

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss und Urteil vom 7. März 2022

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 23. November 2021; Proz. FP190035

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien wurden mit Urteil der Vorinstanz vom 25. Mai 2016 rechtskräftig geschieden. Der Beklagte wurde unter anderem verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Tochter C._____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von CHF 250.– zu bezahlen (act. 6/4/9).

1.2. Mit Klage vom 2. September 2019 gelangte die Klägerin an die Vorinstanz und beantragte in Abänderung des Scheidungsurteils die Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge. Gleichzeitig ersuchte sie um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab 9. April 2019 sowie Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter (act. 6/1). Nachdem am 29. Oktober 2019 eine Einigungsverhandlung stattgefunden hatte, zeigte Rechtsanwalt M.A. HSG in Law Z._____ der Vorinstanz an, dass er durch den Beklagten mandatiert worden sei (act. 6/9-10). Am 14. April 2020 ersuchte dieser um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt unentgeltlicher Verbeiständung durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law Z._____ (act. 6/17).

1.3. Nachdem aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu keiner Einigung geführt hatten, setzte die Vorinstanz der Klägerin mit Verfügung vom 1. Juli 2020 Frist zur Klagebegründung an, die am 5. Oktober 2020 erfolgte (act. 6/23 und 6/27). Daraufhin wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 27. Oktober 2020 Frist zu Klageantwort angesetzt (act. 6/29). Die Verfügung konnte dem Rechtsvertreter des Beklagten nicht zugestellt werden (act. 6/30) und dieser war für das Gericht nicht erreichbar (act. 6/33; vgl. auch act. 6/31), worauf am 8. Dezember 2020 dem Beklagten persönlich Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt wurde. Noch während laufender Frist zeigte Rechtsanwältin MLaw X._____ mit Eingabe vom 7. Januar 2021 die Vertretung des Beklagten an; sie erneuerte das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und beantragte ihre Beiordnung als unentgeltliche Rechtsvertreterin (act. 6/41). Die Frist zur Erstattung der Klageantwort wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 25. Januar 2021 abgenommen (act. 6/49). Nach-

dem die Rechtsanwältin des Beklagten in ihrer Eingabe vom 7. Januar 2021 auch die Frage der Postulationsfähigkeit des gegnerischen Rechtsanwalts aufgeworfen hatte, die Stellungnahme der Klägerin dazu erfolgt war und am 25. März 2021 eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hatte, stellte die Vorinstanz mit Verfügung vom 8. April 2021 fest, dass Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ nicht weiter berechtigt sei, die Klägerin zu vertreten (act. 6/41, 6/46, 6/53, 6/55 und act. 6/59). Daraufhin wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 26. April 2021 erneut Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 6/62). Mit Verfügung vom 23. August 2021 wurde dem Beklagten eine Nachfrist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt, die am 6. September 2021 erstattet wurde (act. 6/72 und 6/74).

Zwischenzeitlich hob das Obergericht des Kantons Zürich in Gutheissung der Beschwerde von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ die Verfügung vom 8. April 2021 auf und stellte fest, dass er zur Vertretung der Klägerin im vorliegenden Verfahren berechtigt sei (act. 6/68).

2. Mit Verfügung vom 23. November 2021 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung für die Zeit bis Ende April 2021 ab (act. 6/82 = act. 4/2 = act. 7). Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 13. Dezember 2021 (Datum Poststempel) Beschwerde (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-88). Das Verfahren ist spruchreif, zumal kein Ausnahmefall vorliegt, welcher die Anhörung der Klägerin zur Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gebieten würde (vgl. Art. 119 Abs. 3 ZPO). Auf die Ausführungen des Beklagten ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Beschwerdeentscheid relevant sind.

II.

1.1. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Mit ihr können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechts-

mittelanträgen versehen einzureichen (Art. 321 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

1.2. Die Beschwerde wurde innert Frist bei der Rechtsmittelinstanz erhoben (vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 2 i.V.m. act. 6/83). Sie ist begründet und mit Anträgen versehen (vgl. act. 2 S. 2). Dem Eintreten steht insoweit nichts entgegen.

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

2.1. Die Vorinstanz entschied über das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege lediglich für die Zeit bis Ende April 2021 und wies es mangels Mittellosigkeit ab (vgl. auch act. 7 S. 5 E. II.5.). Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung im April 2020 habe dem Beklagten mit seiner Ehefrau monatlich ein Gesamteinkommen von CHF 6'722.70 zur Verfügung gestanden. Davon seien CHF 780.75 dem Beklagten aus seiner Anstellung bei der D._____ ag anzurechnen (act. 7 S. 4 E. II.2.). Bei diesen Gesamteinnahmen und Gesamtausgaben von CHF 5'652.00 resultiere ein Überschuss von monatlich rund CHF 1'070.00. Selbst unter Berücksichtigung eines angemessenen Zuschlags auf den Grundbetrag im Bereich von ca. 20 % oder CHF 340.– erlaube dieser Überschuss die Tilgung der zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Prozesskosten ohne Weiteres (act. 7 S. 5 E. II.4.).

Den Entscheid für die Periode ab Anfang Mai 2021 vertagte die Vorinstanz auf unbestimmte Zeit mit der Begründung, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs stehe und diese zu verweigern sei, wo die gesuchstellende Partei gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf ein Einkommen verzichte oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert habe, nur um auf Staatskosten zu prozessieren. Der Beklagte habe vor dem weiteren Entscheid über sein Gesuch noch ausreichend darzutun und zu belegen, weshalb er auf die Erzielung eines Einkommens verzichte und

dass dies nicht im Hinblick auf den aktuellen Prozess geschehe (act. 7 S. 6 E. II.7).

2.2. In seiner Beschwerde moniert der Beklagte vorab, die stark verzögerte Beurteilung seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege laufe dem summarischen Charakter des Verfahrens zuwider und verletze das Fairnessgebot (act. 2 S. 5 Rz. 8).

Die Vorinstanz habe weiter die Lohnpfändung des Beklagten nicht berücksichtigt; ab März 2020 habe er lediglich noch einen Nettobetrag von CHF 329.– auf sein Konto erhalten. Ohnehin sei es willkürlich, den im April 2020 erzielten Lohn auch für weitere elf Monate anzunehmen, wenn dieser doch nachweislich aufgrund der Anstellung auf Stundenlohnbasis geschwankt habe (act. 7 S. 9 Rz. 13 f.). Die Vorinstanz habe auch völlig ausser Acht gelassen, dass der Beklagte ab September 2020 arbeitslos gewesen sei, obwohl die entsprechenden Belege bereits anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 25. März 2021 vorgelegt worden seien (act. 7 S. 10 Rz. 16). Sie habe auch nicht das Risiko der Erhöhung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt, obwohl dies gerade das Prozessthema darstelle. Die Vorinstanz hätte berücksichtigen müssen, dass der zeitweise bestehende, marginale Überschuss vielmehr zuerst zugunsten der eingeklagten Unterhaltserhöhung eingesetzt werden müsste (act. 7 S. 11 f. Rz. 19). Weiter sei die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nicht ausreichend nachgekommen, wenn sie offenlasse, für welche Zeitdauer sie von dem fälschlicherweise zugrunde gelegten Überschuss ausgegangen sei und auf welche Höhe sich die von der Vorinstanz angenommenen Prozesskosten belaufen sollten (act. 7 S. 7 Rz. 11).

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs für die Periode ab Mai 2021 sei völlig aus der Luft gegriffen und geradezu willkürlich. So habe der Beklagte die Stelle bei der D._____ ag erst im Januar 2020 angetreten, also mithin nach der Einigungsverhandlung vom 29. Oktober 2019, anlässlich welcher er anscheinend über die theoretische Möglichkeit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens orientiert worden sei. Hätte der Beklagte rechtsmissbräuchliche Absichten verfolgt, hätte er die Stelle bei der D._____ ag nach der Verhandlung wohl mit Bestimmtheit gar nicht erst angetreten. Die Stelle habe er weder im Hinblick auf

seine Unterhaltsverpflichtungen noch im Hinblick auf die anfallenden Prozesskosten, sondern aus gesundheitlichen Gründen gekündigt (act. 7 S. 14 ff. Rz. 26 ff.). Die Vorinstanz lege mit keinem Wort dar, wie sie zur Auffassung gelange, dass der Beklagte die Stelle bei der D. _____ ag in rechtsmissbräuchlicher Weise aufgegeben haben könnte. Vielmehr drehe sie den Spiess um, indem sie der Auffassung sei, der Beklagte müsse zuerst noch weiter dartun, dass er die Stelle nicht in rechtsmissbräuchlicher Absicht mit Blick auf die Beantragung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgegeben habe. Die Vorinstanz verlange vom Beklagten die Erbringung des (Voll)Beweises für eine Negativtatsache, die naturgemäss nicht erbracht werden könne. Selbst wenn dem Beklagten wider Erwarten doch ein hypothetisches Einkommen in der Höhe des im April 2020 erzielten Verdienstes von CHF 780.75 angerechnet würde, wäre der prozessuale Notbedarf der Ehegatten seit Mai 2021 nicht mehr gedeckt. Die verweigerte Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege für die Zeit ab Mai 2021 komme mithin einer Rechtsverweigerung gleich (act. 7 S. 17 Rz. 31). Indem die Vorinstanz das Gesuch lediglich teilweise beurteile, verschärfe sie überdies die geltenden Vorgaben, wonach ein monatlicher Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben müsste, die Gesamtkosten innert ein bis zwei Jahren zu tilgen (act. 7 S. 7 f. Rz. 12).

3.1. Wie der Beklagte zu Recht vorbringt, ist über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden, bevor die gesuchstellende Partei weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte unternehmen muss (BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2. unter Hinweis auf BGer 1P.345/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.3.; bestätigt in BGer 8C_911/2011 vom 4. Juli 2012 E. 6.1. m.w.H.; BGer 5A_587/2014 vom 5. September 2014 E. 2.4.3.; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015 E. 4.6.; vgl. auch OGer ZH PF180026 vom 5. Juli 2018 E. II.2.1.). Vorliegend entschied die Vorinstanz über das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erst nach der Instruktionsverhandlung (VI Prot. S. 12 f.) und der Erstattung der Klageantwort vom 6. September 2021 (act. 74), die einen erheblichen Aufwand und entsprechend Kosten generierten. Das erstmalig gestellte Gesuch des Beklagten war zu diesem Zeitpunkt bereits 20 Monate und das aktualisierte Begehren elf Monate alt (act. 6/17 und 6/41). Wieso die Vorinstanz mit ihrem Ent-

scheid so lange zugewartet hat, ist nicht zu erkennen, zumal ihr sämtliche Unterlagen zur Beurteilung per Gesuchseinreichung spätestens an der Instruktionsverhandlung eingereicht worden waren. Der Beklagte hält zu Recht dafür, dass die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, zu einem früheren Zeitpunkt – vor der Erbringung umfangreicher Leistungen durch die Rechtsvertreterin – zu entscheiden, falls sie beabsichtigte, das Gesuch abzuweisen (vgl. act. 2 Rz. 21).

3.2. Ferner geht – entgegen der vorinstanzlichen Feststellung – aus der Lohnabrechnung des Monats März 2020 nicht hervor, dass der Beklagte von der D._____ ag CHF 780.75 ausbezahlt erhielt (vgl. act. 7 S. 4 E. II.2. mit Verweis auf act. 6/56/1/3). Die vom Beklagten behauptete Lohnpfändung ergibt sich zwar nicht ohne Weiteres aus der Abrechnung; aus sämtlichen Lohnabrechnungen der Monate März bis Juli 2020 geht allerdings hervor, dass auf sein Bankkonto bei der E._____ Bank AG lediglich CHF 329.– monatlich ausbezahlt wurden (act. 6/56/1/2-6 unterste Zeile; dass es sich beim fraglichen Konto um dasjenige des Beklagten handelt, ergibt sich aus der Lohnabrechnung von Februar 2020, act. 6/56/1/1 unterste Zeile). Der darüberhinausgehende Betrag wurde jeweils auf ein anderes Konto bei der F._____ überwiesen. Aufgrund dieser Zweiteilung erscheint es glaubhaft, dass dem Beklagten der über CHF 329.– hinausgehende Betrag nicht zur Verfügung stand. Entsprechend hat die Vorinstanz das Einkommen des Beklagten – und damit das Gesamteinkommen – nicht korrekt festgestellt. Es wird sich zeigen, dass die Beschwerde auch im Ergebnis begründet und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben ist.

4. Da das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege spruchreif ist, ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

4.1. Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten verschlechterten sich im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens (Arbeitslosigkeit ab September 2020, Einkommenspfändung bei der Ehefrau ab Mai 2021). In Bezug auf die Frage, wie solche Veränderungen resp. gestützt auf welchen Zeitpunkt die wirtschaftlichen Verhältnisse zu beurteilen sind, bestehen unterschiedliche Ansichten. Während gemäss Bundesgericht zur Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs abzustellen ist (vgl. BGE 135

I 221 E. 5.1.; beispielhaft bestätigt in BGer 5A_331/2016 vom 29. November 2016 E. 2.2. oder BGer 4A_250/2019 vom 7. Oktober 2019 E. 2.4.1.), ist ein Teil der Lehre der Ansicht, dass Veränderungen im Laufe des Verfahrens ebenfalls zu berücksichtigen seien (vgl. HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 117 N 20 f.; BK ZPO-BÜHLER, Art. 119 N 50; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 119 ZPO N 9). Letzteren Standpunkt scheint auch die Vorinstanz zu vertreten, zumal sie das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab Mai 2021 – aufgrund der Lohnpfändung bei seiner Ehefrau – noch nicht abschliessend beurteilte (vgl. act. 7 S. 5 f. E. II.6. f.).

Diese Frage kann jedoch im vorliegenden Fall offengelassen werden; der Beklagte ist selbst ausgehend vom Zeitpunkt des Gesuchs, als seine finanziellen Verhältnisse am besten waren, als mittellos anzusehen. Sein Einkommen ist per Gesuchseinreichung auf CHF 329.– festzusetzen (s. vorstehende E. II.3.2.). Das von der Vorinstanz festgehaltene Einkommen seiner Ehefrau von CHF 5'941.95 blieb unbeanstandet (vgl. act. 2 S. 18 Rz. 33). Daraus folgt ein Gesamteinkommen von rund CHF 6'270.–, dem ein zivilprozessualer Notbedarf von rund CHF 5'990.– entgegensteht (vgl. act. 7 S. 5 E. II.4. und act. 2 S. 18 Rz. 33). Damit betrug der monatliche Überschuss bei Gesuchseinreichung lediglich rund CHF 280.–. Wie die Vorinstanz korrekt darlegt, ist dieser Überschuss mit den zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Dabei sollte der monatliche Überschuss eine Tilgung der Prozesskosten binnen eines (bei weniger aufwendigen Prozessen) bzw. binnen zweier Jahre (bei aufwendigeren Prozessen) ermöglichen (act. 7 S. 4 E. II.1 mit Verweis auf HUBER, a.a.O., Art. 117 N 17 m.w.H.). Es kann davon ausgegangen werden, dass alleine die zu erwartenden Gerichtskosten CHF 3'360.– (12 x CHF 280.–) resp. – falls das Verfahren komplex werden sollte – CHF 6'720.– (24 x CHF 280.–) übersteigen würden. Im Streit liegt eine Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge über verschiedene Phasen von gesamthaft über CHF 100'000.– (vgl. 2 S. 11 Rz. 18 mit Verweis auf act. 6/27), was auch eine Grundgebühr nach § 4 Abs. 1 GebV OG und damit über CHF 8'750.– rechtfertigen würde (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und 2 GebV OG). Zudem fanden bereits zwei Verhandlungen statt, wobei die Hauptverhandlung noch aussteht. Die Anwaltskosten dürften sich im ähnlichen Rahmen bewegen.

Mit dem vorstehend dargelegten Überschuss kann der Beklagte die zu erwartenden Kosten des Prozesses nicht decken. Folglich ist die Mittellosigkeit des Beklagten für das gesamte Verfahren zu bejahen. Eine separate Beurteilung für die Periode ab September 2020 (Stellenaufgabe des Beklagten) oder spätestens ab Mai 2021 (Lohnpfändung bei der Ehefrau), als sich die wirtschaftlichen Verhältnisse verschlechterten, erübrigt sich damit.

4.2.1. Damit kann grundsätzlich auch die von der Vorinstanz aufgeworfene Frage offengelassen werden, ob dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege für den Zeitraum ab Mai 2021 aufgrund rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu verweigern sei (act. 7 S. 6 E. II.7.). Dazu nur soviel:

Rechtsmissbrauch ist nur dann anzunehmen, wenn ein Gesuchsteller gerade mit der – als innere Tatsache nur mittelbar (durch Indizien) nachweisbaren – Absicht auf Einkommen verzichtet oder Vermögen entäussert hat, um in einem zu führenden oder bereits rechtshängigen Prozess in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen (BK ZPO-BÜHLER, Vorbemerkungen zu Art. 117–123 N 66). Die von der Vorinstanz in den Raum gestellten Indizien dürften nicht genügen, um beim Beklagten von Rechtsmissbrauch auszugehen. Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 29. Oktober 2019 wurde der Beklagte zwar auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hingewiesen (VI Prot. S. 4); dieser Hinweis betraf allerdings klarerweise die Möglichkeit, ein solches im Rahmen der familienrechtlichen Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen, zumal der Beklagte in diesem Zeitpunkt noch gar kein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat. Der Umstand, dass der Beklagte sodann auch nach der Einigungsverhandlung weiterhin arbeitete und wieder seine Stelle bei der D. _____ ag antrat, spricht eher dagegen, dass er im Juli 2020 – und damit rund zehn Monate nach Einleitung des Verfahrens – die Stelle nur kündigte, weil er von der unentgeltlichen Rechtspflege profitieren wollte. Auch kann aus der Tatsache, dass im eingereichten Arztbericht von keiner Arbeitsunfähigkeit die Rede ist, nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beklagten im Rahmen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geschlossen werden (vgl. act. 6/75/22). Immerhin bestätigt der Bericht ein chronisches Leiden beim Beklagten, das ledig-

lich bei Arbeiten in sitzender oder wechselnden Positionen zu keiner Arbeitsunfähigkeit führt (vgl. act. 6/75/23). Dabei scheint nicht völlig aus der Luft gegriffen, dass der Beklagte bei seiner Arbeit im Verkehrsdienst vorwiegend stand und die Stelle deswegen kündigte (vgl. act. 2 S. 15 Rz. 30).

Zusammenfassend sind aktuell keine Indizien erkennbar, die darauf schliessen lassen, dass der Beklagte absichtlich auf Einkommen verzichtet(e), um im vorinstanzlichen Verfahren in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen.

4.2.2. Anzumerken ist, dass der Beklagte selbst unter Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens in Höhe von CHF 910.– (vgl. act. 7 S. 6 E. II.7.) nicht in der Lage wäre, Prozesskosten zu übernehmen. Dem hypothetischen Gesamteinkommen von CHF 5'478.– ab Mai 2021 stände der vorinstanzlich festgestellte Gesamtbedarf der Eheleute von CHF 5'652.– gegenüber. Dass die Ehefrau in dieser Zeitspanne sämtliche gemeinsame Lebenshaltungskosten übernehme, wie die Vorinstanz ausführt (vgl. act. 7 S. 5 E. II.6), ändert nichts an dieser Tatsache.

4.3. Das vorinstanzliche Verfahren kann nicht als aussichtslos bezeichnet werden, weshalb dem Beklagten die unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren zu gewähren ist. Dem Beklagten ist zudem in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, nachdem das vorinstanzliche Verfahren aufgrund der Unterhaltsberechnungen komplex und die Klägerin ebenfalls anwaltlich vertreten ist. Der Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass sowohl für die unentgeltliche Rechtspflege wie auch die unentgeltliche Rechtsbeiständung die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO vorbehalten bleibt, was bedeutet, dass der Beklagte zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist.

III.

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 fal-

len damit ausser Ansatz (vgl. § 200 lit. a GOG ZH), 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.; vgl. auch OGer ZH PC210004 vom 31. März 2021 E. III.).

Die dem Beklagten zu entrichtende Entschädigung ist unter Berücksichtigung von § 13 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf CHF 1'500.– zzgl. MwSt. festzusetzen. Die Entschädigung ist dem Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse auszurichten. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren wird damit gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirks Winterthur vom 23. November 2021 aufgehoben.

Dem Beklagten wird für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihm Rechtsanwältin MLaw X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Die Entscheidunggebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
3. Dem Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von CHF 1'500.– zzgl. 7.7 % MwSt. zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeschrift samt Beilagen (act. 2 und 4/2-10), sowie an das Bezirksgericht Winterthur, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: