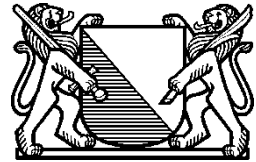


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RU210082-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Beschluss und Urteil vom 3. Mai 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

betreffend

Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

Beschwerde gegen einen Entscheid der 3. Abteilung (Einzelgericht) des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. September 2021 (ED210031)

Erwägungen:

1.

1.1 Der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan: Beschwerdeführer) beabsichtigt gegen die B._____ AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage anhängig zu machen. Gegenstand der Klage sollen unter anderem Hypothekarzinsforderungen aus sog. Swap-Hypotheken darstellen. Laut dem Beschwerdeführer wurden die Zinsen seitens der Bank durch Einführung eines sog. Zinsfloors einseitig zu seinen Lasten abgeändert.

1.2 Der Beschwerdeführer reichte mit Eingabe vom 3. Juni 2021 (act. 1) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege *vor Rechtshängigkeit der Hauptsache* beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich mit folgenden Begehren ein:

- "1. Es sei dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege sowohl für das vorliegende Verfahren betreffend das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wie auch in der Hauptsache für das noch einzuleitende Klageverfahren gegen die Gesuchsgegnerin zu gewähren und der Unterzeichnete RA MLaw X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand per 20.04.2021 zu bestellen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin (zzgl. 7.7 % MwSt.)."

Mit Zuteilungsverfügung vom 4. Juni 2021 wurde das Verfahren der 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich zugeteilt (act. 5/1).

1.3 Mit Urteil und Verfügung vom 3. September 2021 trat das Einzelgericht der 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) auf das Gesuch des Beschwerdeführers nicht ein, soweit die unentgeltliche Rechtspflege für das in der Hauptsache noch einzuleitende Verfahren betroffen war, und wies das Gesuch betreffend unentgeltliche Rechtsverbeiständung zur Vorbereitung des Prozesses (vor Rechtshängigkeit in der Hauptsache) ab (act. 6 = act. 10 [Aktenexemplar] = act. 12).

1.4 Hiergegen hat der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 24. September 2021 (act. 11) rechtzeitig (vgl. act. 9) Beschwerde mit folgenden Anträgen bei der Kammer erhoben:

- "1. Es sei das Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 03.09.2021 aufzuheben und es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnete RA X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, namentlich für:
 - a. das vorinstanzliche Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege per 20.04.2021 und,
 - b. für das noch einzuleitende Klageverfahren gegen die B._____ AG.
2. Eventualiter zu Ziff. 1 vorstehend sei das Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 03.09.2021 aufzuheben und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen der Beschwerdeinstanz an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es sei dem Beschwerdeführer für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei der Unterzeichnete RA MLaw X._____ dem Beschwerdeführer als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt.)."

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–8). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1 Der Entscheid über die teilweise oder vollständige Ablehnung der unentgeltlichen Rechtspflege ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 121 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen. Die beschwerdeführende Partei trifft eine Begründungslast. Es ist in der Beschwerdeschrift vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig sei und wie er geändert werden müsse. Die Beschwerdeschrift hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet (vgl. statt vieler BK ZPO-Sterchi, Bern 2012, Art. 321 N 5 ff. und 22; BSK ZPO-Spühler, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 12). Geltend gemacht werden können mit der Beschwerde unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO). Neue An-

träge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.2 Der Beschwerdeführer hat mit seinem Rechtsmittel neue Unterlagen zu den Akten gegeben (act. 13/2–6). Der eben erwähnte Novenausschluss gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO gilt insbesondere auch für Verfahren, die – wie das Verfahren betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – der (beschränkten) Untersuchungsmaxime unterstehen (BGer, 5A_863/2017 vom 3. August 2018, E. 2.3 m.w.H.; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 119 N 9), weshalb die im Beschwerdeverfahren neu eingereichten Unterlagen für den vorliegenden Entscheid – vorbehältlich des zweitinstanzlichen Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege – nicht berücksichtigt werden können.

3.

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und zusätzlich dazu ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die gesuchstellende Partei hat dem Gericht ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Bei der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (beschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip und die Offenlegungs- sowie Mitwirkungsobliegenheiten der gesuchstellenden Person eingeschränkt. Es obliegt der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und zu belegen (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; JENT-SØRENSEN, a.a.O., Art. 119 N 10; ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 119 N 6). Bei der Frage der Mittellosigkeit ist zu beachten, dass es sich um eine negative Tatsache handelt, für die kein strikter Beweis verlangt werden darf. Wenn die gesuchstellende Partei die zumutbaren Vorkehren zum Nachweis ihrer Mittellosigkeit getroffen hat, genügt Glaubhaftmachung (BGE 104 Ia 323, E. 2.b). Glaubhaftmachen erfordert eine geringere Wahrscheinlichkeit als die volle Überzeu-

gung. Es genügt bereits eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer behaupteten Tatsache (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 18 N 39).

4.

4.1 Die Vorinstanz befand den Umfang des vom Beschwerdeführer gestellten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für unklar. Entgegen dem umfassend formulierten Antrag gehe aus der Gesuchsbegründung eine Beschränkung auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters zur Vorbereitung des Prozesses hervor. Sollte dennoch bereits die unentgeltliche Rechtspflege für das handelsgerichtliche Verfahren beantragt worden sein, so sei hierfür ausschliesslich das Handelsgericht sachlich zuständig. In diesem Umfang – also betreffend die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteiständung für das in der Hauptsache noch einzuleitende Verfahren – sei auf das Gesuch nicht einzutreten (act. 10 E 1.7).

4.2 Der Beschwerdeführer hält beschwerdehalber dafür, er habe unzweideutig unentgeltliche Rechtspflege (auch) für das in der Hauptsache noch einzuleitende Klageverfahren begehrt. Davon sei die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (Art. 118 Abs. 1 lit. a ZPO), von Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) sowie die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes für die Vorbereitung des Prozesses und die Vertretung im Prozess (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) erfasst. Die Vorinstanz habe sein Gesuch unzulässig auf vorprozessuale Aufwendungen reduziert (act. 2 Rz. 8 ff.). Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGer, 4A_292/2020 vom 19. Januar 2021) sei der (Eventual-)Nichteintretensentscheid der Vorinstanz nicht rechtskonform (act. 2 Rz. 14 ff.).

4.3 Die Beanstandung des Beschwerdeführers ist berechtigt. Zunächst ergibt sich aus seinem Begehren in der Tat unmissverständlich, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege mitsamt unentgeltlicher Rechtsverteiständung auch für das Hauptverfahren zu bewilligen sei. In diesem Umfang war das Gesuch von der Vorinstanz zu behandeln, was diese im Rahmen ihrer Eventualbegründung, wenn auch mit einem Nichteintretensentscheid, denn auch tat. Allerdings entspricht die

Auffassung der Vorinstanz, wonach eine Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das handelsgerichtliche Hauptverfahren vor der Rechtshängigkeit nicht in ihrer sachlichen Zuständigkeit liege, nicht der Rechtslage. Art. 119 Abs. 1 ZPO räumt Rechtsuchenden die Möglichkeit ein, in einem *vorgängigen* Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich der Gerichts- und Parteikosten eines *künftigen erstinstanzlichen (Haupt-)Verfahrens* zu beantragen (vgl. BGer, 4A_492/2020 vom 19. Januar 2021, E. 4.4). § 128 GOG bestimmt, dass das Einzelgericht des in der Hauptsache örtlich zuständigen Bezirksgerichtes über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor Einreichung der Klage beim Gericht entscheidet. Die Kammer hält sich auch bei einer Hauptsachezuständigkeit des Handelsgerichts an den Wortlaut dieser Zuständigkeitsnorm, um einen negativen Kompetenzkonflikt zu vermeiden (vgl. OGer ZH, RU210030 vom 16. Juli 2021, E. 3.6). Somit wäre die Vorinstanz als das örtlich zuständige Einzelgericht des Bezirksgerichtes für die Behandlung des vorprozessualen Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege sachlich zuständig gewesen. Sie ist zu Unrecht auf das Gesuch, soweit die unentgeltliche Rechtspflege für das in der Hauptsache noch einzuleitende Verfahren betroffen war, nicht eingetreten. Insofern ist die Beschwerde begründet.

4.4 Das vorinstanzlich in der Sache nicht geprüfte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das einzuleitende *Hauptverfahren* ist hernach gemeinsam mit jenem um *vorprozessuale* unentgeltliche Rechtsverbeiständung *zur Vorbereitung des Prozesses* zu behandeln, und zwar im Zusammenhang der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers (vgl. unten E. 4.6 ff.).

4.5 Zunächst ist auf die Auffassung der Vorinstanz zum Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Komplexität der Sache auf die Wahrung seiner Interessen durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand angewiesen, einzugehen. Die Vorinstanz liess diese Argumentation nicht gelten und verneinte die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Der Beschwerdeführer verfüge angesichts seines beruflichen Werdeganges – namentlich, dass er Partner der C._____ AG sei, vormals bei der B._____ AG im Derivatives Team gearbeitet habe und über einen Abschluss lic.

oec. der Universität D._____ verfüge – über ein breites und für die Klage relevantes Fachwissen in finanziellen Angelegenheiten. Es sei ihm zuzumuten, die erforderlichen Tatsachen und Beweismittel zur Vorbereitung der Klage selbständig zusammenzutragen, gegebenenfalls mit Instruktion durch seinen Rechtsvertreter. In rechtlicher Hinsicht lasse die Rechtsprechung betreffend Negativzinsen und Swap-Hypotheken noch viele Fragen offen. Daher liessen sich die Prozessaussichten vorprozessual ohnehin nicht verlässlich abschätzen. Die Risiken eines Pilotprozesses konkretisierten sich erst mit dem Entscheid in der Hauptsache. Es sei unklar, worin die vorprozessualen rechtlichen Schritte überhaupt liegen würden (act. 10 E. 2.4).

Der Beschwerdeführer beanstandet diesbezüglich, die Argumentation der Vorinstanz leide an Widersprüchen. Es sei unvereinbar, einerseits eine Vorbereitung der Klage durch den Beschwerdeführer mit Instruktion seines Rechtsvertreters zu verlangen und andererseits die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsvertreters abzulehnen. Zudem sei das Zusammentragen der erforderlichen Tatsachen und Beweismittel nicht sinnvoll von deren Aufbereitung, Bewertung und Studium zur Beurteilung der Prozessaussichten sowie dem Entwurf der Klageschrift zu trennen. Es helfe dem Beschwerdeführer wenig, wenn er Unterlagen zusammentrage, ohne zu wissen, ob er mit diesen Unterlagen einen Prozess anstrengen könne (act. 11 Rz. 35). Die rechtlichen Unklarheiten betreffend Negativzinsen und Swap-Hypotheken sprächen zudem nicht gegen, sondern gerade für die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung. Mangels einschlägiger Rechtsprechung sei eine juristische Analyse der Tatsachen und Beweismittel sowie jener Rechtsprechung, die ähnliche Sachverhalte und Rechtsfragen beschla-ge, umso wichtiger (act. 11 Rz. 36). Die Vorinstanz erkenne die notwendigen vorprozessualen Schritte auch deswegen nicht, weil sie das Gesuch rechtswidrig auf vorprozessuale Aufwendungen reduziert habe (act. 11 Rz. 37).

Die Vorinstanz stellte die Praxis der Kammer zutreffend dar, nach welcher die Notwendigkeit einer vorprozessualen unentgeltlichen Rechtsverteidigung lediglich unter besonderen Voraussetzungen und im Ausnahmefall zu bejahen ist, nämlich wenn über das übliche Mass hinausgehende vorprozessuale Aufwen-

dungen des Rechtsvertreters anfallen. Der bedürftigen Partei soll mit diesem Instrument in erster Linie ermöglicht werden, die Erfolgsaussichten einer ins Auge gefassten Klage durch eine rechtskundige Person prüfen zu lassen und die dazu vor Klageanhebung nötigen Abklärungen in tatsächlicher und (bei schwierigen Rechtsfragen, ausländischem Recht etc.) rechtlicher Hinsicht zu treffen (vgl. OGer ZH, ZR 110/2011 Nr. 100 E. 2.3; OGer ZH, RU190058 vom 9. Dezember 2019, E. 4.2; act. 10 E. 2.2).

Die Anwendung dieser Kriterien durch die Vorinstanz auf die vorliegende Sache hält einer näheren Überprüfung nicht stand. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der B._____ AG weist insbesondere eine überdurchschnittliche rechtliche Komplexität auf, die von einem Laien nicht bewältigt werden kann. Dies räumt die Vorinstanz, indem sie die Sammlung des Prozessstoffs durch den Beschwerdeführer gegebenenfalls *mit Instruktion* eines Rechtsvertreters vorschlägt, im Grunde selber ein. Ins Auge sticht insbesondere die noch nicht gefestigte Rechtslage rund um Negativzinsen im Hypothekarbereich, auf welche der Beschwerdeführer in seinem Gesuch hinweist (act. 1 Rz. 108). Diesbezüglich ist von Rechtsfragen auszugehen, deren Schwierigkeit den Beizug eines Rechtsvertreters zur Abschätzung der Prozessrisiken ausnahmsweise als notwendig erscheinen lassen. Mit welcher Präzision eine vorprozessuale Einschätzung der Prozessrisiken durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand möglich ist, muss und kann im jetzigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Die Vorinstanz greift dem Resultat derartiger Abklärungen vor, wenn sie eine Einschätzung der Prozessaussichten wegen fehlender Rechtsprechung als kaum verlässlich einstuft. Dies trifft schon deswegen nicht zu, weil Prozessrisiken nicht allein anhand einer allfälligen Gerichtspraxis – welche denn im vorliegend einschlägigen Bereich nicht völlig fehlt (vgl. OGer ZH, LB200029 vom 19. Januar 2021) – beurteilbar sind. Genauso massgebend sind weitere Faktoren, nicht zuletzt die spezifischen rechtlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls, wobei ein besonderes Augenmerk auf die konkreten vertraglichen Abmachungen zwischen den Parteien zu richten ist. Dies liess die Vorinstanz unberücksichtigt und schloss fälschlicherweise auf eine fehlende Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung.

4.6 Die Vorinstanz verneinte den Anspruch des Beschwerdeführers auf vorprozessuale unentgeltliche Rechtsverteidigung zur Vorbereitung des Prozesses ergänzend mit der Begründung, jener habe die Mitwirkungsobliegenheit bei der Ermittlung seiner finanziellen Verhältnisse verletzt.

Der Beschwerdeführer habe lediglich eine (Einkommens-)Pfändungsurkunde des Betreibungsamtes Höfe vom 16. Februar 2021 (act. 3/8) sowie seine Steuererklärungen der Jahre 2019 und 2020 (act. 3/19–20) eingereicht. Belege zu seinem aktuellen Einkommen fehlten. Der Beschwerdeführer begnüge sich mit der Behauptung, sein aktuelles Einkommen entwickle sich im gleichen Rahmen wie in den Vorjahren. In den Steuererklärungen würden Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 26'478.– bzw. Fr. 54'439.– ausgewiesen, es sei allerdings unklar, ob jene von den Steuerbehörden akzeptiert worden seien. Mangels einer lückenlosen Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben des Einzelunternehmens könne nicht nachvollzogen werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang private Aufwendungen über das Einzelunternehmen abgerechnet worden seien. Ferner sei unklar, ob der Beschwerdeführer für seine Funktion als Partner der C._____ AG ein Einkommen beziehe, wovon jedoch ausgegangen werden könne. Schliesslich fänden sich keine Belege oder Übersichten zu den Einnahmen und dem Aufwand der Liegenschaften des Beschwerdeführers. Ungenügend verweise der Beschwerdeführer dies betreffend wiederum auf die Pfändungsurkunde. Auch in Bezug auf sein Existenzminimum begnüge er sich mit einem Verweis auf besagte Pfändungsurkunde. Ausführungen oder Belege zu einzelnen Bedarfspositionen seien vom Beschwerdeführer nicht eingereicht worden. Fraglich bleibe aber ohnehin, ob der Liegenschaftsaufwand (inkl. Hypothekarzinsen) für sämtliche vom Beschwerdeführer gehaltene Liegenschaften berücksichtigt werden könne (act. 10 E. 3.4). Trotz Geltung der Untersuchungsmaxime sei es nicht Aufgabe des Gerichts, aus einem Stapel eingereichter Unterlagen die relevanten Angaben herauszusuchen oder im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht bei einem anwaltlich vertretenen Gesuchsteller nachzufragen (act. 10 E. 3.5).

4.7 Dem setzt der Beschwerdeführer entgegen, die Vorinstanz hätte im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes den Sachverhalt weiter abklären müssen. Insbe-

sondere hätte sie ihn sein Einkommen und seine Ausgaben erläutern lassen und ihn, wie von ihm offeriert, persönlich befragen müssen (act. 11 Rz. 42 ff., 58 ff.).

Der Beschwerdeführer verkennt die Tragweite seiner umfassenden Mitwirkungsobliegenheit, welche ihn ungeachtet des geltenden (eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes trifft. Einerseits übersieht er, dass an die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation umso höhere Anforderungen gestellt werden dürfen, je komplexer die Verhältnisse sind (BGE 125 IV 161 E. 4). Zuzufolge seiner einzelunternehmerischen Tätigkeit darf vom Beschwerdeführer nach diesem Grundsatz verlangt werden, dass er hinsichtlich seiner finanziellen Lage besonders klare und transparente Verhältnisse schafft. Andererseits ist bei anwaltlich vertretenen Gesuchstellern, die ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht oder nicht genügend nachkommen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen, sondern es ist das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abzuweisen (BGer, 4A_257/2021 vom 6. September 2021, E. 2.1; BGer, 4A_622/2020 vom 5. Februar 2021, E. 2.4; BGer, 5A_456/2020 vom 7. Oktober 2020, E. 5.1.3, je m.w.H.). Die Vorinstanz war daher nicht gehalten, dem Beschwerdeführer eine Nachfrist zur Verbesserung oder Klärung seines Gesuchs anzusetzen, bevor sie zum abweisenden Entscheid schritt. Im Übrigen können fehlende tatsächliche Darlegungen nicht durch einen Beweisantrag geheilt werden bzw. lassen sich nicht im Rahmen des Beweisverfahrens ersetzen (BGer, 4A_286/2013 vom 21. August 2013, E. 2.5). Der Beschwerdeführer beruft sich daher vergeblich auf die von ihm angebotene persönliche Befragung.

4.8 Der Beschwerdeführer wirft die Frage auf, welche zusätzlichen Erkenntnisse zu seinem Einkommen sich die Vorinstanz aus weiteren Unterlagen erhofft haben könnte. Es sei drei Monate vor Einreichung des streitgegenständlichen Gesuchs zu einer fruchtlosen Einkommenspfindung gekommen, welche bis heute anhalte. Zudem seien in den Steuererklärungen 2019 und 2020 seine Einkommensverhältnisse ersichtlich (act. 11 Rz. 43). Als Einzelunternehmer erhalte er keine monatlichen Lohnabrechnungen und es sei während des laufenden Geschäftsjahres schwierig, ein durchschnittliches Monatseinkommen zu berechnen. Sein variables

Einkommen gehe aber ohnehin aus der Pfändungsurkunde vom 16. Februar 2021 hervor (act. 11 Rz. 42). Diese geniesse, weil der Beschwerdeführer als Schuldner gegenüber dem Betreibungsamt unter Strafandrohung Auskunft über sein Einkommen und Vermögen erteilt habe (vgl. Art. 91 SchKG i.V.m. Art. 323 StGB), eine erhöhte Beweiskraft, so dass die darin enthaltenen Angaben zumindest als glaubhaft zu gelten hätten (act. 11 Rz. 51).

Der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn diese die besagte Pfändungsurkunde zum Nachweis des aktuellen Einkommens des Beschwerdeführers nicht genügen liess. Selbst gegen den Schuldner ausgestellte Verlustscheine oder eine kürzlich ergangene Konkureröffnung genügen nicht als alleiniger Beweis für die Mittellosigkeit (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, N 118). Ebenso wenig ist das Zivilgericht bei der Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege an Entscheide von Verwaltungsbehörden gebunden. Nicht einmal aus dem Bezug von Sozialhilfe muss ohne die erforderlichen Angaben und Unterlagen direkt auf die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person geschlossen werden (vgl. BGer, 9C_606/2013 vom 7. März 2014, E. 2.1.3). Nichts anderes kann für durch Betreibungsämter festgelegte Existenzminima gelten. Ohne Einfluss bleibt, dass die Pflicht zur Erteilung von Auskünften gegenüber dem Betreibungsamt strafbewehrt ist, denn selbiges trifft auch auf Angaben in den eben erwähnten Sozialhilfeverfahren zu (vgl. Art. 148a StGB). Den vom Betreibungsamt festgehaltenen finanziellen Parametern kann höchstens eine gewisse indizielle Bedeutung zukommen. Im Einzelfall vermögen sie allenfalls bestehende Restzweifel über die finanziellen Verhältnisse zu beseitigen. Sie entbinden die gesuchstellende Person aber nicht davon, ihre Mitwirkungsobliegenheit zu erfüllen, indem sie dem Gericht alle für die Abklärung ihrer Mittellosigkeit notwendigen Vorbringen und Beilagen unterbreitet. Beachtlich ist freilich die Einkommenspfändung als solche. Vorliegend gilt es im Folgenden zu berücksichtigen, dass ein monatlich Fr. 11'428.50 übersteigendes Einkommen des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung durch das Betreibungsamt Höhe gepfändet war (vgl. act. 3/7).

4.9 Nach dem Gesagten kann bei der Beurteilung des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege nicht auf das in der Pfändungsurkunde aufgeführte Einkommen des Beschwerdeführers abgestellt werden. Ohnehin sei bemerkt, dass vor dem Hintergrund der vorinstanzlichen Vorbringen des Beschwerdeführers Zweifel am vom Betreibungsamt festgelegten Einkommen angebracht sind. Aufgeführt werden in der Pfändungsurkunde nämlich einzig Mietzinseinnahmen von monatlich Fr. 6'470.– als Einkommen. Das Betreibungsamt verweist auf die Angaben des Beschwerdeführers, wonach dieser zur Zeit nur ein geringes Einkommen aus seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erziele (vgl. act. 3/7). Diese Feststellung steht indessen in Widerspruch zum Prozessstandpunkt des Beschwerdeführers, welcher behauptet hat, sein Einkommen im Jahr 2021 bewege sich im vergleichbaren Rahmen wie in den Vorjahren (vgl. act. 1 Rz. 30). In den Steuererklärungen der Jahre 2019 und 2020 wurde weiteres Einkommen aus *selbständiger* Erwerbstätigkeit von Fr. 26'478.– (Jahr 2019) bzw. Fr. 54'439.– (Jahr 2020) deklariert. Angesichts dieser unerklärt gebliebenen Inkongruenz lässt sich die Einkommenslage des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung – anders als dieser meint (vgl. act. 11 Rz. 45) – so oder anders nicht aus der Pfändungsurkunde ablesen.

4.10 Damit verbleiben für den Nachweis des Einkommens des Beschwerdeführers im Wesentlichen die Steuererklärungen der Jahre 2019 und 2020 und die Behauptung des Beschwerdeführers, sein aktuelles Einkommen bewege sich in einem "vergleichbaren Rahmen". Dass die Steuererklärungen von den Steuerbehörden akzeptiert wurden, kann zu Gunsten des Beschwerdeführers unterstellt werden. Auf die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers ist nicht einzugehen (vgl. act. 11 Rz. 44). Nicht genügend ist es aber, das im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vom 3. Juni 2021 *aktuelle* Einkommen alleine mittels Steuererklärungen der Jahre 2019 und 2020 zu belegen. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer behauptete, sein aktuelles Einkommen bewege sich in einem "vergleichbaren Rahmen" wie in den Vorjahren. Diese pauschale und überdies auslegungsbedürftige Behauptung vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass Belege über das Einkommen des Beschwerdeführers für den Zeitraum vom 1. Januar 2021 bis zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung fehlen. Unbehelflich

bleibt das Argument des Beschwerdeführers, die Ermittlung des durchschnittlichen Monatseinkommens im laufenden Geschäftsjahr sei bei einem Einzelunternehmen mit Schwierigkeiten behaftet (vgl. act. 11 Rz. 42). Dies mag zwar zutreffen, bedeutet aber keineswegs, dass Angaben über das aktuell erzielte Einkommen überhaupt unmöglich und sachdienliche Beweismittel nicht greifbar gewesen wären. Insbesondere mittels Kontoauszügen oder Teilen der Buchhaltung hätte der Beschwerdeführer durchaus den aktuellen Geschäftsgang seiner Einzelunternehmung zumindest summarisch erläutern und dokumentieren können. Es hätte ihm dabei auch nicht geschadet, wenn er sein (Durchschnitts-)Einkommen bloss näherungsweise hätte angeben können, da – wie erwähnt – die Glaubhaftmachung seiner Mittellosigkeit ausgereicht hätte, sofern er denn die zumutbaren Vorkehren zu deren Nachweis getroffen hätte. In jedem Fall unzulänglich war es jedoch, der Vorinstanz keine Behauptungen oder Belege zum aktuellen Einkommen zu unterbreiten. Die Vorinstanz erkannte daher sach- und rechtsfehlerfrei eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit seitens des Beschwerdeführers und wies das Gesuch ab.

Abgesehen davon gilt es zu beachten, dass die gewichtigste Position im vom Betreibungsamt festgelegten Existenzminimum von Fr. 11'428.50, auf welches sich der Beschwerdeführer vorinstanzlich beruft (vgl. act. 1 Rz. 18), die monatliche Hypothekarzinsbelastung von Fr. 7'850.57 darstellt. Diese betrifft die vier im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Wohnungen, wovon der Beschwerdeführer eine Wohnung selber bewohnt. Als Ausfluss des Effektivitätsgrundsatzes werden Schuldzinsen bei der Bestimmung des Bedarfs im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege indes nur dann berücksichtigt, wenn sie effektiv bezahlt werden. Der Zahlungsnachweis obliegt gemäss Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO dem Gesuchsteller (vgl. WUFFLI/FUHRER, a.a.O., N 803; BK ZPO-BÜHLER, Bern 2012, Art. 117 N 198 m.w.H.). Ob und in welcher Höhe der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung seinen Zinsverbindlichkeiten nachgekommen ist, wurde indessen weder behauptet noch belegt. Im Gegenteil führte er in seinem Gesuch aus, er sei nicht bereit gewesen, die "horrenden Forderungen" der B._____ AG zu bezahlen, weswegen diese sämtliche Geschäftsbeziehungen mit ihm aufgelöst habe (vgl. act. 1 Rz. 90). Keine Zahlungen stellen wohlgerne die

von der Bank vorgenommenen Belastungen der sich im Soll befindlichen Hypothekar-Konten des Beschwerdeführers dar (vgl. act. 3/11–17). Auch in Bezug auf diese Bedarfsposition ist eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten des Beschwerdeführers festzustellen. Als Folge davon haben die Hypothekarzinsen im Existenzminimum des Beschwerdeführers vollumfänglich unberücksichtigt zu bleiben.

Wird das Existenzminimum um diese Position bereinigt, so bleibt gemäss der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers (vgl. act. 1 Rz. 18) ein Existenzminimum von rund Fr. 3'580.– (Grundbetrag Fr. 1'100.– + Grundbetrag der zwei Kinder zu 50 % Fr. 600.– + Liegenschaftsaufwand Fr. 1'873.03). Weitere Bedarfspositionen wurden vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer weder vorinstanzlich noch beschwerdeweise geltend gemacht, so dass es damit sein Bewenden hat.

Unter Zugrundelegung der in den Steuererklärungen deklarierten Gesamteinkommen von Fr. 84'618.– im Jahr 2019 und von Fr. 123'463.– im Jahr 2020 (vgl. act. 1 Rz. 28 f. i.V.m act. 3/19–20), welche das im Rahmen der vormalig bestehenden Einkommenspfändung festgelegte Existenzminimum jeweils nicht überschritten (vgl. act. 3/7–8), ergeben sich mit dem besagten Existenzminimum namhafte monatliche Überschüsse von rund Fr. 3'470.– bzw. Fr. 6'700.–. Mit Überschüssen dieser Grössenordnung ist der Beschwerdeführer ohne Weiteres in der Lage, seine vorprozessualen Aufwendungen selber zu finanzieren. Dies gilt selbst, falls er im weiteren Verlauf auch die Prozesskosten des handelsgerichtlichen Verfahrens (Streitwert: ca. Fr. 500'000.–, vgl. act. 1 Rz. 7; ordentliche Gerichtsgebühr Fr. 20'750.–; ordentliche Parteientschädigung rund Fr. 25'200.– [inkl. MwSt.]) innert zweier Jahre zu tilgen hätte (vgl. zum Zeitraum statt vieler: BGE 141 III 369 E. 4.1).

Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist auch aus diesem Grund zu verneinen. In Bezug auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung zur *Vorbereitung des Prozesses vor der Rechtshängigkeit in der Hauptsache* führt dies zur Abweisung der Beschwerde. Aus dem nämlichen Grund ist überdies das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

und Rechtsverbeiständung für das noch einzuleitende *Hauptverfahren* abzuweisen. Der Beschwerde ist demnach im Ergebnis weder mit Bezug auf die Vorbereitung des Prozesses noch mit Bezug auf das noch einzuleitende Hauptverfahren erfolgreich und sie ist somit abzuweisen soweit darauf einzutreten ist.

5. Die Vorinstanz schrieb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (recte: unentgeltliche Prozessführung; vgl. Art. 118 Abs. 1 ZPO) für ihr Verfahren mit Blick auf die Kostenfreiheit des Verfahrens als gegenstandslos ab. Die unentgeltliche Rechtsverbeiständung verweigerte sie aufgrund der Aussichtslosigkeit des Gesuchs (act. 10 E. 6). Hierzu erhebt der Beschwerdeführer bei der Kammer keine konkreten Rügen. Auf seine Beschwerde ist diesbezüglich mangels Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid nicht einzutreten.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren. Zur Begründung reicht er zusätzliche Unterlagen ins Recht, welche trotz des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots zu beachten sind. Es handelt sich dabei um Bestätigungen über Einkommen und Ausgaben seiner Einzelunternehmung in den Monaten November 2020 bis August 2021 (act. 13/2), einen Mieterspiegel betreffend die in seinem Eigentum stehenden Wohnungen (act. 13/3) sowie eine Abrechnung über Nebenkosten der Stockwerkeigentümergeellschaft E.____-gässli ... in ... F.____ (act. 13/4). Diese zusätzlichen Unterlagen ändern allerdings nichts an den obenstehend gemachten Ausführungen zur Mittellosigkeit des Beschwerdeführers. Zunächst bleibt offen, welches Einkommen der Beschwerdeführer aktuell erzielt. Diese Unterlassung stellt für sich bereits eine Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit dar, welche zur Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege führt. Ausserdem ergibt sich aus den Bestätigungen betreffend Einkommen und Ausgaben – neben den Mietzinseinnahmen – ein zusätzliches Einkommen aus selbständiger Tätigkeit während der dokumentierten zehn Monate von monatlich rund Fr. 4'440.–. Hochgerechnet auf ein ganzes Jahr resultieren Fr. 53'280.–, was recht genau dem obenstehend zugrunde gelegten Einkommen aus selbständiger Tätigkeit im Jahr 2020 entspricht. Im Mieterspiegel sind die Hypothekarzinsforderun-

gen für die einzelnen Wohnungen – basierend auf einem Zinssatz von 3.85 % p.a. – aufgeführt. Es ist jedoch nach wie vor nicht klar, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Zinszahlungen durch den Beschwerdeführer tatsächlich geleistet werden. Unter Verweis auf die unter der vorherigen Ziffer gemachten Ausführungen können die Hypothekarzinsen nicht im Bedarf des Beschwerdeführers berücksichtigt werden. Damit ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer auch im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung ausreichende Überschüsse erzielt, um die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die im Zusammenhang mit der Beschwerde angefallenen Kosten seines Rechtsvertreters selber zu tragen. Dem Beschwerdeführer gelingt es nach dem Gesagten auch betreffend das Beschwerdeverfahren nicht, seine Mittellosigkeit glaubhaft zu machen. Sein zweitinstanzliches Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen. Wie die Prozessancen, als zweite Voraussetzung der unentgeltlichen Rechtspflege, zu beurteilen sind, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

6.2 Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO keine Gerichtskosten zu erheben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung auf das kantonale Beschwerdeverfahren nicht anwendbar (BGE 137 III 470 E. 6.5), weshalb für das vorliegende Verfahren Kosten zu erheben sind.

6.3 Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 2 lit. a, c und d sowie § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig und es ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

und erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es wird keine Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Gesuchsteller und Beschwerdeführer, unter Rücksendung der Akten an die 3. Abteilung (Einzelgericht) des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt circa Fr. 500'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: