

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC240031-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 Gerichtsschreiberin MLaw L. Kappeler

Beschluss und Urteil vom 11. Februar 2025

in Sachen

A._____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Ehescheidung (Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 28. August 2024; Proz. FE230011

Erwägungen:

1.

1.1. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) und die Beklagte stehen sich seit dem 10. Februar 2023 vor dem Bezirksgericht Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren gegenüber (vgl. act. 8/1). Aus der Ehe gingen die Kinder C._____ (geb. tt.mm.2013) und D._____ (geb. tt.mm.2016) hervor (act. 8/4/2).

1.2. Anlässlich der Instruktionsverhandlung und zweiten Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 10. Januar 2024 stellte der Beschwerdeführer ein vorerst unbegründetes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Protokoll VI S. 30). Mit Eingabe vom 29. Januar 2024 erfolgte die Begründung des Gesuchs (act. 8/59). Am 5. August 2024 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Eingabe betreffend sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ein (act. 8/106). Mit Verfügung vom 28. August 2024 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers vollumfänglich ab (act. 8/110 = act. 4/2 = act. 7 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 7).

1.3. Gegen diese Verfügung der Vorinstanz erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 25. September 2024 fristgerecht (vgl. act. 8/112/1) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich, beantragte die aufschiebende Wirkung der Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 28. August 2024 im Verfahren FE 230011 betreffend Abweisung des Gesuchs auf unentgeltliche Rechtspflege sei aufzuheben.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung sei gutzuheissen.
3. Eventualtief sei das Gesuch auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung vom 10. Januar 2024 (inklusive der Vorbereitung zur Verhandlung) bis zum 28. August 2024 gutzuheissen.
4. Es sei dem Beschwerdeführer für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, und es sei ihm Rechtsanwältin X._____, ... [Adresse], zum unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.

5. Gegen Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten der Staatskasse."

1.4. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2024 trat die hiesige Kammer auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht ein (act. 5). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-121 und act. 9/122-155). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Der Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Die Beschwerde ist innert zehn Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Offensichtlich unrichtig ist die Feststellung des Sachverhalts nur dann, wenn sie schlechthin unhaltbar, also willkürlich ist (CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, 2021, Art. 320 N 8). Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit der Sachverhaltsfeststellung stehen, prüft die Beschwerdeinstanz mit freier Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). Dazu gehören etwa die Beanstandungen, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung ein unrichtiges Beweismass angewendet, das Recht auf Beweis bzw. rechtliches Gehör verletzt, eine unrichtige Verteilung der Behauptungs- bzw. Beweislast vorgenommen, die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) verletzt oder überspannte Substantiierungsanforderungen gestellt. Demgegenüber stellen die Bewertung der Beweismittel (Beweiswürdigung) und die Frage, ob der Beweis unter Anwendung des massgeblichen Beweismasses erbracht ist, Tatfragen dar, die nur auf offensichtliche Unrichtigkeit – d.h. Willkür – hin überprüft werden können (BGE 138 III 232, E. 4.1.2; OGer ZH PS230085 vom 3. Juli 2023, E 2.2. m.w.H.). Aufgrund der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) ist eine Motivsubstitution zulässig, d.h. die Beschwerdeinstanz kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung ab-

weisen (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1. 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 nach Art. 117 ZPO wird bejaht, wenn eine Partei die erforderlichen Prozesskosten nur mithilfe von Mitteln bezahlen kann, derer sie zur Deckung des notwendigen Bedarfs für sich und ihre Familie bedarf, wobei nicht nur die Einkommenssituation, sondern auch die Vermögensverhältnisse beachtlich sind (BGE 124 I 1, E. 2.a). Sie beurteilt sich dabei nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (vgl. BGE 141 III 369, E. 4.1, BGE 139 III 475, E. 2.2.). Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem zivilprozessualen Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und es ist jeweils danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BK ZPO I-BÜHLER, Art. 117 N 222 m.w.H.; BGE 135 I 221, E. 5.1).

3.2. Die gesuchstellende Person hat nach Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. Es trifft sie eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die Mitwirkungspflicht eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. An die klare und gründliche Darstellung der finanziellen Situation durch die gesuchstellende Person selbst dürfen umso höhere Anforderungen gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind. Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin

dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht indessen nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn die anwaltlich vertretene, gesuchstellende Person ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweis abgewiesen werden (OGer ZH PC240010 vom 21. August 2024, E. 4; BGer 5A_949/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.2. m.w.H.)

4. Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid damit, der Beschwerdeführer erscheine nicht als mittellos. Sie erwog dazu, das geltend gemachte Einkommen von Fr. 7'600.– sei ausgewiesen (act. 7 E. 3.3.). Jedoch erscheine der behauptete monatliche Bedarf für ihn und die bei ihm lebenden Kinder im Gesamtbetrag von Fr. 8'338.15 (für sich selber Fr. 5'529.15, für D._____ Fr. 1'270.– und für C._____ Fr. 1'539.–) in verschiedenen Positionen als überhöht (act. 7 E. 3.4.). So übersteige der für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung geltend gemachte Betrag von Fr. 61.– pro Monat den gerichtsnotorischen Betrag von Fr. 30.– pro Monat erheblich (act. 7 E. 3.4.2.). Die Kommunikationskosten im Betrag von Fr. 150.– seien sodann unbelegt, bereits im Grundbetrag enthalten und nicht zusätzlich zu berücksichtigen (act. 7 E. 3.4.3.). Weiter stütze der Beschwerdeführer regelmässige Gesundheitskosten im Betrag von Fr. 261.– auf die selbstgetragenen Gesundheitskosten im Jahr 2023. Es sei aber nicht ersichtlich, dass diese Kosten auch in Zukunft anfallen würden. Eine chronische Erkrankung oder regelmässige ärztliche Behandlung ergebe sich nicht aus den Akten (act. 7 E. 3.4.4.). Ebenfalls rechne der Beschwerdeführer Fr. 200.– pro Kind für die Betreuungskosten ein, ohne dass ihm aber entsprechende Fremdbetreuungskosten entstehen würden (act. 7 E. 3.4.5.). Weiter seien dem Beschwerdeführer keine Mobilitätskosten anzurechnen. Insbesondere sei ihm kein Betrag von Fr. 85.– für den Transport der Kinder zur Kindsmutter anzurechnen. Einerseits seien private Fahrten nicht zu berücksichtigen, andererseits betreue die Kindsmutter die Kinder derzeit nicht (act. 7 E. 3.4.7. f.). Sodann nehme der Beschwerdeführer eine pau-

schale Erhöhung der Grundbeträge um 25% im Gesamtbetrag von Fr. 587.50 vor, ohne jedoch darzulegen, weshalb ein pauschaler Zuschlag im konkreten Fall gerechtfertigt wäre (act. 7 E. 3.4.1.). Schliesslich seien die geltend gemachten Rückzahlungen für Schulden im Betrag von Fr. 1'036.65 nicht anzurechnen, da lediglich Zahlungsbelege für die Monate Mai, Juni und Juli 2024 eingereicht worden seien, nicht aber für die Monate Januar bis April 2024. Somit sei die zuverlässige und andauernde Schuldentrückzahlung nicht glaubhaft (act. 7 E. 3.4.6.). Insgesamt ging die Vorinstanz von einem monatlichen Überschuss von Fr. 1'903.– und auf zwei Jahr hochgerechnet von über Fr. 45'000.– aus. Gemäss Vorinstanz erscheine es dem Beschwerdeführer damit ohne Weiteres möglich, die anfallenden Kosten innert absehbarer Zeit selbst zu decken. Selbiges würde auch gelten, wenn die Schuldentrückzahlung als belegt angesehen würde, da auch dann ein Überschuss von Fr. 866.35 resultieren würde (act. 7 E. 3.5. f.).

5.

5.1. Der Beschwerdeführer wendet sich in seiner Beschwerde gegen die vorinstanzliche Feststellung, er sei nicht mittellos. Er macht dabei bei einem Einkommen von Fr. 7'600.– einen Bedarf für sich und die beiden bei ihm lebenden Kinder von insgesamt Fr. 7'817.40 geltend, davon Fr. 5'384.– für sich selber, Fr. 1'082.20 für D._____ und Fr. 1'351.20 für C._____. Darauf ist nachfolgend soweit notwendig einzugehen.

5.2. Soweit der Beschwerdeführer Grundbeträge von Fr. 1'350.– für sich, Fr. 600.– für C._____ und Fr. 400.– für D._____, Wohnkosten im Gesamtbetrag von Fr. 2'813.25, Krankenkassenprämien im Betrag von Fr. 312.– für sich und jeweils Fr. 69.– für die beiden Kinder sowie Fr. 30.– für die Hausrats- und Haftpflichtversicherung geltend macht, so wurden diese Kosten von der Vorinstanz nicht beanstandet bzw. anerkannt und sind, soweit es sich nicht ohnehin um Pauschalen handelt, belegt (vgl. act. 8/23/5, act. 8/61/38 act. 8/76/49, act. 8/23/6, act. 8/23/13, act. 8/23/19). Sie sind entsprechend in seinem Bedarf zu berücksichtigen.

5.3. Der Beschwerdeführer beantragt die Berücksichtigung einer Kommunikationspauschale im Betrag von Fr. 150.– (act. 2 Rz. 21). Diese Kosten sind im Bedarf hinzuzurechnen, denn es ist auch ohne entsprechenden Beleg in einem Haushalt mit einer erwachsenen Person sowie einem Kind im Teenager-Alter glaubhaft, dass die geltend gemachten und im Übrigen gerichtsblichen Kosten im Betrag von Fr. 150.– für Internet und Telefonie sowie für die Billag anfallen.

5.4. Der Beschwerdeführer hält zudem an den vor der Vorinstanz nicht berücksichtigten zusätzlichen Gesundheitskosten fest und führt dazu aus, er habe als rechtsgenügenden Beweis die Gesundheitskostenabrechnungen für das Jahr 2023 eingereicht, aus welchem die entsprechenden Kosten hervorgingen. Zudem habe er am 16. Mai 2024 in Bezug auf die angesetzte Verhandlung weitere Belege eingereicht, aus welchen hervorgehe, dass bis 6. April 2024 bereits Gesundheitskosten im Betrag von Fr. 1'244.60 angefallen seien (act. 2 Rz. 15 ff.).

Selbst getragene Gesundheitskosten können dann im Bedarf nach Art. 117 ZPO berücksichtigt werden, wenn sie effektiv angefallen sind oder unmittelbar bevorstehen, was von der gesuchstellenden Person als überwiegend wahrscheinlich darzustellen ist (vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Rz. 308). Aus den vom Beschwerdeführer eingereichten Kostenabrechnungen der Krankenkasse für das Jahr 2023 können die geltend gemachten Gesundheitskosten von monatlich Fr. 138.– für ihn selber, Fr. 52.– für D. _____ und Fr. 71.– für C. _____ entnommen werden (vgl. act. 8/61/33). Er kann damit nachweisen, dass die Gesundheitskosten zumindest in der Vergangenheit in diesem Rahmen angefallen sind. Im Zeitpunkt des Gesuchs im Januar 2024 lagen dem Beschwerdeführer noch keine aktuelleren Abrechnungsbelege vor, die er hätte einreichen können. Die Kosten sind damit im Bedarf zu berücksichtigen, da insbesondere in der vorliegenden Situation auch glaubhaft ist, dass die entsprechenden Kosten in ähnlichem Rahmen auch künftig anfallen werden.

5.5. Sodann führt der Beschwerdeführer auch im Beschwerdeverfahren einen Betrag von Fr. 85.– für Mobilitätskosten auf, welche zur Wahrung des Besuchsrechts anfallen würden. Der Beschwerdeführer erläutert in seiner Beschwerde dabei zwar, die Besuche der Kinder bei der Kindsmutter hätten entgegen der

vorinstanzlichen Feststellung sehr wohl stattgefunden (vgl. act. 2 Rz. 19). Er setzt sich jedoch nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, wonach private Fahrten aus dem Grundbetrag zu finanzieren seien (act. 7 E. 3.4.8.). Damit fehlt es an einer rechtsgenügenden Begründung und es sind im Bedarf keine Mobilitätskosten zu berücksichtigen.

5.6. Der Beschwerdeführer hält in seiner Beschwerde weiter an monatlichen Beiträgen an die Schuldensanierung in der Höhe von Fr. 1'090.65 fest (Fr. 1'036.65 für die Schuldentilgung und Fr. 54.– für eine Schuldenversicherung).

5.6.1. Dazu bringt der Beschwerdeführer vor, die im Gesuch vom 29. Januar 2024 erläuterte Tatsache, dass er im November 2023 einen bestehenden Kredit von Fr. 33'000.– auf Fr. 61'500.– habe erhöhen können, sei ein rechtsgenügender Beweis, dass er die Kreditraten regelmässig bezahle. Anderenfalls wäre eine Krediterhöhung abgewiesen worden. Sodann habe er am 5. August 2024 die Belege für die Überweisung der letzten drei Kreditraten eingereicht. Es sei nicht ersichtlich, weshalb damit eine regelmässige Rückzahlung nicht belegt wäre. Letztlich wäre die Vorinstanz vor Abweisung des Gesuchs verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer aufzufordern, die fehlenden Belege nachzureichen (act. 2 Rz. 18).

5.6.2. Im Rahmen von Art. 117 ZPO sind im zivilprozessualen Notbedarf auch Schuldverpflichtungen gegenüber Dritten, die zum Lebensunterhalt gehören bzw. zum Lebensunterhalt beitragen, zu berücksichtigen. Dabei sind bestehende, laufende und ausgewiesene Schulden aber nur miteinzubeziehen, wenn die regelmässige Bezahlung in der Vergangenheit sowie in Zukunft nachgewiesen ist. Schulden, welche die gesuchstellende Person nicht mehr tilgt, haben ausser Acht zu bleiben (OGer ZH PC220017 vom 10. Oktober 2022, E. II./4.1. m.w.H.; WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 339).

5.6.3. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde sinngemäss geltend, er habe, entgegen der vorinstanzlichen Würdigung, den Nachweis der regelmässigen Schuldentilgung erbracht. Dabei handelt es sich um eine Tatfrage, die vorliegend nur auf offensichtliche Unrichtigkeit überprüft werden kann (vgl. oben E. 2.2). Mit Einreichung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege vom

29. Januar 2024 machte der Beschwerdeführer zwar Kosten für die Tilgung von Schulden, die der Finanzierung des Unterhalts dienten, im Gesamtbetrag von monatlich Fr. 1'090.65 geltend (vgl. act. 8/59 S. 12 und S. 25). Er unterliess es dabei jedoch, in diesem initialen Gesuch jedwelche Zahlungsbelege einzureichen. Dies holte er erst mit Eingabe vom 5. August 2024 nach (vgl. act. 8/106 Rz. 1) und erreichte dabei Zahlungsbelege für die Monate Mai, Juni und Juli 2024 ein (vgl. act. 8/108/50a-50c). Für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind jedoch die finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung massgebend (vgl. oben E. 3.1), womit die Tilgung der bereits seit geraumer Zeit bestehenden Kreditschuld insbesondere im Zeitraum um Januar 2024 nachzuweisen gewesen wäre. Dazu taugen die nachträglich eingereichten Zahlungsbelege der Monate Mai bis Juli 2024 wenig. Weitere aussagekräftige Belege liegen nicht vor. Es ist damit im Ergebnis nicht zu bemängeln, wenn die Vorinstanz die zuverlässige und andauernde Schuldentilgung für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die eingereichten Belege als nicht glaubhaft erachtete. Dies umso mehr, als dass regelmässige Kreditratenzahlungen auch nicht aus den nur unvollständig eingereichten Kontoauszügen des Beschwerdeführers aus den Jahren 2023 hervorgehen (act. 8/61/44). Die Vorinstanz musste auch nicht alleine aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seinen Kredit bei der Cembra Money Bank AG im März 2023 erhöhen konnte, schliessen, er begleiche die notwendigen Raten regelmässig. Der Beschwerdeführer machte vor Vorinstanz keine entsprechenden Ausführungen, sondern brachte nur die Krediterhöhung als solche vor. Entsprechend handelt es sich dabei um ein im Beschwerdeverfahren unzulässiges Novum (vgl. oben E. 2.2). Wenn sich der Beschwerdeführer schliesslich auf den Standpunkt stellt, ihm wäre eine Frist anzusetzen gewesen, um weitere Belege nachzureichen, so verkennt er, dass einer anwaltlich vertretenen Partei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einem unvollständigen Gesuch keine Frist zur Gesuchsverbesserung anzusetzen ist (vgl. oben E. 3.2 und ebenso BGer 4A_622/2020 vom 5. Februar 2021, E. 2.4.; bestätigt in BGer 4A_406/2022 vom 17. Oktober 2022, E. 4.2.). Anderes kann er auch nicht aus dem Umstand ableiten, dass die Vorinstanz der Beklagten Frist ansetzte, um im Hinblick auf den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege zu einer Vergütung der

Pensionskasse Stellung zu nehmen (vgl. act. 8/90, act. 2 Rz. 10). Es ist insgesamt jedenfalls nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz die behaupteten Schuldenrückzahlungen als nicht glaubhaft erachtete und damit nicht im Bedarf des Beschwerdeführers beachtete.

5.7. Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, es seien zusätzlich zum Bedarf Unterhaltszahlungen an die Beklagte im Betrag von Fr. 2'400.– zu berücksichtigen.

5.7.1. Der Beschwerdeführer bemängelt diesbezüglich, die Tatsache, dass er mit Verfügung vom 17. März 2023 [recte: 30. März 2023] zu monatlichen Unterhaltszahlungen an die Beklagte verpflichtet worden sei, sei im angefochtenen Entscheid völlig ausser Acht gelassen worden. Da diese Unterhaltszahlung im Zeitpunkt des Entscheids grundsätzlich geschuldet gewesen sei, seien monatlich Fr. 2'400.– in die Bedarfsberechnung miteinzubeziehen (act. 2 Rz. 20).

5.7.2. Der Beschwerdeführer hielt in seinem vorinstanzlichen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege fest, zusätzlich zu seinem Bedarf müsse er Unterhaltszahlungen an die Beklagte im Betrag von Fr. 2'400.– leisten (act. 8/59 Ziff. S. 25 f.). Soweit ersichtlich äusserte sich die Vorinstanz nicht zu dieser Unterhaltsverpflichtung. Sie hat diese im Ergebnis zu Recht nicht berücksichtigt: Grundsätzlich sind bei der Feststellung der Mittellosigkeit im Bedarf zwar rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge zu beachten. Dies steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Unterhaltsbeiträge effektiv und regelmässig geleistet worden sind und auch künftig bezahlt werden (vgl. WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 332 ff.; ebenso SchKG-Richtlinien Ziff. II). Vorliegend verpflichtete sich der Beschwerdeführer zwar mit durch Verfügung vom 30. März 2023 genehmigter Vereinbarung dazu, der Beklagten während des Getrenntlebens akonto Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'400.– zu bezahlen (vgl. act. 8/31 Dispositivziffer 1.5.). Er reichte jedoch keine Nachweise darüber ein, dass er diese Unterhaltsbeiträge auch tatsächlich ausrichtet. Entsprechende Zahlungen ergehen insbesondere nicht aus den nur teilweise eingereichten Kontoauszügen des Beschwerdeführers (vgl. act. 8/61/44). Da anwaltlich vertretenen Parteien wie ausgeführt keine Nachfrist zur Einreichung ergänzender Belege anzusetzen ist (vgl. oben E. 3.2), hat der Be-

schwerdeführer damit nicht glaubhaft gemacht, er leiste die Unterhaltsbeiträge vereinbarungsgemäss. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer mit seinem Gesuch vom 29. Januar 2024 das Rechtsbegehren stellte, es sei festzustellen, dass er der Beklagten für die Dauer des Verfahrens keine Unterhaltsbeiträge schulde, und die Beklagte sei zu verpflichten, bereits erhaltene Unterhaltszahlungen zurückzuerstatten (act. 8/61/44 S. 3). Aus den von der Beklagten eingereichten Kontoauszügen des Zeitraums von Januar 2022 bis Juni 2024 ist letztmalig im Dezember 2023 ein Zahlungseingang über Fr. 2'400.– ersichtlich (vgl. act. 8/100/2-5). Ab Januar 2024 kann kein Zahlungseingang in dieser Höhe mehr festgestellt werden, was dafür spricht, der Beschwerdeführer habe die Zahlungen ab Januar 2024 eingestellt. Die effektive Bezahlung des Unterhalts ist damit nicht glaubhaft.

5.8. Schliesslich bemängelt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht keine pauschale Erhöhung des Grundbetrages zugestanden.

5.8.1. Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich hervor, sowohl Lehre als auch Rechtsprechung würden einen solchen Zuschlag grundsätzlich befürworten (act. 2 Rz. 13). Er habe in seinem Gesuch ausführlich dargelegt, dass die Mittellosigkeit im Falle der unentgeltlichen Rechtspflege nicht mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum gleichgesetzt werden könne, weshalb regelmässig und grundsätzlich ein Zuschlag auf dem Grundbetrag gewährt werde. Dass darüber hinaus eine substantiierte Erläuterung hätte erfolgen müssen, sei überspitzt formalistisch, insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er aufgezeigt habe, dass er neben der alleinigen Obhut auch für sämtliche Kosten der Kinder aufkomme. Der Zuschlag sei auch durch die Kosten der Hobbies für Kinder und die anfallenden Betreuungskosten gerechtfertigt (act. 2 Rz. 14).

5.8.2. Wie vom Beschwerdeführer richtigerweise vorgebracht, liegt der sogenannte zivilprozessuale Notbedarf nach Art. 117 ZPO über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum. Bei der Berechnung des zivilprozessualen Notbedarfs wird deshalb regelmässig ein Zuschlag von 25 % auf dem Grundbetrag gewährt. Werden im Bedarf jedoch bereits Ausgaben des erweiterten Bedarfes berücksichtigt (etwa Kosten der Zusatzversicherung zur Krankenkasse und weitere Gesund-

heitskosten), rechtfertigt sich keine zusätzliche pauschale Erhöhung des Grundbetrages (vgl. dazu etwa OGer ZH PC220017 vom 10. Oktober 2022, E. 4.1.). Ein pauschaler Zuschlag ist damit nicht zwingend und vorbehaltlos vorzunehmen, weshalb es der Vorinstanz unbenommen war, mangels Substantiierung des Beschwerdeführers davon abzusehen. Wie vorstehend ausgeführt (vgl. oben E. 5.1-5.4) sind im Bedarf des Beschwerdeführers und der Kinder sodann zusätzlich zum betriebsrechtlichen Existenzminimum Kosten für eine Kommunikationspauschale und weitere Gesundheitskosten zu berücksichtigen. Damit werden in seinem Bedarf bereits Ausgaben des erweiterten Bedarfs einbezogen, weshalb es sich vorliegend nicht rechtfertigt, einen pauschalen Zuschlag zum Bedarf vorzunehmen. Wenn der Beschwerdeführer sodann ausführt, die Zuschläge seien schon allein daher zu gewähren, weil es gerichtsnotorisch sei, dass er als alleinbetreuender Elternteil mehr finanzielle Mittel benötige, so verkennt er, dass dem dadurch Rechnung getragen wird, dass auch der erweiterte Bedarf der Kinder zwecks Bestimmung seiner Mittellosigkeit berücksichtigt wird. Sodann kann der Beschwerdeführer auch nichts daraus ableiten, wenn er ausführt, es sei aktenkundig, dass etwa zusätzliche Kosten für Therapien für die Kinder anfallen würden. Entsprechende Kosten wären durch den Beschwerdeführer zu beziffern und zu belegen, und sie könnten als weitere Gesundheitskosten berücksichtigt werden. Gleiches gilt betreffend behaupteter Fremdbetreuungskosten. Schliesslich sind die Kosten für die Hobbies der Kinder durch ihre Grundbeträge gedeckt.

5.9. Nach dem Gesagten ist beim Beschwerdeführer und den Kindern von einem Bedarf von Fr. 6'054.25 auszugehen. Dem steht ein nicht bestrittenes Einkommen von Fr. 7'600.– gegenüber (act. 8/61/30, act. 7 E. 3.3., act. 2 Rz. 22). Damit resultiert ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 1'550.–. Da es sich vorliegend unter anderem durch mehrfach beantragte vorsorgliche Massnahmen um ein Scheidungsverfahren von beträchtlichem Aufwand handelt, stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer mit einem Überschuss von Fr. 1'550.– die mutmasslichen Prozess- und Anwaltskosten innert 24 Monaten wird finanzieren können (vgl. oben E. 3.1). In dieser Zeit resultiert ein Überschuss von über Fr. 35'000.–. Die Vorinstanz bejahte in einer Eventualbegründung, mit einem Überschuss von Fr. 866.35 monatlich (also rund Fr. 870.–) bzw. von knapp über

Fr. 20'000.– innert zwei Jahren könne der Beschwerdeführer in diesem punkto Komplexität im mittleren Bereich liegenden Fall die mutmasslich anfallenden Gerichts- und Anwaltsgebühren innert zwei Jahren decken (act. 7 E. 3.6.). Ungeachtet dessen, dass das Scheidungsverfahren gemäss Beschwerdeführer hoch strittig geführt werde und er bestreitet, dass Fr. 20'000.– zur Finanzierung der Prozess- und Anwaltskosten ausreichen würden (vgl. act. 2 Rz. 22), ist der vorinstanzlichen Erwägung aus folgenden Gründen beizupflichten: Der Beschwerdeführer stellte sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst nach rund einjähriger Prozessdauer und nach bereits begründetem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (act. 1) und durchgeführter Einigungsverhandlung inkl. erster Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen (vgl. Protokoll VI S. 4 ff.). Die Rechtsvertretung hatte bis zu diesem Zeitpunkt mithin schon grössere Arbeiten geleistet, die ohnehin nicht vom Gesuch gedeckt wären. Angesichts des Teilvergleichs dürften die Gerichtskosten, wie in Scheidungsverfahren üblich, mutmasslich hälftig bzw. nicht alleine dem Beschwerdeführer auferlegt werden (vgl. Art. 107 ZPO). Dass die Komplexität des Verfahrens zudem grundsätzlich im mittleren Bereich liegt, wird vom Beschwerdeführer nicht weiter bestritten und scheint auch zutreffend. Es ist daher nicht damit zu rechnen, dass die auf den Beschwerdeführer entfallenden und von seinem Gesuch überhaupt gedeckten Gerichts- und Anwaltskosten Fr. 20'000.– überschreiten werden, womit der Beschwerdeführer diese innert angemessener Frist von zwei Jahren aus seinem Überschuss begleichen kann. Die Vorinstanz verneinte die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers damit zu Recht.

6. Vertrauensschutz

6.1. Der Beschwerdeführer beantragt eventualiter, ihm sei die unentgeltliche Rechtspflege zumindest für die Zeit vom 10. Januar 2024 bis zum 28. August 2024 zu gewähren. Die Vorinstanz habe seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zwar mit Verfügung vom 1. Februar 2024 kein Erfolg beschieden, dies aber lediglich aufgrund eines Rückforderungsanspruchs von Fr. 24'000.–, welcher er gegenüber der Beklagten gestellt habe (act. 2 Rz. 9 und 23). Jedoch habe er bereits in diesem Zeitpunkt gewusst, dass die Beklagte über kein Vermögen mehr verfügen würde und seine Forderung nicht einbringlich sei. Damit sei

eine Abweisung seines Gesuchs aufgrund eines Notgroschens nicht in Frage gekommen. Er habe nach Treu und Glauben darauf vertrauen können, dass seinem Gesuch damit nichts mehr im Wege stehe und gutgeheissen würde (act. 2 Rz. 23 f.). Sodann habe die Vorinstanz eine unrechtmässige Rechtsverzögerung begangen und habe ungebührlich lange mit dem Entscheid zugewartet, womit dem Beschwerdeführer und insbesondere seiner Rechtsvertreterin nicht wiedergutzumachende Nachteile entstanden seien. Es hätten keine Gründe vorgelegen, mit dem Entscheid so lange zuzuwarten. Daher sei das Gesuch zumindest bis zum abweisenden Entscheid gutzuheissen (act. 2 Rz. 24).

6.2. Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege aufgrund des Vertrauensgrundsatzes ableitet, ist Folgendes festzuhalten: Mit Verfügung vom 1. Februar 2024 hielt die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer mache gegen die Beklagte einen Rückerstattungsanspruch in der Höhe von Fr. 24'000.– geltend, was über einen Notgroschen hinausgehe, weshalb seinem Gesuch prima facie bereits nach Massgabe seiner eigenen Darstellung und unpräjudiziell kein Erfolg beschieden sein werde, worauf der Beschwerdeführer bereits zu diesem Zeitpunkt zur Verhinderung einer Vertrauensschutzschaffung hinzuweisen sei (act. 8/62 S. 3). Daraus konnte der Beschwerdeführer lediglich ableiten, dass die Vorinstanz bei einer ersten Überprüfung des Gesuchs davon ausging, diesem wäre selbst dann kein Erfolg beschieden, wenn seiner Sachverhaltsdarstellung vollständig gefolgt werden könnte. Sie äusserte sich aber nicht weiter dazu, ob darüber hinaus sein Gesuch genügend glaubhaft und belegt war. Eine Zusicherung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Fall, dass der Beschwerdeführer die geltend gemachte Rückerstattung nicht erhalten sollte, kann dieser Verfügung jedenfalls nicht entnommen werden. Damit kann der Beschwerdeführer aus der Verfügung vom 1. Februar 2024 keinen Vertrauensschutz ableiten.

6.3. Sodann führt auch eine allfällige Verletzung des Beschleunigungsgebots zu keinem Anspruch auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege: Ein Gesuchsteller hat zwar grundsätzlich Anspruch, dass die Erfolgsaussichten seiner Rechtsbegehren umgehend nach Einreichung des Gesuchs beurteilt werden (vgl.

statt vieler etwa BGE 138 III 217, E. 2.2.4; BK ZPO-BÜHLER, Art. 117 N 253). Eine allfällige Verletzung dieses Anspruchs begründet aber keinen von den Anspruchsvoraussetzungen unabhängigen und selbstständigen Anspruch auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege als positive Leistung des Staates (vgl. OGer ZH PC240010 vom 21. August 2024, E. 5.4.; BGE 129 V 411, E. 3.4; WUFFLI/FUHRER, a.a.O., N. 930). Es wäre zunächst ohnehin am anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer gewesen, bei der Vorladung zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 29. Mai 2024 (act. 8/64) eine Verletzung des Rechts auf Vorausbeurteilung seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu rügen bzw. allenfalls eine Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde zu erheben.

7. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet; sie ist entsprechend abzuweisen.

8. Kostenfolgen

8.1. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO im Grundsatz keine Gerichtskosten zu erheben. Diese Bestimmung ist auf das kantonale Beschwerdeverfahren jedoch nicht anwendbar (BGE 137 III 470, E. 6.5), weshalb für das vorliegende Verfahren Kosten zu erheben sind. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer damit für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. Der Beschwerdeführer stellt im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2 und Rz. 25 ff.).

8.2.1. Die Anspruchsvoraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege wurden bereits dargestellt (vgl. oben E. 3). Die unentgeltliche Rechtspflege ist indessen subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht, insbesondere der ehelichen Unterstützungspflicht (vgl. BGE 138 III 672, E. 4.2.1.). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, a.a.O., Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte einen Prozess-

kostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer, 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer, 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009, E. 3.1). Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf das Stellen eines Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist, sodass das ersuchte Gericht diese Ansicht vorfrageweise überprüfen kann (vgl. BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8 mit Verweis auf BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1 und BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich ohne weiteres abgewiesen werden (vgl. BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5). Auf eine formale Erörterung kann nur verzichtet werden, wenn die Aussichtslosigkeit eines Antrags auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses derart augenfällig und ohne Durchsuchen der Akten manifest ist, dass es überspitzt formalistisch wäre, darauf zu bestehen (vgl. OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022, E. V/2.3.)

8.2.2. Der Beschwerdeführer stellte weder einen Antrag auf die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Beklagte, noch äusserte er sich zur Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege oder legte dar, weshalb seiner Ansicht nach auf einen solchen Antrag verzichtet werden kann. Seiner Beschwerde lässt sich lediglich entnehmen, dass er davon ausgehe, eine Zahlung der Pensionskasse an die Beklagte sei nicht mehr vorhanden und ein ihm allenfalls zustehender Rückforderungsanspruch sei nicht einbringlich (vgl. act. 2 Rz. 23). Weitere Ausführungen zum Vermögen und Einkommen der Beklagten lassen sich der Beschwerde nicht entnehmen. Der Beklagten wurde im vorinstanzlichen Verfahren zwar die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, diese wurde ihr jedoch mit Verfügung vom 17. Juli 2024 wieder entzogen (vgl. act. 8/102). Dabei wurde von der Vorinstanz insbesondere als nicht glaubhaft erachtet, dass die von der Pensionskasse erhaltene Nachzahlung im Betrag von Fr. 50'000.– vollständig verzehrt worden sei (act. 8/102 E. 4.3.). Dies wurde von der hiesigen Kammer im gegen den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege geführten Beschwerdeverfahren offen

gelassen (vgl. act. 8/110A E. 3.6.6.). Von einer manifesten Mittellosigkeit der Beklagten, die einen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses unnötig machen würde, kann damit unter den konkreten Umständen nicht ausgegangen werden. Unter diesen Umständen ist das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren ebenfalls abzuweisen.

8.3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 2 lit. a, c und d sowie § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Beschwerdeführer nicht, weil er mit seiner Beschwerde unterliegt, und der Beklagten nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2 sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.
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. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, deren Streitwert vor Obergericht nicht beziffert wurde.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Kappeler

versandt am: