

ZH_OBERGERICHT LY170014 vom 17. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170014

FR: ZH_OBERGERICHT LY170014 du 17 octobre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LY170014 del 17 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien befinden sich in einem vom Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB (act. 8/1). Dieses wird strittig geführt, seit der Kläger die anlässlich der Einigungs- verhandlung vom 3. Juni 2016 (vgl. Prot. VI S. 6 ff.) geschlossene Scheidungs- vereinbarung (act. 8/25) mit Eingabe vom 15. Juli 2016 widerrufen hatte (act. 8/28). Die Vorinstanz hatte in der Folge zunächst über die vom Kläger mit Eingabe vom 28. Juli 2016 gestellten Anträge auf Abänderung der im Eheschutz- urteil vom 10. Dezember 2012 geregelten Kinderbetreuung sowie der Kinderunterhaltsbeiträge (act. 8/34) zu befinden. Mit Verfügung vom 25. April 2017 traf sie darüber einen Entscheid und setzte dem Kläger eine Frist zu Einreichung der Klagebegründung an (act. 8/89).

E. 1.1

Der Anspruch auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses ist nach der obergerichtlichen Praxis in der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB begründet (vgl. OGer ZH PC150039 vom 21. September 2015 E. II.2 m.w.H.). Er geht dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. statt vieler BK ZPO-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117–123 N 49; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 5), wobei die Beurteilungskriterien dieselben sind wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege. Vorausgesetzt ist also zunächst, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (BGer 5D_135/2010 vom 9. Februar 2011 E. 3.1). Zusätzlich muss der Beistands- verpflichtete leistungsfähig, also in der Lage sein, neben seinen eigenen Prozess- kosten auch diejenigen des Ehegatten zu übernehmen (BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2; BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.2; BK ZPO- Bühler, Art. 117 N 41). Gegebenenfalls kann ein Prozesskostenvorschuss auch in Raten zugesprochen werden (BGE 85 I 1 E. 3 S. 6; BGer 5P.441/2005 E. 1.2; BK ZPO-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117–123 N 49 und Art. 117 N 36).

E. 1.2

Mittellosigkeit liegt vor, wenn eine Person nicht in der Lage ist, für die Prozesskosten aufzukommen, ohne Mittel zu beanspruchen, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und ihre Familie notwendig sind. Dabei ist die gesamte wirtschaftliche Situation zu berücksichtigen, also sowohl das Einkommen und das Vermögen als auch der notwendige Lebensunterhalt (BGE 141 III 369 E. 4.1; BGE 135 I 221 E. 5.1; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 6; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 16 f.; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4). Bei getrennt lebenden Ehegatten sind Einzelrechnungen vorzunehmen (BK ZPO- Bühler, Art. 117 N 40 und 208; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 5

und 12). Resultiert aus dem Vergleich von Einkünften und Bedarf oder aus dem Vermögen ein Überschuss, ist dieser den mutmasslichen Prozesskosten – also den im konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten – gegenüber zu

- 10 - stellen (BGE 141 III 369 E. 4.1; BGE 135 I 221 E. 5.1; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 6). Zur Bejahung der Leistungsfähigkeit muss der Überschuss so gross sein, dass es möglich ist, die gesamten mutmasslichen Prozesskosten für ein weniger aufwändiges Verfahren innert einem Jahr bzw. für ein komplexeres Verfahren innert zwei Jahren ratenweise zu bezahlen (BGE 141 III 369 E. 4.1; BK ZPO- Bühler, Art. 117 N 222). Zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (BGE 141 III 369 E. 4.1).

E. 1.3

Massgebend zur Beurteilung der Bedürftigkeit sind grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkt der Stellung des Gesuches (BGE 135 I 221 E. 5.1; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 20; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4). Verändern sich diese bis zum Zeitpunkt der Entscheidung, ist das zu berücksichtigen (Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 20; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4).

E. 1.4

Ein Prozesskostenvorschuss ist unabhängig vom Güterstand und davon, welcher güterrechtlichen Masse das Einkommen und das Vermögen des pflichtigen Ehegatten zuzuordnen sind, geschuldet (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 34). Es handelt sich um eine vorläufige Leistung; die definitive Regelung, welcher Ehegatte die bevorschussten Prozesskosten zu tragen hat, 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; OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013 E. II.3c). 2. Parteistandpunkte und allgemeine Grundsätze

E. 1.5

Beim Hauptsacheverfahren geht es um einen Scheidungsprozess. Es ist daher von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Entsprechend ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben. 2. Vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens werden aufgrund von Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO im summarischen Verfahren behandelt (OGer ZH LY130007 vom 22. Mai 2013 E. II.2). Die Frist zur Einreichung der Berufung beträgt zehn Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Aufgrund von Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO gilt im Summarverfahren der Fristenstillstand nicht, wobei die Parteien auf diesen Umstand hinzuweisen sind (Art. 145 Abs. 3 ZPO). Dieser Hinweis ist konstitutiv, sein Fehlen hat zur Folge, dass die Fristen stillstehen (BGE 139 III 78 E. 5). Die begründete Version der angefochtenen Verfügung wurde von der Beklagten am 10. April 2017 abgeholt (act. 8/86). Die Rechtsmittelfrist wäre folglich am 20. April 2017 und damit während der Gerichtsferien (vgl. Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) abgelaufen. Da aber im angefochtenen Entscheid kein Hinweis auf den Fristenstillstand enthalten ist, stand die Berufungsfrist während den Gerichtsferien still. Die Frist lief deshalb erst am 3. Mai 2017 ab, weshalb die am 28. April 2017 bei der Post aufgebene Berufung rechtzeitig erhoben

wurde. Im Übrigen wurde die Berufung schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständiger Berufungsinstanz eingereicht. Die Beklagte ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

- 8 - 3. Mit der Berufung können gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Zur unrichtigen Rechtsanwendung gehört auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). Sodann ist darauf hinzuweisen, dass zwar keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast besteht. Die Berufung führende Partei muss sich mit den Erwägungen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandt haben bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt auch im Bereich der – hier zur Anwendung gelangenden (vgl. Art. 272 ZPO und OGer ZH LY130007 vom 22. Mai 2013 E. II.2) – Untersuchungsmaxime (vgl. zum Ganzen etwa Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 30-32 sowie 36-40; ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36-38; jeweils mit zahlreichen Verweisen). Die Rechtsmittelinstanz beschränkt sich darauf, – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – die Beanstandungen der Berufung führenden Partei zu beurteilen. Sie untersucht den Entscheid mit anderen Worten nicht auf alle möglichen Mängel hin (vgl. BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5.2 m.w.H.), auch wenn sie die Rechtskontrolle aufgrund der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 57 ZPO) unabhängig von den Parteivorbringen vornimmt. Neue Tatsachen und neue Beweismittel werden im Übrigen nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten und vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch dies gilt ebenfalls im Bereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime (ZK ZPO-Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 14 m.w.H.).

- 9 - III. Zur Berufung im Einzelnen 1. Rechtliche Grundlagen des Prozesskostenvorschusses

E. 2

Das eingangs wiedergegebene – zunächst auf Fr. 4'000.– beschränkte – Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hatte der Kläger zusammen mit der Scheidungsklage vom 8. März 2016 gestellt (act. 8/1). Mit Eingabe vom 15. Juli 2016 erhöhte er den verlangten Prozesskostenvorschuss sodann auf Fr. 10'000.– (act. 8/28). Im Rahmen der am 16. Dezember 2016 durchgeführten Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen erhielt die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) Gelegenheit zur Stellungnahme zum beantragten Pro-

- 4 - zesskostenvorschuss (vgl. Prot. VI S. 16 ff.). In der Folge verpflichtete die Vorinstanz sie mit zunächst noch unbegründeter Verfügung vom 27. Februar 2017 zur Leistung des verlangten Prozesskostenvorschusses und schrieb das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 8/65).

E. 2.1

Die Beklagte ist nicht damit einverstanden, dass sie dem Kläger einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 10'000.– leisten soll. Sie wendet sich zunächst gegen die Erwägungen der Vorinstanz, wonach der Kläger nicht leistungsfähig sei (vgl. act. 7 E. 4; act. 2 Rz 16 ff.). Ebenso hält sie die vorinstanzlichen Ausführungen für falsch, wonach sie selbst aufgrund ihres Vermögens und eines nach De-

- 11 - ckung ihrer Lebenshaltungskosten verbleibenden Überschusses in der Lage sei, ihre eigenen Anwaltskosten und diejenigen des Klägers zu decken (act. 7 E. 5; act. 2 Rz 21 ff. und 29 ff.). Der Kläger hingegen geht mit der Vorinstanz davon aus, er selbst sei nicht leistungsfähig, die Beklagte hingegen schon (act. 20 S. 9 ff. und 18 ff.). Zu Recht nicht bestritten wird von den Parteien hingegen die von der Vorinstanz klar bejahte mangelnde Aussichtslosigkeit des klägerischen Rechtsbegehrens (act. 7 E. 3), ebenso wenig wie die Feststellung, der Kläger sei auf einen Rechtsvertreter angewiesen (act. 7 E. 4.4.14). In der Folge ist daher auf die Leistungsfähigkeit beider Parteien einzugehen, wobei diese – wie dies bereits die Vorinstanz korrekt tat – für beide je einzeln zu beurteilen ist.

E. 2.2

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens bestehenden Verhältnisse und die Frage, ob seit damals Veränderungen eingetreten sind, wohl in einem Abänderungsverfahren relevant sind, nicht hingegen bei der Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss zuzusprechen oder die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Bei letzteren sind wie dargelegt vielmehr die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung sowie allenfalls danach erfolgte Veränderungen massgebend. Ohnehin berechnet sich die Leistungsfähigkeit in eherechtlichen Verfahren anders als bei der Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss zu leisten oder die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist. Die Überlegungen der Vorinstanz zu den früher bestehenden Verhältnissen und deren Veränderung (vgl. act. 7 E. 5) sowie die entsprechenden Ausführungen der Parteien (vgl. etwa act. 2 Rz 18, 25 ff., 29 ff. und act. 20 S. 10 ff.) sind folglich im vorliegenden Verfahren nicht weiter beachtlich.

E. 2.3

Wenn die Parteien sodann darüber streiten, ob sie über nennenswerte Vorschläge verfügen, die in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu teilen sein werden (vgl. act. 2 Rz 15 und act. 20 S. 7 ff.), so übersehen sie, dass dies im vorliegenden Kontext nicht von Relevanz ist. Die Beklagte irrt, wenn sie meint, der angefochtene Entscheid sei bereits deshalb aufzuheben, weil sie mangels zu teilenden Errungenschaftswerten des Klägers ihre Rückforderung des Prozesskostenvorschusses nicht zur Verrechnung werde bringen können (act. 2 Rz 15). Zwar wird ihr bei Bestätigung des angefochtenen Entscheides wohl tatsächlich ein

- 12 - Rückforderungsanspruch zustehen. Ob sie diesen in Zukunft wird durchsetzen können, etwa indem sie Verrechnung erklären kann, ist indes kein massgebliches Kriterium bei der Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss zuzusprechen ist. Im Übrigen ist heute ohnehin noch unklar, ob die Parteien güterrechtliche Vorschläge zu teilen und/oder sonstige Forderungen gegeneinander haben werden oder nicht, zumal dies erst nach Durchführung des Scheidungsverfahrens definitiv feststehen wird.

E. 2.4

Schliesslich ist noch auf folgenden Umstand hinzuweisen: Wie der Kläger richtig ausführte (vgl. act. 20 S. 5), konnten Vorbringen, welche die Beklagte erst- mals im Wiedererwägungsgesuch vom 10. März 2017 oder in der damit zusam- menhängenden Eingabe vom 14. März 2017 einbrachte (vgl. act. 8/70 und act. 8/74) sowie die mit diesen Eingaben eingereichten Unterlagen (vgl. act. 8/71/1-5 und act. 8/75) keine Grundlage des angefochtenen Entscheides vom 27. Februar 2017 bilden. Damit die entsprechenden, in der Berufungsschrift wie- derholten Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 2 Rz 6-8 und 30 ff.) im vorliegen- den Entscheid berücksichtigt werden könnten, müssten sie zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO darstellen. Dies ist jedoch – wie der Kläger zutref- fend vorbringt (vgl. act. 20 S. 5 f.) – bei der Mehrzahl der vorgebrachten Behaup- tungen und Belege nicht der Fall, da die Beklagte weder darlegt noch ersichtlich ist, weshalb die entsprechenden Umstände und Dokumente nicht bereits vor der Vorinstanz hätten beigebracht werden können. Zu berücksichtigen, weil sie erst nach dem angefochtenen Entscheid entstanden und direkt mit der Berufung vor- gebracht wurden, sind lediglich die Ausführungen zur Höhe der noch offenen di- rekten Bundessteuern per 27. Februar 2017 bzw. 1. März 2017 sowie der Konto- stände der UBS-Konti der Beklagten per 9. März 2017 (vgl. act. 2 Rz 7 f. und act. 71/3-5 sowie E. III.4.3). Die vom Kläger teilweise dagegen vorgebrachten Ar- gumente sind nicht stichhaltig (vgl. act. 20 S. 5 f.). 3. Leistungsfähigkeit des Klägers

E. 3

Mit Eingabe vom 10. März 2017 verlangte die Beklagte eine Begründung dieses Entscheides und stellte gleichzeitig ein Wiedererwägungsgesuch, wobei sie auch Unterlagen einreichte (act. 8/70 und act. 8/71/1-5). Am 14. März 2017 reichte sie einen weiteren Beleg ein (act. 8/74 und act. 8/75). Die Vorinstanz wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 16. März 2017 ab (act. 8/77) und versandte am 7. April 2017 (vgl. act. 8/86) die begründete Version der Verfü- gung vom 27. Februar 2017 (act. 7).

E. 3.1

Die Vorinstanz ermittelte ein Vermögen des Klägers von Fr. 5'533.–, ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'806.– sowie einen – aus dem Notbedarf von Fr. 5'621.– sowie einem Zuschlag von 25 % zusammengesetzten – Bedarf

- 13 - von insgesamt Fr. 7'026.–. Davon ausgehend kam sie zum Schluss, der Kläger sei nicht leistungsfähig (act. 7 E. 4.3-4). Die Beklagte, die den Kläger als leistungsfähig ansieht, bestreitet nur den Bedarf. Dieser sei um Fr. 477.– zu kürzen. Die Vorinstanz habe fälschlicherweise Positionen berücksichtigt, die im Eheschutzverfahren keine Beachtung gefunden hätten; eine Korrektur des Eheschutzentscheides sei hier aber nicht vorzuneh- men. Konkret handle es sich um die Positionen "Auslagen für den Arbeitsweg" von Fr. 65.–, "auswärtige Verpflegung" von Fr. 220.– und "Steuerbelastung" von Fr. 192.– (act. 2 Rz 18). Ziehe man diese Beträge vom klägerischen Bedarf von Fr. 5'621.– ab, verbleibe ein Freibetrag von Fr. 1'662.– (act. 2 Rz 19), welcher es dem Kläger ohne weiteres erlaube, die ihn treffenden Gerichts- und Anwaltskos- ten innert zwei Jahren zu bezahlen (act. 2 Rz 20). Der Kläger hingegen erachtet sich als mittellos. Die von der Beklagten mo- nierten Positionen seien nicht zu streichen (act. 20 S. 10 ff.). Die Beklagte über- sehe sodann, dass er nicht nur an zwei, sondern an drei Kinder Unterhaltsbeiträ- ge leisten müssen, sodass ihm kein Freibetrag mehr verbleibe (act. 20 S. 9 f.). Im Übrigen sei der von der Vorinstanz

gewährte Zuschlag von 25 % zutreffend (act. 20 S. 13).

E. 3.2

Die von der Beklagten vorgebrachte Begründung, weshalb die Vorinstanz Fr. 477.– zu viel miteinberechnet habe, ist wie bereits aufgezeigt nicht stichhaltig (vgl. E. III.2.2). Weshalb die monierten Positionen bei der Berechnung der Leistungsfähigkeit zur Beurteilung, ob die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren oder ein Prozesskostenvorschuss zuzusprechen ist, nicht zu berücksichtigen sein sollen, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht dargelegt. Ebenso wenig ist – auch mangels diesbezüglichen Rügen der Beklagten – ersichtlich, inwiefern die Höhe der fraglichen Positionen nicht korrekt sein soll. Entsprechend ist mit der Vorinstanz von einem Notbedarf von Fr. 5'621.– auszugehen.

E. 3.3

Bei der Ermittlung des prozessualen Notbedarfs darf nicht schematisch auf das Existenzminimum abgestellt werden. Vielmehr sind die individuellen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGer 5P.295/2005 vom 4. Oktober 2005

- 14 - E. 2.3.2; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 117). Das Existenzminimum kann daher um einen angemessenen Zuschlag erhöht werden (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 200; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 56; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 10). Dieser kann auf den Grundbetrag oder auf den Gesamtbedarf gewährt werden und bis zu 30 % betragen (vgl. BBl 2006 S. 7301; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 200; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 56; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 10), wobei die herrschenden Lehre und das Bundesgericht Zuschlägen auf dem Grundbetrag den Vorzug gegeben, ohne jedoch die andere Lösung als unzulässig zu bezeichnen (vgl. BGer 5P.295/2005 vom 4. Oktober 2005 E. 2.3.2; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 201; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 56; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 10). Dem Gericht kommt in dieser Frage auf jeden Fall ein grosses Ermessen zu (Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 56). Die Beklagte bezieht den von der Vorinstanz gewährten und vom Kläger befürworteten Zuschlag von 25 % nicht in ihre Berechnungen mit ein, ohne jedoch explizit darauf hinzuweisen oder überhaupt Ausführungen dazu zu machen. Sie setzt sich folglich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander; insbesondere bringt sie keine Gründe vor, weshalb der fragliche Zuschlag vorliegend nicht vorzunehmen wäre bzw. inwiefern die Vorinstanz dabei ihr Ermessen überschritten hätte. Es ist nach dem Gesagten auch nicht ersichtlich, dass der Zuschlag oder dessen Höhe im vorliegenden Fall unzulässig oder unangemessen sind, zumal die Rechtsmittelinstanz bei Eingriffen in die vorinstanzliche Ermessensausübung ohnehin zurückhaltend ist. Die Vorinstanz durfte folglich von einem Bedarf von Fr. 7'026.– (Fr. 5'621.– + $[0.25 * \text{Fr. } 5'621.-]$) ausgehen. Damit ist auch ihre Feststellung, der Kläger sei nicht leistungsfähig, nicht zu beanstanden, verbleibt ihm bei den dargelegten Einkommens- und Vermögensverhältnissen doch kein Überschuss. Auf die Frage der Unterhaltsbeiträge für das dritte Kind des Klägers braucht entsprechend nicht mehr näher eingegangen zu werden. In der Folge ist zu prüfen, ob die Beklagte leistungsfähig ist.

- 15 - 4. Leistungsfähigkeit der Beklagten

E. 4

Gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 27. Februar 2017 und damit gegen den Entscheid über den Prozesskostenvorschuss erhob die Beklagte mit Eingabe vom 28. April

2017 Berufung, wobei sie neben den eingangs wiedergegebenen Begehren einen Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung stellte (act. 2). Mit Verfügung vom 3. Mai 2017 wurde im Sinne einer superprovisorischen Anordnung der Berufung einstweilen im Fr. 4'000.– übersteigenden Umfang des Vorschussbetrags die aufschiebende Wirkung gewährt und dem Kläger eine Frist zur Stellungnahme dazu angesetzt. Weiter wurde von der Beklagten ein Kostenvorschuss verlangt (act. 4).

E. 4.1

Bedarf der Beklagten

E. 4.1.1

Die Vorinstanz ging vom im Eheschutzentscheid vom 10. Dezember 2012 festgehaltenen Bedarf von Fr. 15'896.– aus, wobei sie berücksichtigte, dass im Vergleich zu damals nun höhere Mietkosten von Fr. 3'750.– anfallen und sich die Steuern nun auf Fr. 4'000.– statt auf Fr. 1'500.– belaufen würden. Weiter hielt sie fest, die Schulkosten für die beiden Kinder der Parteien, C._____ und D._____, beliefen sich auf Fr. 2'113.– und somit auf rund Fr. 2'000.– weniger als an der Eheschutzverhandlung angenommen, anlässlich welcher bereits für C._____ ein Betrag von Fr. 2'175.– eingesetzt worden sei. Zudem dürften die Kinderbetreuungskosten heute tiefer sein als die in der Eheschutzvereinbarung angenommenen Fr. 5'244.–, zumal sich beide Kinder nun in einer Tagesschule befänden (act. 7 E. 5.2). Die Beklagte macht geltend, dieser Bedarf sei falsch berechnet (act. 2 Rz 21), was sie in der Folge hinsichtlich einzelner Positionen näher begründet (vgl. act. 2 Rz 22 ff.). Darauf wird sogleich einzugehen sein. Vorauszuschicken ist jedoch, dass der (auf den Vorbringen der Beklagten gründende [vgl. act. 7 E. 5.1]) Ansatzpunkt der Vorinstanz, von den Zahlen des Eheschutzes auszugehen, grundsätzlich nicht korrekt ist (vgl. E. III.2.2). Auf die von der Beklagten (und im Übrigen auch vom Kläger) nicht gerügten Positionen – etwa die Kosten für die Krankenversicherung oder für die Hausrat-/Haftpflichtversicherung (vgl. act. 8/10/13 sowie E. III.4.1.5) – ist jedoch nicht zurück zu kommen, zumal es sich dabei um Beträge handelt, die sich – wenn überhaupt – bloss geringfügig verändert haben dürften.

E. 4.1.2

Die Beklagte rügt, die Schulkosten von Fr. 2'113.– betreffen lediglich C._____ und nicht beide Kinder. Hinzu kämen Kosten von Fr. 1'324.40 im Schuljahr 2015/2016 für D._____ bzw. von Fr. 2'113.– im Schuljahr 2016/2017. Gesamthaft betrügen die Schulkosten somit Fr. 4'272.– (act. 2 Rz 22 ff.). Der Kläger anerkennt Schulkosten für C._____ von Fr. 2'113.– ebenso wie den Umstand,

- 16 - dass für D._____ zusätzlich auch Kosten anfielen. Diese belaufen sich seiner Ansicht nach aber auf Fr. 930.– (act. 20 S. 13 f.). Die Kosten einer Privatschule sind im Rahmen der Notbedarfsberechnung nur zu berücksichtigen, wenn ein Kind aus pädagogischen, gesundheitlichen oder sonstigen zwingenden Gründen keine staatliche Schule besuchen kann oder es dort nicht adäquat gefördert werden kann (BGE 119 III 70 E. 3b; BGer 7B.155/2002 vom 6. November 2002 E. 4.4; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 192). Das Bundesgericht hält es allerdings für gerechtfertigt, die Kosten einer Privatschule zu berücksichtigen, bis ein Wechsel auf die staatliche Schule möglich ist, so etwa nach Ablauf einer Kündigungsfrist der Privatschule oder per Anfang des neuen Schuljahres (vgl. BGE 119 III 70 E. 3b; BGer 7B.155/2002 vom 6. November 2002 E. 4.2-4). Es werden hier weder Gründe geltend gemacht noch sind solche aus den Akten ersichtlich, weshalb C._____ und D._____ nicht die staatliche Schule besuchen könnten. Folglich sind die

Schulskosten im vorliegenden Kontext grundsätzlich gar nicht anzurechnen. Allerdings ist unbekannt, ob die Kinder jederzeit an eine staatliche Schule wechseln könnten oder ob dabei allenfalls Fristen zu beachten wären. Die Frage, wie lange die Privatschulskosten genau anzurechnen sind, kann jedoch offen bleiben. Für den Wechsel ist der Beklagten nämlich auf jeden Fall mindestens ein Monat zuzugestehen, während dem die Kosten in ihrem Bedarf noch aufzuführen sind. Wie aufzuzeigen sein wird, kann die Beklagte den Prozesskostenvorschuss unabhängig davon, ob das Schulgeld noch länger berücksichtigt wird oder nicht, (nur) in zwei Raten leisten (vgl. E. III.4.4 und III.5). Die Vorinstanz ging trotz ihren Ausführungen zu den aktuellen Schulkosten schliesslich von den Zahlen des Eheschutzentscheides vom 10. Dezember 2012 aus, worin lediglich Fr. 2'175.– für C._____ enthalten sind (act. 8/10/13). Es ist den Parteien aber Recht zu geben, dass auch die für D._____ anfallenden Kosten zu berücksichtigen sind und auf die aktuellen Zahlen abzustellen ist. C._____ besucht im Schuljahr 2017/2018 die E._____ (Prot. VI S. 24 f., 26, 29 und 32). Die aktuellen Kosten sind nicht belegt, doch beliefen sich die Beiträge

- 17 - im Schuljahr 2015/2016 inklusive Mittagessen nachweislich auf Fr. 2'113.– pro Monat (act. 8/19/11-13). In Übereinstimmung mit den Parteien ist daher für C._____ mit diesem Betrag zu rechnen. D._____ geht im F._____ zur Schule. Die Kosten betragen im Schuljahr 2015/2016 Fr. 1'324.40 monatlich (act. 8/19/14-16). Aktuellere Belege liegen auch hier nicht vor. Die Beklagte stellte zwar Behauptungen auf, doch sind diese widersprüchlich und stehen teilweise in keinem Verhältnis zu den in früheren Semestern nachweislich angefallenen Kosten dieser Schule. So führte sie einerseits aus, die Kosten des F._____ beliefen sich aktuell neben den Verpflegungskosten von Fr. 10.50 pro Mahlzeit sowie Fr. 625.– jährlich auf Fr. 11'650.– pro Jahr, im nächsten Jahr wären es jedoch bereits Fr. 15'620.– und nach drei Jahren rund Fr. 20'000.– (Prot. VI S. 29 f.). Dies entspräche ausgehend von jährlichen Verpflegungskosten von rund Fr. 2'050.– ([52 Wochen - 13 Ferienwochen] * 5 Tage = 195 Tage, 195 * Fr. 10.50 = Fr. 2'047.50) aktuellen monatlichen Kosten von Fr. 1'194.–, im nächsten Jahr von Fr. 1'525.– und danach von Fr. 1'890.–. Andererseits behauptete die Beklagte aber auch, die Kosten des F._____ pro Semester beliefen sich auf ungefähr Fr. 15'000.– bis Fr. 16'000.–, ohne die Eintrittsgebühren von rund Fr. 4'000.– auf Fr. 13'000.– (Prot. VI S. 37 f.). Da Eintrittsgebühren als einmal anfallende Kosten nicht mit zu berücksichtigen sind, würden die monatlichen Schulgebühren also Fr. 2'167.– betragen, wozu noch Verpflegungskosten kämen. Angesichts dieser widersprüchlichen Angaben rechtfertigt es sich, für die für D._____ anfallenden Kosten des Schuljahres 2017/2018 auf die nachgewiesenen Kosten von Fr. 1'324.40 monatlich abzustellen.

E. 4.1.3

Die Beklagte beanstandet sodann die Ausführungen der Vorinstanz betreffend die Betreuungskosten. Ihrer Ansicht nach sind die Betreuungskosten seit dem Eheschutzentscheid nicht niedriger geworden, sondern würden sich auf Fr. 5'348.– belaufen. Die Beklagte müsse beruflich oft ins Ausland verreisen. Trotz Besuchs einer Tagesschule seien die 9 ½ - jährige C._____ und der 6-jährige D._____ auf eine Vollzeitbetreuung durch das Kindermädchen angewiesen, welches im Übrigen die Kinder praktisch seit deren Geburt betreue und eine sehr wichtige Bezugsperson für diese sei (act. 2 Rz 25 f.).

- 18 - Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Kinderbetreuung würde sich auf den Morgen (Aufstehen, Frühstück) und den Abend (Abendessen, Begleitung zu

Freizeitaktivitäten) beschränken, da die Kinder ansonsten in der Tagesschule seien. Die Beklagte lege auch nicht dar, wie oft sie beruflich abwesend sei und die Kinder länger als üblich von der Nanny betreuen lasse. Zudem sei diese auch als Haushälterin tätig. Entsprechend würde bloss die Hälfte deren Lohnkosten von Fr. 2'000.–, also Fr. 1'000.–, als Kinderbetreuungskosten anerkannt (act. 20 S. 14 und 16). Ferner bestreitet der Kläger die von der Beklagten eingereichte Lohnaufstellung im Einzelnen und gesteht der Beklagten auch bloss in einem eingeschränkten Umfang (und folglich mit reduzierten Ausgaben) eine Haushaltshilfe zu (vgl. act. 20 S. 15 f.). Massgebend ist, welche Betreuung C._____ und D._____ im Zeitpunkt der Gesuchstellung bzw. heute benötigen und wie viel diese kostet. Veränderungen in Bezug auf den Eheschutzentscheid sind nicht relevant (vgl. E. III.2.2). Da die Kinder den Tag unbestritten zunächst in der Schule verbringen und danach mit ihren vielfältigen Hobbies beschäftigt sind, benötigen sie während diesen Zeiten keine zusätzliche Betreuung. Ausserdem sind die Kinder nicht mehr in einem Alter, in welchem sie gar nicht alleine gelassen werden können. Entsprechend ist entgegen der Ansicht der Beklagten keine Vollzeitbetreuung nötig und dem Kläger zuzustimmen, dass die Fremdbetreuung am Morgen vor der Schule sowie am Abend und allenfalls für eine Begleitung zu den Freizeitaktivitäten erforderlich ist, sofern die Beklagte von frühmorgens bis spätabends beruflich abwesend ist. Weitere Betreuungszeiten sind – abgesehen von einem naturgemäss höheren Betreuungsaufwand während der Schulferien, sofern die Beklagte dann nicht ebenfalls Ferien bezieht – nicht ersichtlich, zumal es richtig ist, dass die Beklagte nicht näher substantiiert, wie oft das Kindermädchen die Kinder aufgrund ihrer beruflichen Abwesenheiten auch länger, also insbesondere nachts, betreuen muss. Nach dem Gesagten können nicht die gesamten der von der Beklagten geltend gemachten Kosten einer Vollzeitbetreuung berücksichtigt werden. Im Übrigen ist dem Arbeitsvertrag vom 23. Oktober 2015 zwischen der Beklagten und G._____ (wie der Kläger richtig ausführt) zu entnehmen, dass diese auch als Hausangestellte tätig ist (act. 8/19/21). Derartige Kosten können aber – auch wenn deren

- 19 - Höhe zumindest teilweise vom Kläger anerkannt ist – im Rahmen der vorliegenden (Not-)Bedarfsberechnung ebenfalls nicht angerechnet werden. Es ist folglich festzulegen, wie hoch die auf die erforderliche Kinderbetreuung entfallenden Kosten sind. Dabei kann es sich naturgemäss bloss um eine Schätzung handeln. Ein möglicher Ansatz zur Ermittlung der Kosten ist etwa die Methode des Klägers, die Hälfte der Kosten als (erforderliche) Kinderbetreuungskosten zu qualifizieren, wobei dies als eher grosszügig erscheint. Zu berücksichtigen ist dabei, dass entgegen dem Kläger nicht bloss Fr. 1'000.– und damit die Hälfte des Nettolohnes anzurechnen sind, hat die Beklagten als Arbeitgeberin doch den entsprechenden Anteil des Bruttolohnes sowie die ihrerseits zusätzlich anfallenden Sozialversicherungsabgaben, Kosten des öffentlichen Verkehrs etc. zu tragen. Wird die Kritik des Klägers an den einzelnen Bestandteilen der Kosten für G._____ einstweilen ausser Acht gelassen und mit dem von der Beklagten geltend gemachten Betrag gerechnet, ergeben sich Kosten von Fr. 2'674.– (Fr. 5'348.– / 2). Eine andere Möglichkeit, um den für die Kinderbetreuung anzurechnenden Betrag zu ermitteln, ist es, die einheitlichen Tarife der Stadt Zürich als Anhaltspunkt für die Fremdbetreuung heranzuziehen. Für die Betreuung von Schulkindern am Nachmittag/Abend etwa fallen maximal Fr. 40.– pro Kind an (https://www.stadt-zuerich.ch/ssd/de/index/volksschule/betreuung_horte/kosten.html#betreuung_-_tarifuebersichtfueralleangebote, besucht im Oktober 2017). Vorliegend käme zusätzlich noch ein Betrag für die (kurze) Betreuungszeit morgens hinzu, wobei schätzungsweise mit Fr. 10.– pro Kind gerechnet werden kann. Monatlich

entspricht dies bei zwei Kindern Fr. 2'175.– ([Fr. 40.– + Fr. 10.–] * 2 * 21.75). Angesichts des oben aufgeführten Ergebnisses und um den erhöhten Betreuungsaufwand während den Wochentagen in Ferienzeiten abzudecken, rechtfertigt es sich vorliegend, mit Fr. 2'400.– pro Monat für beide Kinder zu rechnen.

E. 4.1.4

Schliesslich will die Beklagte auch die Kosten der Freizeitaktivitäten der Kinder von Fr. 1'808.– angerechnet haben (act. 2 Rz 28), wobei der Kläger Kosten von Fr. 800.– anerkennt (act. 20 S. 17). Derartige Kosten können jedoch bei der Ermittlung des vorliegend massgebenden Bedarfs nicht berücksichtigt werden, zumal sich dieser – anders als eine Bedarfsberechnung im Rahmen der Er-

- 20 - mittlung von Kinderunterhaltsbeiträgen, bei der auch der eheliche Lebensstandard zu berücksichtigen ist – nach den Grundsätzen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege richtet.

E. 4.1.5

Bei der Bedarfsberechnung ist zu berücksichtigen, dass die die Kinder betreffenden Kosten wie etwa die Kindergrundbeträge, die Krankenkassenkosten, die Anteile an den Wohnkosten und weitere Auslagen beim Bedarf des obhutsberechtigten Elternteils auszuklammern sind, wenn er für die Kinder Kinderunterhaltsbeiträge und/oder Kinderzulagen erhält. Solche Einkünfte können nämlich dem Elternteil nicht als Einkommen angerechnet werden, sondern sind ausschliesslich zur Deckung der Lebenshaltungskosten der Kinder bestimmt. Erst wenn die Einkünfte der Kinder deren Bedarf nicht decken, ist die verbleibende Differenz in die Bedarfsrechnung des obhutsberechtigten Elternteils einzusetzen (vgl. BGE 115 Ia 325 E. 3a; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 57, 59 und 150; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 33; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 6 und 9). Entsprechend sind vorliegend die Lebenshaltungskosten der Beklagten sowie von C._____ und D._____ zunächst separat zu berechnen. Dabei ergibt sich – ausgehend von den obigen Ausführungen und den unbestrittenen, von der Vorinstanz verwendeten Zahlen – Folgendes: Bedarf Beklagte: Fr. 1'350.– Grundbetrag Fr. 1'875.– Anteil Wohnkosten Beklagte (Fr. 3'750.– / 2) Fr. 344.– Krankenkasse Fr. 120.– Gesundheitskosten Fr. 40.– Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 150.– Post/Telefon/Radio/TV Fr. 4'000.– Steuern Fr. 7'879.– Total Bedarf C._____: Bedarf D._____: Fr. 400.– Grundbeträge Fr. 400.– Fr. 937.50 Anteile Wohnkosten (Fr. 3'750.–/4) Fr. 937.50 Fr. 151.– Krankenkasse Fr. 125.– Fr. 1'200.– Kinderbetreuungskosten Fr. 1'200.–

- 21 - Fr. 2'688.50 Total (ohne Schulkosten) Fr. 2'662.50 Fr. 2'113.– Schulkosten Fr. 1'324.40 Fr. 4'801.50 Total (mit Schulkosten) Fr. 3'986.90 C._____ und D._____ erhalten vom Kläger je Fr. 1'100.– Kinderunterhaltsbeiträge (act. 8/10/13 und act. 7 E. 4.4.10). Zudem bezieht die Beklagte für jedes Kind Fr. 200.– Kinderzulagen (vgl. act. 19/1). Die Kinder vermögen ihren Bedarf in diesem Umfang zu decken, es verbleiben jedoch Differenzen von Fr. 1'388.50 (ohne Schulkosten) bzw. Fr. 3'501.50 (mit Schulkosten) bei C._____ und Fr. 1'362.50 (ohne Schulkosten) bzw. Fr. 2'686.90 (mit Schulkosten) bei D._____. Diese Differenzen sind im Bedarf der Beklagten einzusetzen, zumal diese Kosten von ihr getragen werden. Entsprechend beläuft sich ihr Bedarf auf gerundet Fr. 10'630.– (Fr. 7'879.– + Fr. 1'388.50 + Fr. 1'362.50; ohne Schulkosten) bzw. Fr. 14'067.– (Fr. 7'879.– + Fr. 3'501.50 + Fr. 2'686.90; mit Schulkosten).

E. 4.2

Einkommen der Beklagten

E. 4.2.1

Die Vorinstanz führte die aus dem Lohnausweis bzw. den Steuererklärungen der Jahre 2013 bis 2015 hervorgehenden Nettoeinkommen der Beklagten auf (act. 7 E. 5.2) und hielt fest, weil das aktuelle Einkommen der Beklagten nicht belegt sei, sei vom durchschnittlichen Einkommen der Jahre 2013 bis 2015 von Fr. 255'000.– jährlich auszugehen (act. 7 E. 5.3). Die Beklagte rügt, ihr Einkommen sei falsch festgestellt worden (act. 2 Rz 29). In den von der Vorinstanz aufgeführten Nettolöhnen seien jeweils die Beteiligungsrechte enthalten, die aber – wie alle Beteiligungsrechte – keine liquiden Mittel darstellen würden (act. 2 Rz 30 ff.). Die Einkünfte der Jahre 2016 und 2017 seien übrigens nicht erheblich höher als die vorhergehenden (act. 2 Rz 33). Der Kläger ist einerseits der Ansicht, es sei richtig, auf den Durchschnitt der Einkünfte der letzten drei Jahre – also 2013 bis 2015 – abzustellen, wobei sich dieser aber auf Fr. 262'530.– jährlich und somit Fr. 21'877.– inklusive Kinderzulagen monatlich belaufe (act. 20 S. 18 f.). Andererseits bestreitet er, dass 2016

- 22 - und 2017 keine nennenswerte Einkommenssteigerung erfolgt sei (act. 20 S. 19). Weiter macht er geltend, die Beklagte habe die Beteiligungsrechte, die sie als Lohnbestandteil erhalte, nach Ablauf der Sperrfrist jeweils versilbert. Entsprechend könne vom ermittelten Durchschnittseinkommen ausgegangen werden (act. 20 S. 20).

E. 4.2.2

Unbestritten ist, dass die Beklagte neben ihrem Nettolohn, den Kinderzulagen und einem Bonus von ihrer Arbeitgeberin auch Beteiligungsrechte erhält. Ebenfalls steht fest, dass das gesamte Jahresnettoeinkommen des Jahres 2013 Fr. 265'989.– betrug, dasjenige des Jahres 2014 Fr. 279'188.– und dasjenige des Jahres 2015 Fr. 242'415.– (act. 7 E. 5.2, act. 2 Rz 32 und act. 20 S. 18). Zu den Einkommen der Jahre 2016 oder 2017 sind keine verlässlichen Unterlagen und Ausführungen vorhanden. Der einzige vorhandene Beleg, die von der Vorinstanz zitierte (vgl. act. 7 E. 5.2) und auch vom Kläger erwähnte (vgl. act. 20 S. 19) prognostische Rechnung 2016 Staats- und Gemeindesteuern vom 20. Mai 2016 (act. 8/75), stellt zum einen eine blosser Schätzung dar und darf im Übrigen gar nicht berücksichtigt werden, zumal das Dokument erst nach dem Ergehen des angefochtenen Entscheides eingereicht wurde und es sich nicht um ein zulässiges Novum handelt (vgl. E. III.2.4). Entgegen der Ansicht des Klägers (vgl. act. 20 S. 19) stellt das blosser Nichtvorhandensein von Unterlagen keinen Hinweis auf eine Einkommenssteigerung dar. Ebenso wenig zeigen die schwankenden Einkommenszahlen der Jahre 2013 bis 2015 eine lineare Steigerung auf, die eine entsprechende Fortsetzung in den kommenden Jahren vermuten lassen würde. Damit ist es nicht zu beanstanden, in Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur Einkommensermittlung bei schwankenden Einkünften auf einen Durchschnitt der letzten drei (bekannten) Jahre abzustellen. Dies entspricht im Übrigen auch dem – im Verhältnis zu seiner Ansicht zu den Einkünften der Jahre 2016 und 2017 eigentlich widersprüchlichen – Standpunkt des Klägers. Das derart ermittelte Einkommen beträgt Fr. 262'531.– jährlich und damit Fr. 21'878.– monatlich. Davon abzuziehen sind die Kinderzulagen von je Fr. 200.– pro Kind und Monat, womit ein monatliches Nettoeinkommen

- 23 - von Fr. 21'478.– resultiert. Es stellt sich nun noch die Frage, ob die darin enthaltenen Beteiligungsrechte mitberücksichtigt werden dürfen oder nicht.

E. 4.2.3

Einem Arbeitnehmer ausgerichtete Beteiligungsrechte gelten nur dann als Teil des Gehalts, wenn es sich nicht um blossen Anwartschaften handelt (vgl. BGer 5C.6/2003 vom 4. April 2003 E. 3.3.1). Letzteres ist der Fall bei Beteiligungsrechten, die mit einer Sperrfrist belegt sind und erst nach deren Ablauf ausgeübt oder verkauft werden können, wenn von ihrem Entstehungsstatbestand noch nicht so viele Voraussetzungen erfüllt sind, dass die Rechtsstellung des Erwerbers gesichert ist und sie nicht mehr durch einseitige Erklärung des Veräusserers zerstört werden können (Liatowitsch/Meyer, Mitarbeiteroptionen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, in: FamPra.ch 2007 S. 797 ff., vgl. S. 805 m.w.H.). Es ist der Beklagten damit nicht zuzustimmen, dass Beteiligungsrechte automatisch keine Lohnbestandteile darstellen. Zudem ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass der Beklagten Beteiligungen ausgerichtet werden, welche die aufgeführten Bedingungen erfüllen. So brachte die Beklagte ihre Behauptung, wonach die ihr ausgerichteten Beteiligungsrechte nicht liquide seien, sondern es sich um gesperrte Optionen handle, erstmals im Wiedererwägungsgesuch vom

E. 4.2.4

Mit ihrem Einkommen erzielt die Beklagte einen monatlichen Überschuss von Fr. 10'848.– (Fr. 21'478.– - Fr. 10'630.–; ohne Schulkosten) bzw. Fr. 7'411.– (Fr. 21'478.– - Fr. 14'067.–; mit Schulkosten). Da jedoch zumindest während eines Monats die Schulkosten noch mitberücksichtigt werden müssen (vgl. E. III.4.1.3), kann der verlangte Prozesskostenvorschuss alleine mit dem Einkommen nicht wie beantragt auf einmal ausgerichtet werden. Entsprechend ist zu prüfen, ob die Beklagte aufgrund ihres Vermögens in der Lage ist, den Prozesskostenvorschuss gesamthaft auszurichten.

E. 4.3

Vermögen der Beklagten

E. 4.3.1

Nach der Vorinstanz beläuft sich das steuerbare Vermögen der Beklagten gemäss der provisorischen Rechnung 2016 Staats- und Gemeindesteuern vom 20. Mai 2016 auf Fr. 46'000.–. Für die Jahre 2013 und 2014 habe die Beklagte sodann Vermögen von Fr. 106'349.– bzw. Fr. 103'779.– deklariert. Damit verfüge sie über ein den Notgroschen übersteigendes Vermögen, sodass sie die Anwaltskosten für sich und den Kläger bereits aus ihrem Vermögen bezahlen könne (act. 7 E. 5.2-3). Die Beklagte rügt, ihr Vermögen sei falsch festgestellt worden (act. 7 E. 29). Die Vorinstanz habe bei den Vermögenszahlen der Jahre 2013 und 2014 sowohl das Kindsvermögen als auch die nicht liquiden Optionen unberücksichtigt gelassen (act. 2 Rz 39, ferner Rz 36). Es sei ausserdem nicht richtig, dass die Vorinstanz auf Zahlen der Jahre 2013 und 2014 abstelle, massgeblich seien vielmehr die aktuellen Vermögenszahlen (act. 2 Rz 40). Das massgebende Vermögen habe sich sowohl per 31. Dezember 2016 als auch per 9. März 2017 im Minus befunden (act. 2 Rz 8 und 38). Weiter seien auch die hohen ausgewiesenen Steuerschulden der Beklagten unberücksichtigt geblieben (act. 2 Rz 41).

- 25 - Der Kläger bringt vor, das Vorgehen der Vorinstanz sei nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe es selbst zu verantworten, dass nicht auf die aktuellsten Zahlen abgestellt

worden sei, habe sie doch bis zur Entscheidung keine aktuellen Belege eingereicht (act. 20 S. 21). Das aktuelle Vermögen befinde sich auch nicht im Minus, die diesbezüglich eingereichten Unterlagen könnten aufgrund des zu späten Einreichens nicht berücksichtigt werden (act. 20 S. 5 f. und 21). Auch die Ausführungen betreffend die mangelnde Berücksichtigung der Steuerschulden würden auf unzulässigen Noven basieren (act. 20 S. 6, 9 und 21).

E. 4.3.2

Ein Überblick über die Vermögensverhältnisse ergibt sich aus den Steuererklärungen der Jahre 2013 und 2014. Aktuellere Steuererklärungen liegen nicht vor, stellen doch die von der Beklagten erst im Berufungsverfahren eingereichte Steuererklärung des Jahres 2015 sowie die Ausführungen der Parteien dazu (vgl. act. 4/4 sowie act. 2 Rz 37 und act. 20 S. 20 und 21) unzulässige und damit nicht zu beachtende Noven dar. Insofern hat es sich die Beklagte tatsächlich selbst zugeschrieben, dass nicht auf aktuellere Verhältnisse abgestellt werden kann. Den Steuererklärungen 2013 und 2014 (act. 8/19/3-4) lassen sich die von der Vorinstanz dargelegten Vermögenszahlen von Fr. 106'349.– (2014) und Fr. 103'779.– (2013) entnehmen. Es handelt sich dabei um Wertschriften und Guthaben, wobei darin Fr. 13'083.– (2014) bzw. Fr. 11'572.– (2013) an Kindervermögen enthalten sind. Es ist der Beklagten Recht zu geben, das letzteres nicht zu ihrem Vermögen gehört und folglich vom Gesamtbetrag abzuziehen ist, was der Kläger im Übrigen ebenso sieht (vgl. act. 20 S. 21). Ebenfalls enthalten sind Optionen im Wert von Fr. 47'904.– (2014) bzw. Fr. 77'776.– (2013). Diese sind jedoch als Vermögenswerte zu berücksichtigen, zumal die erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte beklagte Behauptung zur Illiquidität der Optionen ein unzulässiges Novum darstellt und die angebliche Illiquidität ohnehin nicht aus den Steuererklärungen hervorgeht. Schliesslich deklarierte die Beklagte jeweils noch eine Liegenschaft in Frankreich mit einem Verkehrswert von Fr. 98'326.– sowie einer Hypothek von Fr. 116'000.–. Zusammenfassend betrug das aus den Steuererklärungen ersichtliche massgebliche Vermögen der Beklagten somit Fr. 75'592.– im Jahr 2014 (Fr. 106'349.– - Fr. 13'083.– + Fr. 98'326.– -

- 26 - Fr. 116'000.–) und Fr. 74'533.– im Jahr 2013 (Fr. 103'779.– - Fr. 11'572.– + Fr. 98'326.– - Fr. 116'000.–). Aktualisierungen dieser Zahlen liegen nur hinsichtlich der UBS Konti der Beklagten vor; entgegen der Ansicht des Klägers sind diese zu berücksichtigen (vgl. E. III.2.4). Die fraglichen Konti wiesen per 9. März 2017 im Vergleich zu den Ständen per Ende 2013 von Fr. 7'157.– bzw. Ende 2014 von Fr. 1'292.– (vgl. act. 8/19/3-4) einen tieferen Saldo von Fr. 36.20 auf (act. 8/71/5). Der aktuelle Wert der übrigen Guthaben der Beklagten ist nicht bekannt. Die provisorische Rechnung 2016 Staats- und Gemeindesteuern vom 20. Mai 2016, auf welche die Vorinstanz abstellte, stellt eine blosser Schätzung dar und darf ohnehin nicht berücksichtigt werden (vgl. E. III.4.2.2). Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Aktiven der Beklagten auch aktuell auf rund Fr. 74'000.– belaufen.

E. 4.3.3

Allerdings ist die Rüge der Beklagten berechtigt, die Vorinstanz hätte auch ihre Steuerschulden berücksichtigen müssen. Dies zumindest insoweit, als sie in den der Vorinstanz rechtzeitig eingereichten Unterlagen ausgewiesen sind, weil die Vorinstanz diese aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes hätten berücksichtigen müssen. Dies betrifft die Steuerschulden der Jahre 2014 und 2015. So sind gemäss den vom 15. April

2016 datierenden Kontoauszügen Staats- und Gemeindesteuern 2012 bis 2015 für das Jahr 2014 noch Fr. 40'334.90 und für das Jahr 2015 noch Fr. 13'423.30 offen (act. 8/19/53/1). Betreffend die direkten Bundessteuern betragen die Ausstände per 1. März 2016 Fr. 20'200.25 für das Jahr 2015 und Fr. 6'026.45 für das Jahr 2014 (act. 8/19/53/2). Gemäss den – entgegen der Ansicht des Klägers zu beachtenden (vgl. E. III.2.4) – auf eine Mahnung vom 27. Februar 2017 gestützten Ausführungen der Beklagten (vgl. act. 2 Rz 7 und act. 8/71/3), standen per 27. Februar 2017 für das Jahr 2015 noch Fr. 3'443.20 an direkten Bundessteuern aus, was als Aktualisierung der bei Gesuchseinreichung bestehenden Schuld zu berücksichtigen ist. Ebenfalls in die Beurteilung miteinzubeziehen (vgl. E. III.2.4) ist, dass sich die direkten Bundessteuern für das Jahr 2016 am 1. März 2017 auf Fr. 15'448.95 beliefen (vgl. act. 2 Rz 7 und act. 8/71/4). Die weiteren Behauptungen der Beklagten zu ihren Steuerschulden (vgl. act. 2 Rz 6 f.) können hingegen nicht mehr beachtet werden (vgl. E. III.2.4). Insgesamt

- 27 - ist von Steuerschulden der Beklagten von Fr. 78'676.80 auszugehen (Fr. 40'334.90 + Fr. 13'423.30 + Fr. 6'026.45 + Fr. 3'443.20 + Fr. 15'448.95). Weshalb diese Schulden entstanden (vgl. act. 7 E. 5.2, act. 2 Rz 35 und 43 sowie act. 20 S. 21 f.), ist im Übrigen nicht weiter relevant, weil auch eine selbstverschuldete Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nicht zur Anrechnung von fiktivem Vermögen führen darf (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 9; ZK ZPO- Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4).

E. 4.3.4

Angesichts der Aktiven von rund Fr. 74'000.– und der Passiven von rund Fr. 78'000.– ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Beklagte über kein massgebliches Vermögen verfügt.

E. 4.4

Fazit zur Leistungsfähigkeit der Beklagten Zwar hat die Beklagte kein Vermögen, doch verfügt sie über einen Freibetrag von mindestens Fr. 7'411.– während eines Monats noch und danach von Fr. 10'848.–. Mit diesen Überschüssen vermag sie ohne weiteres innerhalb von zwei Jahren – strittig geführte Scheidungsprozesse gelten in der Regel als aufwändige Verfahren (vgl. OGer ZH PC160028 vom 23. Juni 2016 E. 6b), wovon umso mehr auszugehen ist, wenn wie vorliegend auch noch vorsorgliche Massnahmen zu beurteilen sind – nicht nur ihre eigenen mutmasslichen Prozesskosten zu decken, sondern auch innert absehbarer Frist Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse zu leisten und den vom Kläger verlangten Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Die Beklagte ist damit leistungsfähig. 5. Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger nicht leistungsfähig ist, die Beklagte hingegen schon. Dass der vom Kläger verlangte Betrag seine mutmasslichen Prozesskosten übersteige, wird nicht geltend gemacht, weshalb dieser ohne weiteres zugesprochen werden kann. Allerdings ist zu beachten, dass die Beklagte wie aufgezeigt nicht ohne Weiteres in der Lage ist, den Vorschuss gesamthaft zu leisten. Sie ist entsprechend zu Ratenzahlungen zu verpflichten, wobei es angemessen erscheint, zwei Raten von je Fr. 5'000.– festzusetzen,

- 28 - zahlbar am letzten Arbeitstag der Monate November resp. Dezember 2017. Insofern ist die Berufung gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides abzuändern. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz fällte in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO keinen Entscheid über die Prozesskosten (vgl. act. 7), sodass diesbezüglich nichts zu regeln ist. Über die Kosten- und Entschädigungsfolge des

Berufungsverfahrens hingegen ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 3 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden. Der Grundsatz der Kostenlosigkeit nach Art. 119 Abs. 6 ZPO gilt nur im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. dazu Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 121 N 11; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011), nicht jedoch bei der Beurteilung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf die eheliche Bei- standspflicht (OGer ZH LY120023 vom 3. September 2012 E. 5.1; OGer ZH PC140028 vom 21. August 2014 E. 3.2; OGer ZH PC150039 vom 21. September 2015 E. III.2). 2. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Gerichtskosten für das Be- rufungsverfahren der Beklagten, die praktisch vollständig unterliegt, aufzuerlegen. In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidungsgebühr auf Fr. 1'500.– festzulegen. 3. Dem Kläger bzw. dessen Rechtsvertreterin (vgl. BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5; BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 59 m.w.H.; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 122 N 12) ist sodann gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– (8 % Mehrwertsteuer), gesamthaft somit Fr. 2'160.– zuzusprechen.

- 29 - 4. Der Kläger beantragte sowohl mit seiner Eingabe vom 22. Mai 2017 als auch mit der Berufungsantwort vom 15. September 2017 die Gewährung der un- entgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren (act. 11 S. 4 und act. 20 S. 2). Zuzugabe des Ausgangs des Verfahrens ist dieser Antrag jedoch als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das zweitinstanzliche Berufungsverfahren wird abgeschrieben. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Er- kenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Berufungsklägerin wird Disposi- tiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. Februar 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger einen Prozesskostenvor- schuss in der Höhe von Fr. 10'000.– zu bezahlen, zahlbar in zwei Ra- ten à Fr. 5'000.–, jeweils am letzten Werktag der Monate November resp. Dezember 2017." Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beru- fungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

- 30 - 4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– (inkl. 8 % MWST) zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse sowie im Dispositiv an Rechtsanwalt MLaw Z. _____, 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 Be- schwerde 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 Die Gerichtsschreiberin: MLaw C. Funck versandt am:

E. 5

Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 5/1-2, act. 6), ebenso wie die Stellungnahme des Klägers vom 22. Mai 2017, mit welcher er auch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellte (act. 11). Die Stellungnahme des Klägers wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. act. 14 und act. 15) und mit Beschluss vom 18. August 2017 die in der Verfügung vom 3. Mai 2017 getroffene Anordnung betreffend die aufschiebende Wirkung bestätigt (act. 16).

E. 6

Mit Verfügung vom 1. September 2017 wurde dem Kläger sodann Frist zur Erstattung einer Berufungsantwort angesetzt (act. 18). Der Kläger reichte daraufhin seine Berufungsantwort vom 15. September 2017 mit oben aufgeführten An-

- 5 - trägen (act. 20) fristgerecht (vgl. act. 19) ein. Das rechtliche Gehör der Beklagten wurde gewahrt (vgl. act. 21 und act. 22).

E. 7

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-91). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen. II. Prozessuale Vorbemerkungen

E. 10

März 2017 vor (vgl. act. 8/70). Diese Behauptung kann damit gar nicht berücksichtigt werden (vgl. E. III.2.4). Selbst wenn das Vorbringen aber zu beachten wäre, finden sich in den Akten keine Hinweise dafür, dass die Beteiligungsrechte blosse Anwartschaften darstellen (vgl. insbesondere act. 8/19/2). Gerade auch aus dem Eheschutzurteil vom 10. Dezember 2012, das die Beklagte als Indiz nennt, weil dort die Beteiligungsrechte vom Einkommen explizit ausgeklammert worden seien (vgl. act. 2 Rz 29 und 34), geht solches nicht hervor, werden darin doch gar keine Beteiligungsrechte erwähnt (vgl. act. 8/10/13). Wenn die Beklagte sodann anhand der erst vor der Berufungsinstanz eingereichten Steuererklärung des Jahres 2011 aufzuzeigen versucht, dass der Eheschutzrichter nur einen Teil ihres damaligen Einkommens berücksichtigte (vgl. act. 2 Rz 31 sowie act. 4/3), übersieht sie, dass es sich dabei um ein im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO unzulässiges und damit nicht beachtliches Novum handelt. Die Behauptung der Beklagten zur Illiquidität der Beteiligungsrechte wäre somit nicht glaubhaft gemacht.

- 24 - Folglich sind die Beteiligungsrechte dem Einkommen der Beklagten anzurechnen. Die Behauptung des Klägers zu den Beteiligungsrechten ist im Übrigen ein Novum, welches die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt und damit nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.