

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC130045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Beschluss und Urteil vom 3. Dezember 2013

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer

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

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. August 2013; Proz. FP120008**

**Erwägungen:**

**I.**

1.

Mit Eingabe vom 17. Februar 2012 (act. 5/1) erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) persönlich, d.h. ohne anwaltliche Vertretung, beim Bezirksgericht Hinwil Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 2. Juni 2008 (act. 5/2). Er beantragte die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seiner Ex-Frau und die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge an die beiden Töchter von je Fr. 600.– auf je Fr. 500.–. In der Folge wurden die Parteien zur Einigungsverhandlung auf den 14. März 2012 vorgeladen. Eine Einigung kam nicht zustande. Anlässlich der Verhandlung stellte der Kläger ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Prot. Geschäfts-Nr. FP120008-E S. 4). Mit Verfügung des gleichen Tages wurde dem Kläger Frist angesetzt, um die Klage schriftlich zu begründen und die Beweismittel dazu genau zu bezeichnen bzw. verfügbare Urkunden sogleich einzureichen. Ausserdem wurde der Kläger aufgefordert, Belege zu seiner Einkommens- und Bedarfssituation einzureichen (act. 5/16).

Mit Eingabe vom 21. März 2012 legitimierte sich Rechtsanwältin lic.iur. X. \_\_\_\_\_ als Vertreterin des Klägers und stellte sogleich das Begehren, es sei dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsverteisterung durch ihre Person ab dem 20. März 2012 zu gewähren. Die Ausführungen samt Unterlagen hinsichtlich dieses Antrages hielt sie sich für die Klagebegründung vor (act. 5/17). Mit Eingabe vom 4. Juni 2012 reichte die Rechtsverteisterin des Klägers innert erstreckter Frist die Klagebegründung ein (act. 5/23). Die Vorinstanz setzte der Beklagten mit Verfügung vom 6. Juni 2012 Frist zur Klageantwort (act. 5/25), welche die Beklagte mit Eingabe vom 6. September 2012 erstattete (act. 5/30).

In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung sowie allfälliger Instrukti-  
onsverhandlung auf den 28. November 2012 vorgeladen (act. 5/31). Die Verhand-

lung musste zufolge Krankheit der Vertreterin der Beklagten auf den 29. Januar 2013 verschoben werden (act. 5/36 - 38). Mit Verfügung vom 16. Januar 2013 wurde der Prozess einstweilen sistiert bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen (Eheschutz-)Entscheidens im Verfahren Geschäfts-Nr. EE120088-E, nachdem der Kläger mit Eingabe vom 23. November 2012 bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren gestellt und damit die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes, die Zuteilung der elterlichen Obhut für den Sohn C. \_\_\_\_\_ an ihn sowie die Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen von seiner aktuellen Ehefrau verlangt hatte, was auf die finanzielle Situation des Klägers und somit auf das vorliegende Verfahren Einfluss habe. Die Ladung wurde abgenommen (act. 5/42). Nachdem der Kläger mit seiner aktuellen Ehefrau unter Mitwirkung des Gerichts eine Vereinbarung geschlossen und er sein Gesuch um Eheschutzmassnahmen zurückgezogen hatte (act. 5/46/16), wurde das Eheschutzverfahren Geschäfts-Nr. EE120088-E mit Verfügung vom 6. Februar 2013 abgeschlossen. In jenem Verfahren wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (act. 5/46/17). Die Akten dieses Eheschutzverfahrens wurden zum vorliegenden Verfahren beigezogen (act. 5/46).

Mit Vorladung vom 15. April 2013 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung sowie allfälliger Instruktionsverhandlung auf den 7. Juni 2013 vorgeladen (act. 5/44). An der Verhandlung gab der Einzelrichter der Vertreterin des Klägers nach dem Parteivortrag noch Gelegenheit, Ausführungen zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu machen und ergänzende Unterlagen diesbezüglich einzureichen. Daraufhin ergänzte die Vertreterin des Klägers ihre Ausführungen (Prot. Geschäfts-Nr. FP120008-E S. 14). Die Parteien schlossen in der Folge einen Vergleich (act. 5/52). Mit Urteil vom 15. August 2013 wurde das Verfahren gestützt auf die Vereinbarung erledigt (act. 5/55). Mit Verfügung des gleichen Tages wurde das Begehren des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen mit der Begründung, dass die Mittellosigkeit des Klägers nicht genügend substantiiert und belegt worden sei (act. 4/2/1 = 5/54 = 6).

2.

Gegen die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege erhob der Kläger mit Eingabe vom 6. September 2013 Beschwerde (act. 2). Die Akten der

Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-58). In Anwendung von Art. 119 Abs. 3 ZPO, wonach die Gegenpartei (nur) anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll, was vorliegend nicht der Fall ist, wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### 1. Vorbemerkungen zur Beschwerde

Gemäss Art. 321 ZPO ist die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (so auch Art. 311 Abs. 1 ZPO für die Berufung). Das bedeutet, dass die Beschwerde Anträge zu enthalten hat, welche zu begründen sind (ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 2. Aufl., Art. 321 N 14 f.). Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides geht (ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 2. Aufl., Art. 326 N 3).

### 2. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Mittellosigkeit im Sinne dieser Bestimmung beurteilt sich jeweils aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse. Sie ist gegeben, wenn die betreffende Person nicht über die notwendigen Mittel (Einkommen und Vermögen) verfügt, um ohne erhebliche Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts (sog. zivilprozessualer Notbedarf) für die Prozesskosten aufzukommen. Bei einer verheirateten Person, die mit ihrem Ehepartner in einem gemeinsamen Haushalt lebt, ist grundsätzlich das gemeinsame Ein-

kommen, Vermögen und der notwendige Lebensunterhalt in einer Gesamtrechnung zu bestimmen. Rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge sind nur Bestandteil des zivilprozessualen Notbedarfs, soweit sie effektiv und regelmässig bezahlt werden und davon ausgegangen werden kann, dass dies auch weiterhin der Fall sein wird. Ohnehin kommt die Beachtung von Schuldverpflichtungen nur soweit überhaupt in Frage, als tatsächlich Zahlungen getätigt werden (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 16 und 30 ff.).

Die unentgeltliche Rechtspflege ist zu verweigern, wenn die betreffende Partei mit dem monatlichen Überschuss die Prozesskosten innert eines Jahres bei weniger aufwändigen Prozessen bzw. innert zweier Jahre bei aufwändigeren Prozessen tilgen kann. Entscheidend ist zudem, ob die betroffene Partei in der Lage ist, mit dem Überschuss Vorschüsse für Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit zu leisten (BGer 4P.22/2007 vom 18. April 2007, E. 3.2).

Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege gilt der beschränkte Untersuchungsgrundsatz. Eine nicht vertretene, prozessunerfahrene gesuchstellende Person wird vom Gericht zur Darlegung ihrer finanziellen Verhältnisse aufgefordert, wenn die Partei die notwendigen Angaben nicht von sich aus macht. Es genügt jedoch grundsätzlich eine einmalige richterliche Fristansetzung. Die gesuchstellende Person treffen auf der anderen Seite umfassende Offenlegungs- sowie Mitwirkungspflichten, insbesondere bezüglich der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Im Unterlassungsfall ist das Gesuch abzuweisen (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 119 N 10; BGE 125 IV 161 E. 4). Somit ist der Gesuchsteller seiner Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast (subjektive Beweislast) nicht enthoben (BSK ZPO-BÜHLER, Art. 119 N 37).

2.2. Die Vorinstanz verweigerte dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung, er habe einzig Lohnabrechnungen der Monate Februar und März 2012 sowie der Monate September und Oktober 2012 ins Recht gelegt. Eine hinreichende Beurteilung der Einkommensverhältnisse des Klägers während der rund eineinhalb Jahre seit Klageeinreichung sei gestützt auf die eingereichten Unterlagen nicht möglich. Es würden neben weiteren Lohnabrechnungen für die Zeitspanne seit Antritt der neuen Stelle bei der D.\_\_\_\_\_ AG am 1. September

2012 insbesondere auch Belege über die von ihm vormals bezogenen Taggelder beziehungsweise über ein allfällig erzieltetes Nebenerwerbseinkommen fehlen. Sodann seien auch keinerlei Unterlagen zu den gegenwärtigen Vermögensverhältnissen des Klägers eingereicht worden, welche eine Beurteilung der Zumutbarkeit der Beanspruchung des allfälligen Vermögens zur Finanzierung der Prozesskosten ermöglichen würden. Somit sei die Mittellosigkeit nicht genügend substantiiert und belegt, weshalb diese verneint werden müsse. Ausführungen zur Aussichtslosigkeit würden sich bei dieser Sachlage erübrigen (act. 4/2/1 = 5/54 = 6 S. 3).

2.3. Der Kläger lässt dagegen im Wesentlichen vorbringen, dass er mit der Klagebegründung vom 4. Juni 2012 sämtliche Angaben zur finanziellen Situation eingereicht habe. Insbesondere aus den act. 5/24/10 und 11 (Rechnung der Zentralen Inkassostelle der Gerichte und Schreiben der Bank ... AG zum Restsaldo des Kredits) gehe hervor, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Klageeinreichung bzw. -begründung bereits über Schulden verfüge, auf welche er ausdrücklich hingewiesen und deren Vorhandensein auch belegt hätte. Zudem hätte er zur Zeit der Einreichung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege – nach Kenntnis der Vertreterin – keine weiteren Nebenerwerbseinkommen erzielt. Die Vorinstanz verweise zum Nebeneinkommen auf die Beizugsakten des Geschäfts Nr. EE120088-L. Aus diesen Akten sei auch ersichtlich, dass ihm im nämlichen Verfahren unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei, unter gleichen finanziellen Voraussetzungen.

Weiter bringt der Kläger vor, die Vorinstanz hätte aufgrund der Tatsache, dass nach Einreichung der Klagebegründung noch weitere Verfahrensschritte bzw. für die Vertreterin noch weiterer Aufwand entstehen würde, umgehend über das eingereichte Gesuch um UP/URB entscheiden müssen. Dies auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung, zumal über das Gesuch der Beklagten bereits mit Verfügung vom 14. März 2012 entschieden worden sei. Dass sich das Verfahren herauszögerte, habe weder der Kläger noch seine Vertreterin zu vertreten. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers sei im Zeitpunkt des Gesuches klar ausgewiesen und glaubhaft dargelegt worden, denn für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wären von der Vorinstanz auch die weiteren Schulden des Be-

schwerdeführers zu berücksichtigen gewesen. Dies im Gegenteil zum Notbedarf, wo Drittschulden meistens unberücksichtigt zu bleiben hätten, da sie einer allfälligen Unterhaltspflicht nachgehen würden. Aufgrund all dieser Umstände sei das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen.

Sodann führt der Kläger aus, dass das Begehren nicht aussichtslos gewesen sei (act. 2 S. 6 f.).

Auf die einzelnen Rügen des Klägers ist im Folgenden näher einzugehen.

2.4. Der Kläger rügt den Zeitpunkt des Entscheides über die unentgeltliche Prozessführung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zusammen mit dem Endentscheid bzw. im Rahmen der Kostenregelung in denjenigen Fällen nicht zu beanstanden, in denen das Gesuch mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden wird und keine weiteren Vorkehren des Rechtsvertreters erforderlich sind. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen. In diesen Fällen ist grundsätzlich umgehend über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden, damit Klient und Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können (Urteil 4A\_20/2011 vom 1. April 2011 E. 7.2.2).

Die Vorinstanz hat zwar den Prozess auch nach der Gesuchstellung vorangetrieben, indem sie zur Hauptverhandlung vorgeladen hat, ohne dass sie vorgängig über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden hätte. Jedoch wäre es dem Kläger möglich gewesen, vor weiteren Prozesshandlungen zu verlangen, dass über sein Gesuch entschieden werde. Dies hat er nicht getan. Unter diesen Umständen hat er das Risiko zu tragen, dass er die entstehenden Kosten selber tragen muss (vgl. hierzu ZR 100 Nr. 34).

Zum Einwand der Gleichbehandlung ist anzumerken, dass am 14. März 2012, als die Vorinstanz über das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege entschied, der Kläger lediglich das Gesuch gestellt hatte, jedoch zu diesem Zeitpunkt weder Ausführungen zu seinem Einkommen und Vermögen gemacht noch

irgendwelche Belege eingereicht hatte. Ein gleichzeitiger Entscheid war somit gar nicht möglich.

2.5. Weiter rügt der Kläger, dass nicht auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung bzw. -begründung für die Beurteilung der Mittellosigkeit abgestellt wurde. Der Zeitpunkt für die Beurteilung der Mittellosigkeit der um die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nachsuchenden Partei ist umstritten. In Frage kommen der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (z.B. ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 4) oder der Zeitpunkt des Entscheids über das Gesuch (z.B. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 119 N 9). Zu berücksichtigen ist, dass ein Gesuchsteller zur Nachzahlung verpflichtet werden kann, wenn er nachträglich in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (Art. 123 ZPO). Darf der Staat wegen weggefallener Bedürftigkeit sogar nach Abschluss des Gerichtsverfahrens die ausbezahlten Beträge wieder zurückverlangen, so muss das Gericht deren Auszahlung bereits während des laufenden Verfahrens unterbinden können (vgl. BGE 122 I 5, E. 4b; OGer ZH, PC120025 vom 5. Juni 2012). Somit ist eine bis zum Entscheid über das Gesuch eingetretene positive Veränderung der finanziellen Situation des Klägers zu berücksichtigen.

2.6. Sodann bringt der Kläger vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, er habe seine Mittellosigkeit nicht genügend substantiiert und belegt.

2.6.1. Vorab ist zu bemerken, dass der Kläger für die Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, namentlich der finanziellen Verhältnisse, weitgehend auf die Ausführungen im Rahmen der Begründung seiner Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils verwiesen hat. Es ist zu beachten, dass – wie ausgeführt – für die Beurteilung der Bedürftigkeit die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches und deren (positive) Veränderung bis zum Zeitpunkt des Entscheides massgebend sind. Die Verhältnisse in der Periode von rund zwei Jahren vor der Prozessanhebung mögen für die Abänderungsklage relevant sein, für die Beurteilung der Mittellosigkeit jedoch nur soweit, als sie sich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Gesuches auswirken, beispielsweise im Umstand des verminderten Vermögens.

2.6.2. In der Klagebegründung vom 4. Juni 2012 führte der Kläger aus, er sei seit Februar 2010 arbeitslos und hätte jeweils nur für kurze Zeit temporäre Arbeitseinsätze gehabt. Hierzu verwies er auf seinen Lebenslauf (act. 5/24/7). Er habe das Pech gehabt, unverschuldeterweise von einem Auto angefahren zu werden, nachdem er einen dreimonatigen Temporärjob (act. 5/24/8) erhalten hatte, so dass er den Vertrag nicht habe verlängern bzw. für die weitere Dauer nicht mehr habe arbeiten können und einzig SUVA Leistungen bezogen habe. Sein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen über mehr als zwei Jahre hinweg betrage Fr. 844.35. Zum Beweis seines Einkommens reichte er Abrechnungen über Taggelder sowie Lohnabrechnungen von temporären Anstellungen für die Monate Juni 2011 bis September 2011 und November 2011 bis März 2012 ins Recht (act. 5/24/9a-k). Diesem Einkommen stehe ein Notbedarf von ihm und seinem Sohn von Fr. 4'252.– (inkl. Unterhaltsbeiträgen) gegenüber. Er behauptete sodann über kein Vermögen, hingegen über Schulden (beim Gericht Fr. 1'980.– und ein Kredit von Fr. 21'168.50, act. 5/24/10 und 11) zu verfügen (act. 5/23 S. 4 und 6). Zu gewissen Ausgaben reichte er Unterlagen ins Recht, namentlich den Mietvertrag, eine Prämienrechnung der Krankenkasse vom 13. Dezember 2010, eine Rechnung der Billag vom 1. Februar 2012, eine Rechnung für Elektrizität vom 25. Oktober 2010, eine Heizkostenabrechnung vom 20. Juli 2011 sowie eine Vertragsübersicht zur Motorfahrzeugversicherung vom 19. März 2012 (act. 5/24/1-6).

An der Hauptverhandlung vom 7. Juni 2013 führte der Kläger aus, seit dem 1. September 2012 wieder über eine Arbeitsstelle zu verfügen, und zwar bei der D.\_\_\_\_\_ AG. Dabei verdiene er zur Zeit Fr. 4'662.– netto pro Monat (inkl. 13. Monatslohn). Zum Beleg reichte er den (nicht vollständig kopierten) Arbeitsvertrag und Lohnabrechnungen der Monate September und Oktober 2012 ins Recht (act. 5/50/3 und 4). Weiter führte er aus, sein persönlicher monatlicher Notbedarf (ohne die Einberechnung seines Sohnes) betrage Fr. 2'950.–. Aus dem Freibetrag von Fr. 1'712.– müsse er noch monatliche Unterhaltsbeiträge begleichen (act. 5/49 S. 3). Daneben reichte der Kläger die Mietzinsrechnung für den Monat Dezember 2012 und eine Prämienrechnung der Krankenkasse vom 5. Oktober 2012 ins Recht (act. 5/50/1 und 2). Der vollständige Arbeitsvertrag findet sich als act. 5/46/15 (Beizugsakten Eheschutzverfahren) bei den Akten.

Im Anschluss an den Parteivortrag räumte der vorinstanzliche Richter dem Kläger bzw. seiner Vertreterin noch Gelegenheit ein, ergänzende Ausführungen zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu machen beziehungsweise ergänzende Unterlagen einzureichen. Daraufhin führte die Vertreterin aus, dass das Einkommen des Klägers gerade mal für ihn selbst und seine drei Kinder reiche, es somit ausgewiesen sei, dass er finanziell nicht in der Lage wäre, auch noch für die Anwaltskosten aufzukommen. Des Weiteren rechtfertige es der Grundsatz der Waffengleichheit, dem Kläger eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Die Aussichtslosigkeit sei bei eherechtlichen Verfahren bekanntermassen restriktiv zu beurteilen (Prot. Geschäfts-Nr. FP120008 S. 14).

2.6.3. Der Kläger errechnete für Bestimmung seines Einkommens im Zeitpunkt der Klagebegründung einen Durchschnittslohn der letzten zwei Jahre. Hierfür teilte er den durch die Beilagen belegte Lohn der Monate Juni 2011 bis März 2012 (ohne Oktober 2011) von total Fr. 22'813.70 durch 27 Monate (und nicht durch die belegten neun Monate) und kam so auf ein monatliches Einkommen von Fr. 844.35. Damit erweckt er den Anschein, dass er keinerlei Arbeitslosenentschädigung bezogen habe, was letztlich jedoch mangels substantiierten Ausführung offen bleibt. Auch ist nicht klar, welche Periode bei den einbezogenen 27 Monaten überhaupt erfasst sein soll: Die Periode von Februar 2010 (Beginn der Arbeitslosigkeit) bis März 2012 (letzter einbezogener Lohn) würde 26 Monate betragen. Der zusätzliche Einbezug von April 2012 als 27. Monat würde wenig Sinn machen, wurde das erste Gesuch doch im März 2012 gestellt und erfolgte die Begründung im Juni 2012. Weshalb der Kläger der Ansicht ist, es sei nicht das aktuelle Einkommen seiner neuen Stelle (ab dem 16. Januar 2012) bei der E. \_\_\_\_\_ AG von monatlich netto Fr. 4'957.85 massgebend, sondern das Einkommen ab Juni 2011 rückberechnet auf die Zeit seit Februar 2010, führte er nicht aus. Geht man vom Einkommen aus, welches der Kläger seit dem 16. Januar 2012 erzielte, verblieb dem Kläger selbst bei dem von ihm behaupteten Notbedarf (notabene unter Berücksichtigung der Unterhaltspflicht an die beiden Töchter und die Ex-Frau) ein Überschuss von monatlich rund Fr. 700.–.

Sodann begnügte sich der Kläger mit der blossen Behauptung, kein Vermögen zu haben. Dies reicht jedoch nicht zur Glaubhaftmachung. Vielmehr muss die Behauptung anhand objektiver Anhaltspunkte glaubhaft gemacht werden. Der Kläger hätte beispielsweise Kontoauszüge oder die letzte Steuererklärung einreichen können. Das Vorhandensein von Schulden ist (wie ausgeführt) nur soweit beachtlich, als dass diese überhaupt getilgt werden. Regelmässige Abzahlungen behauptete und belegte der Kläger vor Vorinstanz nicht. Dass monatliche Ratenzahlungen von Fr. 100.– für Gerichtskosten (bzw. gemäss Rechnung für eine Geldstrafe) und Fr. 700.– für den Kredit erfolgen würden, bringt der Kläger erst im Rahmen seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren vor und ist damit als Novum für die Frage, ob die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu Recht verweigert hat, grundsätzlich unbeachtlich. Dennoch ist anzufügen, dass sich solche Zahlungen aus den offerierten Belegen gerade nicht ergeben: act. 5/24/10 ist die Rechnung vom 10. April 2012 bezüglich einer Geldstrafe, Abzahlungen sind daraus keine ersichtlich; act. 5/24/11 bestätigt zwar eine Zahlung vom 8. Juni 2011, jedoch datiert das Dokument vom 12. August 2011, was gerade nicht auf monatliche Abzahlungen von Fr. 700.– schliessen lässt, fehlen doch beispielsweise Hinweise auf Zahlungen von Juli und August 2011, welche – würde regelmässig abbezahlt – im Beleg vom 12. August 2011 enthalten sein müssten. Somit kann auch offen bleiben, ob diese Schulden im Rahmen der Bedarfsberechnung überhaupt zu beachten gewesen wären.

In Anbetracht des Umstandes, dass die Hauptverhandlung im Juni 2013 stattfand, erstaunt es weiter, dass der Kläger keine aktuellen Lohnausweise der D. \_\_\_\_\_ AG beibrachte. Insbesondere waren die aktuellen Verhältnisse auch in der Sache selbst wesentlich.

Sodann wurde im Verfahren Geschäfts-Nr. EE120088-E, dessen Akten zum vorliegenden Verfahren beigezogen wurden, von der aktuellen Ehefrau vorgebracht, der Kläger betreibe noch einen Autohandel und arbeite jeweils samstags in einer Diskothek, woraus er zusätzliches Einkommen erziele. Ausserdem leiste er offenbar nur Fr. 600.– an Unterhaltsbeiträgen statt der Verpflichtung gemäss Urteil in der Höhe von insgesamt Fr. 1'600.– (act. 5/46/13 S. 5 f. und 11). Über diese

Punkte schwieg sich der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren aus. Er reichte auch keine Kontoauszüge ein, welche über Einnahmen und Ausgaben Klarheit verschaffen würden.

Wenn der Kläger nun vorbringt, er habe "zur Zeit der Einreichung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege [...] keine weiteren Nebenerwerbseinkommen" erzielt (act. 2 S. 6), vermag dies an der fehlenden Substantiierung nichts zu ändern, lässt er doch nach wie vor offen, ob er in der Zeit zwischen Gesuchseinreichung und Entscheid ein Nebeneinkommen erzielt hat.

Dass die im Rahmen des Eheschutzverfahrens Geschäft Nr. EE120088-E erfolgte Behauptung des Nebeneinkommens zur Begründung des vorinstanzlichen Entscheides herangezogen wurde, ist nicht zu beanstanden. Der Kläger bringt denn dagegen in der Beschwerde auch lediglich vor, in diesem Verfahren sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege ja gewährt worden. Der Beizug hat jedoch nicht zur Folge, dass prozessleitende Entscheide – selbst über gleiche Fragen – ohne Weiteres zu übernehmen sind. Es war unabhängig davon zu prüfen, ob die Voraussetzungen in dem Verfahren gegeben sind, in dem das Gesuch gestellt wurde. Somit kann der Kläger aus der Gutheissung seines Gesuchs in jenem Verfahren hier nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Sodann berief sich der Kläger zur Begründung seines Anspruchs auf das Gebot der Waffengleichheit. Dies ist zwar ein Aspekt, der für die Frage der Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung in Betracht zu ziehen ist, jedoch entfällt damit nicht die Voraussetzung der Mittellosigkeit. Alleine aus dem Gebot der Waffengleichheit kann jedenfalls kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege abgeleitet werden.

2.6.4. Zusammenfassend fehlten somit – abgesehen davon, dass schon zum Zeitpunkt der Begründung des Gesuchs von einem anderen Einkommen auszugehen war als vom Kläger mit seiner Rechnung dargestellt, und bei diesem Einkommen ein genügender Überschuss resultierte – substantiierte Behauptungen über das seit Gesuchseinreichung erzielte Einkommen, das Vermögen und über die tatsächliche Leistung von Unterhaltsbeiträgen und die Tilgung von Schulden.

Auch die Ausführungen an der Hauptverhandlung, welche im Rahmen der richterlich gewährten Gesuchsergänzung vorgetragen wurden, führten nicht zur erforderlichen Substantiierung und Glaubhaftmachung der finanziellen Verhältnisse. Muss das Gericht davon ausgehen, nicht vollständig über die Verhältnisse informiert worden zu sein, kann auch nicht mit der Vorlage einzelner Belege glaubhaft gemacht werden, dass Mittellosigkeit vorliege. Es wären nebst weiteren, konkreten Behauptungen noch Unterlagen beizubringen gewesen, welche ein umfassenderes Bild gestattet hätten, wie beispielsweise eine Steuererklärung oder Kontoauszüge mit sämtlichen Ab- und Zuflüssen.

Die Vorinstanz hat das Gesuch somit zu Recht abgewiesen. Die Beschwerde des Klägers ist unbegründet und deshalb abzuweisen.

### III.

Der Kläger stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2). Da in diesem Verfahren nach Praxis der Kammer keine Kosten zu erheben sind, erweist sich das Gesuch bezüglich der Gerichtskosten als gegenstandslos; diesbezüglich ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren ist abzuweisen. Zum einen fehlt es nach wie vor an substantiierten, umfassenden und durch Urkunden glaubhaft gemachten Vorbringen zur Mittellosigkeit. Zwar reichte der Kläger einen aktuellen Lohnausweis ins Recht, und brachte darüber hinaus vor, für ausstehende Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 14'995.40 betrieben worden zu sein, was er mit dem Zahlungsbefehl belegte (act. 4/3). Ausserdem führte der Kläger aus, monatliche Abzahlungen für Gerichtskosten von Fr. 100.– sowie für den Kredit von Fr. 700.– zu leisten. Die hierzu eingereichten Belege belegen jedoch (wie ausgeführt) nicht, dass solche Zahlungen (regelmässig) erfolgen. Sodann fehlen Behauptungen und Belege zum allfälligen Nebeneinkommen und zum aktuellen Stand des Vermögens. Der Kläger hat wiederum weder die Steuererklärung noch

Kontoauszüge eingereicht. Überdies muss die Beschwerde als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden, nachdem bereits im Gesuchszeitpunkt eine genügende Substantiierung sowie Unterlagen zur Glaubhaftmachung fehlten und die Vorinstanz zu Recht auch den Zeitraum bis zum Entscheid berücksichtigt hat, wobei der Kläger die ihm an der Verhandlung eingeräumte Möglichkeit zur Ergänzung nicht nutzte.

#### IV.

Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer – entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffassung – auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011).

Am Beschwerdeverfahren musste sich die Beklagte nicht beteiligen, weshalb ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es ist ihr deshalb auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Klägers um Befreiung von den Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Klägers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgendem Erkenntnis.
4. 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).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
3. Es wird der Beklagten für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Hinwil, 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.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: