vermögen der gesuchstellenden Partei berücksichtigt werden darf, das im Zeitpunkt der Gesuchsbeurteilung tatsächlich vorhanden und frei verfügbar ist oder wenigstens innert kurzer Frist liquid gemacht werden kann (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 68 m.w.H.). Das Aktienkapital der F.\_\_\_\_\_ AG beträgt gemäss Handelsregisterauszug Fr. 50'000.—, wobei sich die Hälfte der Aktien (25 Inhaberaktien zu einem Nennwert von Fr. 1'000.—) unbestrittenermassen im Eigentum der Berufungsklägerin befinden. Ob diese Beteiligungen einen Marktwert haben und wie hoch dieser wäre, ist offen. Die Vorinstanz erwog denn auch zu Recht nicht, dass der Berufungsklägerin dieses Vermögen anzurechnen wäre.
- 4.4 Für die Beurteilung der Bedürftigkeit eines Gesuchstellers können sodann nur seine eigenen Mittel sowie allenfalls Ansprüche gegenüber unterstützungspflichtigen Personen massgebend sein. Die Mittel einer Aktiengesellschaft, die noch nicht einmal im Alleineigentum der Berufungsklägerin steht oder von ihr beherrscht wird, stellen fremdes Vermögen dar und dürfen der Berufungsklägerin nicht angerechnet werden, indem ohne weitere Anhaltspunkte angenommen würde, sie könne zur Prozessfinanzierung auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen (vgl. BGE 108 la 9 E. 3). Nicht von Relevanz ist aus diesem Grund auch, ob der Mutter der Berufungsklägerin die Nutzniessung an den Aktien zukommt oder nicht. Und ebenso wenig von Relevanz ist die vom Berufungsbeklagten unter Verweis auf die Mittel der Gesellschaft erwähnte Möglichkeit einer Darlehensaufnahme.



he von Fr. 28'000.— an ihre Rechtsvertreterin für die Honorarrechnung vom 26. Juni 2017 (vgl. act. 4/35/3) daran etwas ändert. Darauf wurde von Seiten des Berufungsbeklagten mit Zuschrift vom 22. September 2017 hingewiesen (act. 42 S. 2); die Berufungsklägerin wurde mit dieser Eingabe aber nicht mehr konfrontiert. Offenbar konnte die Berufungsklägerin bis anhin ihre Anwaltskosten bezahlen. Für welche prozessualen Schritte diese angefallen sind, ist vom Aktenstand her unklar – bei einem Ansatz von Fr. 220.—, wie er gemäss § 3 AnwGebV für amtliche Mandate i.S.v. § 16 AnwGebV zur Anwendung kommt, ergibt das einen Aufwand von 127 Stunden, bei einem angenommenen Ansatz von Fr. 350.— noch immer einen von 80 Stunden. Hierzu ist die Berufungsklägerin zu befragen. Alsdann wird die Leistungsfähigkeit des Berufungsbeklagten zu klären sein. Der Klarheit halber ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass unentgeltliche Rechtsbeistände in Zivilsachen nicht nach dem Ansatz von § 3 AnwGebV zu entschädigen sind, sondern nach den Tarifen gemäss den § 4 ff., hier wohl nach § 6 AnwGebV.

6. Das Beschwerdeverfahren gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege wird vor diesem Hintergrund gegenstandslos.

#### III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird der Berufungsbeklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden der Streitwert, der Zeitaufwand des Gerichts bzw. des Anwaltes und die Schwierigkeit des Falls. Der Streitwert richtet sich beim Prozesskostenvorschuss nach dem Hauptsacheverfahren (vgl. act. 7). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist daher in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.— festzusetzen und dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Antragsgemäss ist er sodann zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 9 der AnwGebV festzusetzen, zuzüglich 7.7 % MwSt.

2. Die Gesuche der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind als gegenstandslos abzuschreiben.

## Es wird beschlossen:

- Das Verfahren wird in Bezug auf die Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Oktober 2017 abgeschrieben.
- Das Verfahren wird in Bezug auf die Gesuche der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren abgeschrieben.
- 3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

### **Es wird erkannt:**

- In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Oktober 2017 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
- 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt.
- 3. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'940.— zu bezahlen.
- 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 10 und act. 11/1-9, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 6/2 und act. 6/3/1-8, sowie an das

Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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 nach Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: