

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC210004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Beschluss und Urteil vom 31. März 2021

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Januar 2021; Proz. FE180784**

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1.1 Im Rahmen des zwischen den Parteien seit dem 9. November 2018 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) anhängigen Scheidungsverfahrens stellte die Klägerin im Rahmen der Klagebegründung vom 18. August 2020 den Antrag, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihr einen angemessenen Prozesskostenvorschuss von wenigstens Fr. 6'000.– für ihre zukünftigen Aufwendungen im Scheidungsverfahren zu bezahlen; eventualiter sei ihr mit Wirkung ab August 2020 die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 5/85 S. 3). Am 13. Oktober 2020 beantragte der Beklagte die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bestellung von Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand und stellte in Aussicht, dieses Gesuch in der Klageantwort zu begründen (act. 91). Am 26. Oktober 2020 erstattete der Beklagte die Klageantwort und stellte darin den Antrag, es sei die Klägerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.– zu verpflichten; eventualiter sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person von Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 92 S. 1). Mit Verfügung vom 16. November 2020 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um dem Gericht unter Einreichung entsprechender Unterlagen mitzuteilen, wie sich die Wohnsituation der Söhne der Parteien und damit zusammenhängend die Höhe der vom Beklagten an die Klägerin zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge seit 6. Mai 2020 entwickelt habe. Zudem wurde den Parteien Frist angesetzt, um die letzten Steuerrechnungen einzureichen, der Klägerin überdies, um ihre Steuererklärungen 2018 und 2019 einzureichen (act. 5/94). Nachdem die Parteien weitere Unterlagen eingereicht hatten (act. 5/98-103), setzte die Vorinstanz dem Beklagten Frist an, um zu den Ausführungen der Klägerin zu seinen Vermögensverhältnissen Stellung zu nehmen (act. 104), woraufhin der Beklagte am 18. Januar 2021 eine weitere Stellungnahme einreichte (act. 106).

1.2 Am 25. Januar 2021 wies die Vorinstanz die Anträge der Parteien, wonach die jeweilige Gegenpartei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.– zu verpflichten sei, ab. Sodann bewilligte sie der Klägerin ab August 2020 die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsvertreter. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wies sie demgegenüber ab (act. 4 [= act. 3A = act. 5/108]).

2. Dagegen erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) am 8. Februar 2021 rechtzeitig (vgl. act. 5/109/2) Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziff. 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2021 sei aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung fürs erstinstanzliche Scheidungsverfahren zu gewähren und ihm sei RA X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand (ab Stellung des Antrages am 13. Oktober 2020, eventualiter ab 1. Januar 2021) zu bestellen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners, zzgl. MwSt."

Zudem stellte der Beschwerdeführer den Antrag, es sei ihm im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ sei als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 2 S. 2).

3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-109). Eine Stellungnahme der vorinstanzlichen Klägerin ist nicht einzuholen, weil sie vom Entscheid der Frage, ob dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, in ihren Interessen nicht berührt wird (BGE 139 III 334, E. 4.2 m.w.H.). Lediglich zur Kenntnisnahme ist ihr noch ein Doppel von act. 2 zuzustellen. Das Verfahren ist dementsprechend spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet

sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann dementsprechend die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass sich die Beschwerde führende Partei mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und genau aufzuzeigen hat, welchen Teil der Begründung sie für falsch hält und auf welche Dokumente sie sich dabei stützt. Was nicht beanstandet wird, hat Bestand. Soweit jedoch eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, ZR 110 Nr. 80).

2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn a) sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und b) ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

2.1 Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zunächst festgehalten, dass der Beschwerdeführer über kein freies, den Notgroschenbetrag übersteigendes Vermögen verfüge (act. 4 S. 6 f., E. 2.1). Im Weiteren ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer einen monatlichen Nettolohn von Fr. 8'849.– erziele, bestehend aus einem durchschnittlichen Einkommen von Fr. 8'766.– sowie einem "Award" von Fr. 1'000.– pro Monat. Dieses Einkommen bestehe teilweise aus Krankentaggeldern, welche der Beschwerdeführer aufgrund einer 60 % Arbeitsunfähigkeit beziehe. Zwar habe der Beschwerdeführer am 18. Januar 2021 ausgeführt, diese Krankentaggelder seien am 6. Januar 2021 erschöpft und er habe ab Januar 2021 eine neue Stelle zu 80 % bei seiner Arbeitgeberin erhalten, wobei er bei dieser neuen Stelle nur noch Fr. 100'000.– brutto pro Jahr verdiene. Indes seien für die Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege stets die Einkommensverhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend und im Übrigen lasse sich aus dem neu ins Recht gelegten, nicht gültig unterzeichneten Schreiben der C.\_\_\_\_\_ AG nicht eruieren, ob der Beschwerdeführer ab Januar 2021 Fr. 100'000.– brutto oder netto verdienen solle. Zudem würden

auch jegliche Angaben über allfällige weitere Lohnbestandteile (z.B. 13. Monatslohn, Award, etc.) fehlen. Somit sei nach wie vor auf das Nettoeinkommen von Fr. 8'849.– pro Monat abzustellen (act. 4 S. 7 f., R. 2.2). Ausgehend von einem monatlichen Bedarf von Fr. 3'989.– zzgl. monatlich zu zahlende Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 3'700.– (wobei der Beschwerdeführer geltend gemacht habe, dieser Unterhaltsbeitrag reduziere sich auf Fr. 3'200.–), ergebe sich ein monatlicher Überschuss des Beschwerdeführers von Fr. 1'160.– (resp. Fr. 1'660.–; act. 4 S. 12, Rz. 3.2-3.3). Bei Gerichtskosten von schätzungsweise Fr. 10'000.– sowie Anwaltskosten von ungefähr Fr. 10'000.– sei der Beschwerdeführer mit einem Überschuss von Fr. 1'160.– (Fr. 1'660.–) pro Monat in der Lage, für die mutmasslich auf ihn entfallenden Prozess- und Anwaltskosten innert 24 Monaten aufzukommen, weshalb seine Mittellosigkeit zu verneinen sei (act. 4 S. 12 f., E. 4.1-3).

2.2 Der Beschwerdeführer bemängelt in Bezug auf den durch die Vorinstanz für ihn ermittelten Bedarf von Fr. 7'689.–, es seien ihm darin monatlich Fr. 132.– zu wenig für auswärtige Verpflegung angerechnet und die Einzahlungen in seine dritte Säule von Fr. 570.– pro Monat zu Unrecht nicht berücksichtigt worden (act. 2 S. 6, Rz. 144 ff.); mithin belaufe sich sein Bedarf (inkl. der von ihm zu zahlenden Unterhaltszahlungen) auf Fr. 8'400.– pro Monat (act. 2 S. 7, Rz. 20). Sodann beanstandet er, die Vorinstanz habe die von ihm ab Januar 2021 geltend gemachte Lohnreduktion zu Unrecht nicht berücksichtigt. Dabei stellt er sich auf den Standpunkt, wesentliche Veränderungen der finanziellen Verhältnisse während des Verfahrens seien entgegen der Vorinstanz zu berücksichtigen. Gerade in Fällen, wo eine markante Einkommensreduktion auf Seiten der gesuchstellenden Partei während des Verfahrens erfolge, sei diese Einkommensreduktion nach Treu und Glauben zu berücksichtigen, weil sonst eine Prozesspartei noch während eines hängigen UP-Verfahrens einen zweiten identischen Antrag stellen müsse, was das Gericht aber nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen gestützt auf den Grundsatz "ne bis in idem" abweisen würde (act. 2 S. 3, Rz. 8). Im vorliegenden Fall habe er die Vorinstanz mit Eingabe vom 18. Januar 2021 auf die Reduktion seines Einkommens seit 1. Januar 2021 ausdrücklich hingewiesen. Er habe der Vorinstanz substantiiert mitgeteilt, dass er seine Krankentaggelder per Anfang

2021 ausgeschöpft habe, von seiner Arbeitgeberin eine neue Stelle erhalte und sich sein Bruttojahreslohn neu auf Fr. 100'000.– bzw. sein Monatsnettolohn auf rund Fr. 7'000.– belaufe. Er habe sodann angekündigt, dass die Lohnabrechnung für den Monat Januar 2021 nachgereicht werde, sobald diese vorliege, und er habe den Beleg zur Stellenänderung der C.\_\_\_\_\_ eingereicht (act. 2 S. 3 f., Rz. 9). Gestützt darauf zieht der Beschwerdeführer den Schluss, er sei entgegen der Vorinstanz nicht in der Lage gewesen, Reserven zu bilden, um Gericht oder Anwalt zu bezahlen, wobei dies insbesondere auch für die Zeit ab Stellung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (13. Oktober 2020) bis zum 31. Dezember 2020 gelte, weil ihm bei einem Einkommen von Fr. 8'849.– und einem Bedarf von Fr. 8'400.– pro Monat noch ein Überschuss von Fr. 449.– verblieben sei und er damit während dreier Monate nicht genügend Reserven habe bilden können, um Gericht und Anwalt zu bezahlen (act. 2 S. 7, Rz. 21).

3.1 Soweit der Beschwerdeführer zunächst geltend macht, dass Einzahlungen in die dritte Säule entgegen der Vorinstanz zumindest dann im Bedarf zu berücksichtigen seien, wenn die Altersvorsorge ungenügend sei (act. 2 S. 6, Rz. 17), erweist sich dies als unzutreffend, weil Einzahlungen in die dritte Säule bei der Beurteilung der Mittellosigkeit nur bei selbständig Erwerbstätigen zu berücksichtigen sind (vgl. etwa Dike Komm ZPO-HUBER, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 117 N 50 m.w.H.) und der Beschwerdeführer bei der C.\_\_\_\_\_ angestellt und deshalb unselbständig erwerbstätig ist.

3.2 Es stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer während laufendem vorinstanzlichem Verfahren zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege geltend gemachten Veränderung seiner (Einkommens-)Verhältnisse. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zur Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs abzustellen unter Berücksichtigung von absehbaren Steigerungen oder Verringerungen der Vermögens- und Einkommensverhältnisse (BGer 4A\_250/2019 vom 7. Oktober 2019, E. 2.4.1 mit Hinweis u.a. auf BGE 135 I 221 E. 5.1; 120 Ia 179 E. 3a; 108 Ia 108 E. 5b).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer bereits in der Begründung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege angekündigt, dass die Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung, welche bis dahin aufgrund seiner teilweisen Arbeitsunfähigkeit im Rahmen einer Krankenlohnausfallversicherung Taggelder bezahlt hatte, per 6. Januar 2021 ende (act. 5/92 S. 29, Rz. 100 und act. 5/93/28). Die Reduktion seines Einkommens war bereits im Zeitpunkt seines Gesuchs absehbar und deshalb entgegen der Vorinstanz in Bezug auf das für die Beurteilung der Mittellosigkeit relevante Einkommen des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Dass der Beschwerdeführer ab dem 1. Januar 2021 eine neue Stelle bei seiner bisherigen Arbeitgeberin, der C.\_\_\_\_\_, angetreten hat (vgl. act. 5/106, zu Rz. 21) und dort neu noch Fr. 100'000.– brutto pro Jahr (vgl. act. 5/107/8) bzw. Fr. 7'300.90 netto pro Monat (act. 3/1) verdient, erscheint glaubhaft.

3.3 Hinsichtlich den im Bedarf des Beschwerdeführers für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigenden Kosten erweist es sich als zutreffend, dass der Beschwerdeführer – wie er selbst geltend gemacht hat – bis zum Ende Dezember 2020 40 % (act. 4 S. 7, E. 2.2) und danach ab 1. Januar 2021 80 % (act. 5/107/8) erwerbstätig war, weshalb in seinem Bedarf für auswärtige Verpflegung praxisgemäss ab Januar 2021 Fr. 176.– zu berücksichtigen sind. Dass – wie der Beschwerdeführer weiter geltend macht – er in der ersten Phase in einem 60 % Pensum rund vier Tage gearbeitet habe bzw. aktuell trotz 80 % Pensum an fünf Tagen pro Woche arbeite (act. 2 S. 6, Rz. 16), ist nicht belegt, weshalb entgegen dem Beschwerdeführer keine höheren Kosten für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen sind. Im Ergebnis erhöht sich somit der von der Vorinstanz festgestellte Bedarf ab 1. Januar 2021 um Fr. 88.– (Fr. 176.– ./ Fr. 88.–) auf Fr. 7'777.–.

4. Im Ergebnis betrug der Bedarf des Beschwerdeführers bis Ende Dezember 2020 – wie von der Vorinstanz festgestellt – Fr. 7'689.– und sein Einkommen in derselben Zeit Fr. 8'849.–, was einen monatlichen Überschuss von Fr. 1'160.– ergibt. Ab dem 1. Januar 2021 reduzierte sich das Einkommen des Beschwerdeführers auf Fr. 7'300.90, wohingegen sich der Bedarf ab diesem Zeitpunkt auf Fr. 7'777.– erhöhte, weshalb ab diesem Zeitpunkt ein Manko von Fr. 476.10 pro

Monat resultiert. Im Ergebnis ist die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ab dem 1. Januar 2021 ausgewiesen und es ist ihm ab diesem Zeitpunkt die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Der Vollständigkeit halber anzumerken ist für die Zeit ab dem 1. Januar 2021, dass es bei diesem Ergebnis auch keine Rolle spielt, ob der Beschwerdeführer auch ab Januar 2021 – wie bis anhin – zusätzlich zu seinem Einkommen einen jährlichen Award erhält, betrug dieser doch bis anhin (im Jahr 2018; vgl. act. 5/62/1) maximal Fr. 3'000.– pro Jahr, was bei einem Manko von Fr. 476.10 pro Monat im Ergebnis nichts an der Mittellosigkeit ändern würde, verbliebe doch auch bei einem Award von Fr. 3'000.– noch ein Manko von Fr. 226.10 pro Monat.

Nicht zu bewilligen ist die unentgeltliche Rechtspflege entgegen dem Beschwerdeführer jedoch für die Zeit ab dem 13. Oktober 2020 bis zum 31. Dezember 2020, ist das vorinstanzliche Scheidungsverfahren doch seit dem 9. November 2018 anhängig (act. 5/1), weshalb es dem Beschwerdeführer möglich war, in den rund zwei Jahren zwischen der Rechtshängigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens und der Reduktion seines Einkommen per Ende Dezember 2020 die laufenden Anwaltskosten aus dem ihm bis dahin monatlich verbleibenden Überschuss von rund Fr. 1'000.– zu bezahlen. Insoweit ist die Beschwerde folglich abzuweisen.

### III.

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1 Ficht eine Partei vor der kantonalen Beschwerdeinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen damit ausser Ansatz und der Beschwerde führenden Partei ist aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.3; BGer 4D\_24/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.2.).



1.2 Vorliegend obsiegt der Beschwerdeführer überwiegend, weshalb die Kosten für das Beschwerdeverfahren ausser Ansatz fallen. Die dem Beschwerdeführer zu entrichtende Entschädigung ist unter Berücksichtigung von § 13 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 1'200.– zzgl. MwSt. festzusetzen. Die Entschädigung ist dem Beschwerdeführer aus der Kasse der Vorinstanz auszurichten. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren wird damit gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Januar 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:  
"4. Dem Beklagten wird ab dem 1. Januar 2021 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihm ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Eine Neuurteilung aufgrund sich neu präsentierender finanzieller Verhältnisse sowie die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleiben vorbehalten.  
Im Mehrumfang (Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ab 13. Oktober 2020) wird das Gesuch des Beklagten abgewiesen."
2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
3. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zzgl. 7.7 % MwSt. zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt unter Fr. 30'000.–.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

i.V. der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am: