

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC220031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

## **Beschluss und Urteil vom 11. November 2022**

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 20. Juni 2022; Proz. FE210062**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien heirateten am tt.mm.2016 in C.\_\_\_\_\_ ZH (act. 6/1). Mit Eingabe vom 1. Juni 2021 machten sie ein gemeinsames Scheidungsbegehren am Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon (fortan Vorinstanz) anhängig (act. 6/1+3).

2.1 Mit Eingabe vom 9. September 2021 beantragte der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) – nebst vorsorglichen bzw. superprovisorischen Massnahmen – unter anderem die unentgeltliche Rechtspflege sowie Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin und begründete diesen Antrag, wobei er das entsprechende Gesuch mit Eingabe vom 14. September 2021 sowie anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2021 erneut stellte (act. 6/26; act. 6/34; Prot. Vi S. 11).

2.2 Mit Vorladung vom 20. September 2021 wurden die Parteien zur Anhörung und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (superprovisorische Massnahmenanträge und Prozesskostenvorschuss) auf den 26. Oktober 2021 vorgeladen (act. 6/37). Während der Verhandlung vom 26. Oktober 2021, anlässlich welcher im Wesentlichen Einigungsgespräche geführt wurden und die gemeinsame und getrennte Anhörung stattfand (vgl. Prot. Vi S. 9-17), kam zwischen den Parteien eine Teil-Scheidungsvereinbarung zustande (act. 6/45; Prot. Vi S. 15). Die Fortsetzung der Verhandlung fand nach Vorladung und anschliessender Verschiebung am 10. März 2022 statt, anlässlich welcher die Parteien zu ihren finanziellen Verhältnissen befragt wurden und wiederum Einigungsgespräche geführt wurden (act. 6/46; act. 6/50; Prot. Vi S. 19-32). Nach ausgebliebener Einigung anlässlich der Verhandlung vom 10. März 2022 (vgl. Prot. Vi S. 32) und nach wie vordem pendingen Anträgen betreffend vorsorglicher Massnahmen (Prot. Vi S. 19) erging die Verfügung der Vorinstanz vom 10. März 2022, wonach die Teil-Scheidungsvereinbarung – im Einverständnis der Parteien (act. 6/65; Prot. Vi S. 21 f.) – im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens gilt (act. 6/68). Mit Verfügung vom 29. März 2022 verteilte die

Vorinstanz anschliessend die Parteirollen und setzte Frist zur Klagebegründung an (act. 6/69).

2.3 Nach Eingang der Klagebegründung wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Juni 2022 – unter Ansetzung der Frist zur Klageantwort – unter anderem das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 6/74-75/1-23; act. 6/78 = act. 5, fortan zitiert als act. 5).

3. Gegen die Abweisung seines Gesuchs reichte der Beklagte am 21. Juli 2022 (Poststempel) hierorts seine Beschwerde ein und beantragte Folgendes (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 3 der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 20. Juni 2022 betreffend Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege aufzuheben und dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren betreffend Ehescheidung vor der Beschwerdegegnerin unter Beiordnung der Unterzeichnenden als unentgeltliche Rechtsbeiständin vollumfänglich zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin.

Des Weiteren stelle ich folgenden prozessualen Antrag:

Dem Beschwerdeführer sei für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung der Unterzeichnenden als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu gewähren."

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-87). Eine Stellungnahme der Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan Klägerin) ist nicht einzuholen, weil sie vom Entscheid betreffend die Frage, ob dem Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, in ihren Interessen nicht berührt ist (BGE 139 III 334 E. 4.2 m.w.H.). Lediglich zur Kenntnisnahme sind ihr dennoch die Doppel von act. 2 und act. 4/2-21 zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innert zehn Tagen schriftlich, mit Rechtsmittelanträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. Aufl. 2016, Art. 326 N 3 f.).

2. Die Beschwerde vom 21. Juli 2022 wurde rechtzeitig mit den obgenannten Anträgen und unter Einhaltung der weiteren Formvorschriften bei der Kammer als zuständige Beschwerdeinstanz eingereicht (act. 2; act. 6/79/2 zur Rechtzeitigkeit), weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist. Auf die einzelnen Vorbringen ist nachfolgend insoweit einzugehen, als diese für die Entscheidungsfindung erforderlich sind.

## III.

1.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos ist und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos erscheint. Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Es kann zunächst auf die Ausführungen der Vorinstanz zu den rechtlichen Grundlagen verwiesen werden (vgl. act. 5 E. II./3.1 f.). In Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen ist festzuhalten, dass über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege im summarischen Verfahren zu entscheiden ist (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Ein schriftliches Gesuch ist begründet einzureichen, wobei der Aktenabschluss im Rahmen eines Summarverfahrens grundsätzlich nach einmaliger Äusserungsmöglichkeit eintritt. Eine Partei kann sich im summarischen Verfahren insbesondere nicht auf eine zweite Äusserungsmöglichkeit verlassen, weshalb

das Gesuch bereits substantiiert zu begründen ist (BGE 146 III 237 E. 3.1). Über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist zu entscheiden, bevor die gesuchstellende Partei weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte zu unternehmen hat (BGer 4A\_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2; 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 sowie OGer ZH PC210050 vom 7. März 2022 E. II./3.1).

1.2 Bei der Beurteilung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege gilt die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime; sie wird durch das Antragsprinzip sowie die Offenlegungs- und Mitwirkungsobliegenheiten der gesuchstellenden Person eingeschränkt. Es obliegt der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und sie zu belegen sowie sich zur Sache und über die Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. BGer 5A\_949/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.2 m.w.H; vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 3. Aufl. 2021, Art. 119 N 10; ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 6). Bei Vorliegen eines unvollständigen oder unklaren Gesuchs muss bei einer anwaltlich vertretenen Partei jedoch auch bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht nachgefragt werden bzw. es ist keine Nachfrist zur Gesuchsverbesserung anzusetzen (BGer 4A\_622/2020 vom 5. Februar 2021 E. 2.4; bestätigt in BGer 4A\_257/2021 vom 6. September 2021 E. 2.1). Denn die gerichtliche Fragepflicht darf insbesondere nicht dazu dienen, die zumutbare Mitwirkung einer Partei an der Feststellung des Sachverhalts zu ersetzen oder prozessuale Nachlässigkeiten einer Partei – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – auszugleichen (BGE 146 III 413 E. 4.2; vgl. auch LF200067 vom 11. März 2021 E. 4.6).

2. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels Darstellung der Vermögensverhältnisse und folglich mangels ausgewiesener Bedürftigkeit ab. Der Beklagte habe sich zu seinen Vermögensverhältnissen im Rahmen des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege mit keinem Wort geäussert. Zur dem Gericht bekannten Liegenschaft im Al-

leineigentum des Beklagten habe er weder Angaben zum Wert, zur Belehnung noch zur möglichen Erhöhung der Hypothekarschuld gemacht. Da der Beklagte anwaltlich vertreten sei, obliege dem Gericht keine weitere Abklärungspflicht in Bezug auf den Sachverhalt, weshalb das Gesuch als unvollständig zu gelten habe (act. 5 E. II./5).

3. Der Beklagte macht in seiner Beschwerde zusammengefasst geltend, dass die Vorinstanz einerseits über umfassende Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Beklagten verfügt habe, wobei bereits am 1. Juni 2021 die notwendigen Belege für einen Überblick zur finanziellen Situation eingereicht worden seien. Andererseits habe die Vorinstanz den Parteien – insbesondere auch anlässlich der beiden stattgefundenen Verhandlungen – keine Möglichkeit gegeben, sich zu den Gesuchen um Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege zu äussern. Zumal anlässlich der zweiten Verhandlung auf Nachfrage der Klägerin, ob sie sich zum Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege äussern könne, in Verneinung der Frage mitgeteilt worden sei, dass darüber nicht jetzt entschieden werde. Insbesondere zum Vermögen bzw. zur Liegenschaft sowie zur Einkommens- und Ausgabesituation hätte der Beklagte sich anlässlich der ersten Verhandlung im Rahmen des Plädoyers, welches schlussendlich nicht gehalten worden sei, noch näher äussern wollen. Dies habe der Beklagte anlässlich der Anhörung vom 26. Oktober 2021 moniert, wobei er ausgeführt habe, dass so viel vorbereitet worden sei, die Parteien sich aber kaum hätten äussern dürfen. Da aus dem Protokoll nicht ersichtlich sei, dass er sich dazu hätte äussern wollen, beantrage er den Beizug der Audiodatei, wobei auch zeitnah ein Protokollberichtigungs-gesuch eingereicht werde. Er habe sich nicht geweigert, die erforderlichen Angaben und Belege über die finanzielle Gesamtsituation offenzulegen, sondern weitere Ausführungen seien bis dato nicht zugelassen worden und zur Einreichung weiterer Unterlagen sei nicht aufgefordert worden. Ebenso sei entgegen mehrfacher Ankündigung überraschend noch vor der Hauptverhandlung über den Antrag entschieden worden, womit – aufgrund nicht zugelassener weiterer Äusserungen – auch das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt worden sei. Insgesamt könne ihm nicht vorgeworfen werden, das Gesuch nicht ausreichend dokumentiert zu haben und sich zur Mitwirkung geweigert zu haben. Schliesslich seien die

Ausführungen der Vorinstanz betreffend die nicht notwendige Nachfristansetzung bei anwaltlicher Vertretung aufgrund des damaligen Verfahrensstands nicht einschlägig, wobei auch anwaltlich vertretenen Parteien die Möglichkeit zu geben sei, offensichtlich fehlende Unterlagen und Angaben nachzureichen (act. 2 S. 6 ff.).

4.1 Im vorliegenden Verfahren reichte der Beklagte am 9. September 2021 sein begründetes Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ein. Die Vorinstanz entschied erst neun Monate später, am 20. Juni 2022, nach zwei Verhandlungen und erstatteter Klagebegründung mit gleichzeitiger Fristansetzung zur Klageantwort über das Gesuch des Beklagten (vgl. obige E. I./2.1 ff.). Diese prozessualen Schritte nach Einreichen des obgenannten, begründeten Gesuchs des Beklagten generierten einen erheblichen Aufwand und entsprechende Kosten. Wieso die Vorinstanz mit ihrem das Gesuch des Beklagten abweisenden Entscheid so lange zugewartet hat, ist nicht zu erkennen, zumal ihr sämtliche Unterlagen seit September 2021 vorgelegen hatten. Das Vorgehen der Vorinstanz ist zu bemängeln und verstösst gegen Treu und Glauben sowie das Fairnessgebot nach Art. 29 Abs. 1 BV.

4.2 Damit ist dem Beklagten für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids entsprechend aufzuheben. Folglich ist der Antrag auf Beizug der Audiodatei abzuschreiben. Aufgrund der plausibeln Ausführungen des Beklagten, wonach das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege immer wieder thematisiert worden sei und die Parteien auf später getröstet worden seien (act. 2 S. 8 und 12), konnte von ihm im vorinstanzlichen Verfahren nicht verlangt werden, explizit die Verletzung des Rechts auf Vorausbeurteilung des Gesuchs geltend zu machen. Folglich ist die Kostenbefreiung bzw. die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren vorliegend zeitlich nicht zu begrenzen. Ein künftiger Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 120 ZPO bleibt vorbehalten.

Ebenso ist der Beklagte gemäss Art. 123 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist.

4.3 In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen ist der Vollständigkeit halber jedoch darauf hinzuweisen, dass die Bedürftigkeit des Beklagten mangels Ausführungen des Beklagten zu seinen Vermögensverhältnissen bzw. insbesondere betreffend die Liegenschaft in seinem Alleineigentum und unzureichender Dokumentation in den Akten nicht ausgewiesen gewesen wäre. Obwohl das Zusammensuchen von Informationen aus den Akten – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts ist, geht aus den vorinstanzlichen Akten hervor, dass der Beklagte Alleineigentümer einer Liegenschaft ist, eine Festhypothek mit einem Darlehensbetrag von Fr. 250'000.– und einem Zinssatz von 2.26 % besteht und in der Steuererklärung 2020 ein Verkehrswert der Liegenschaft in der Höhe von Fr. 587'000.– angegeben ist (act. 6/11/1; act. 6/11/8; act. 6/12/1; act. 6/56/5). Auch unter Einbezug dieser im Recht liegenden Unterlagen ist in Bezug auf die Liegenschaft des Beklagten jedoch deren aktueller Wert offengeblieben. Ebenfalls unklar geblieben ist insbesondere, wie es beispielsweise mit einer Erhöhung der Hypothekarschuld ausgehen hätte, zumal im Zusammenhang mit der Frage der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege jeweils auch ein allfälliger Verkauf oder die Vermietung der Liegenschaft in Betracht zu ziehen ist. Aufgrund des Novenverbots nicht zu berücksichtigen gewesen wäre vorliegend die mit der Beschwerde neu eingereichten Unterlagen wie das Schreiben der Bank D.\_\_\_\_\_ betreffend Nichterhöhung der Hypothek (act. 4/21).

Entgegen den Vorbringen des Beklagten in seiner Beschwerdeschrift war die Vorinstanz entsprechend der obgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht verpflichtet (vgl. obige E. III./1.2), der anwaltlich vertretenen Partei Gelegenheit zu geben, sich nach Einreichung des begründeten Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nochmals zum Gesuch zu äussern bzw. eine Nachfrist zur Gesuchsverbesserung anzusetzen. Ferner besteht im Summarverfahren grundsätzlich kein Anspruch auf eine zweite Äusserungsmöglichkeit. So ist den vorinstanzlichen Akten auch nicht zu entnehmen, dass die Vor-

instanz den Parteien je in Aussicht gestellt hätte, sich nochmals zu den Gesuchen um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Rechtspflege äussern zu dürfen. Selbst wenn der Beklagte – wie auch im Protokollberichtigungsverfahren (vgl. PC220039) geltend gemacht – anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2021 geäußert haben sollte, dass für die Verhandlung "so viel vorbereitet worden sei und sie sich kaum hätten äussern dürfen", würde diese pauschale Ausführung nichts an der unvollständigen Gesuchsbegründung betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ändern, zumal auch eine Gesuchsergänzung durch den Beklagten nie eingereicht oder zumindest in Aussicht gestellt wurde.

#### IV.

1. Ficht eine Partei vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erfolgreich an, so gilt der Kanton als unterliegende Partei nach Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Kosten für das vorliegende Verfahren fallen damit ausser Ansatz (vgl. § 200 lit. a GOG ZH) und der obsiegenden Partei ist aus der Staatskasse eine Parteientschädigung zuzusprechen (BGE 140 III 501 E. 4.3; BGer 4D\_24/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.2.; vgl. auch OGer ZH PC210050 vom 7. März 2022 E. III.).
2. 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 Fr. 1'500.– zzgl. MwSt. festzusetzen. Die Entschädigung ist dem Beklagten aus der Gerichtskasse zu entrichten. Das im vorliegenden Verfahren neu gestellte Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wird 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. Der Antrag des Beklagten auf Beizug der Audiodatei der vorinstanzlichen Verhandlung vom 26. Oktober 2021 wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. Juni 2022 aufgehoben.

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

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
3. Dem Beklagten wird für das Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zzgl. 7.7% MwSt. zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 2 und act. 4/2-21, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw T. Rumpel

versandt am: