

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE210003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss und Urteil vom 19. Mai 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

betreffend **Negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG**
(unentgeltliche Rechtspflege)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 12. Januar 2021; Proz. FO200004

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien lebten unbestrittenermassen (vgl. act. 8/1 S. 3 f, Rz. 5; act. 8/21 Rz. 5) ab dem Jahr 2015 zusammen im Konkubinat. Gemäss Darstellung der Klägerin trennten sie sich im Januar 2020 (act. 8/1 S. 3, Rz. 5). Am 26. Februar 2020 wurde der Beklagte durch die Polizei gestützt auf das Zürcher Gewaltschutzgesetz aus der Wohnung gewiesen (vgl. act. 8/3/2); seit diesem Zeitpunkt leben die Parteien getrennt (act. 8/1 S. 4, Rz. 5).

1.2 Mit Zahlungsbefehl vom 8. August 2020 setzte der Beklagte gegen die Klägerin in der Betreuung-Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf folgende Forderungen in Betreuung (act. 8/3/9):

	Forderungsurkunde mit Datum oder Angabe des Forderungsgrundes	Betrag CHF	Zins %	Seit
1	Miete gemeinsame Wohnung, Anteil 2016, CHF 2'280.-	2'280.00	5.0	31.12.2016
2	Miete gemeinsame Wohnung, Anteil 2017	13'637.00	5.0	31.12.2017
3	Miete gemeinsame Wohnung, Anteil 2018	13'424.00	5.0	31.12.2018
4	Miete gemeinsame Wohnung, Anteil 2019	13'424.00	5.0	31.12.2019
5	Miete gemeinsame Wohnung, Anteil 2020	2'237.30	5.0	31.03.2020
6	Radio- und Fernsehgebühren, Anteil 2018	496.40	5.0	31.12.2018
7	Swiscaution, Anteil 2016, 2017, 2019	676.20	5.0	31.12.2019
8	Rechnung Glattwerk, Anteil 2017 - 2019	1'466.30	5.0	31.12.2019
9	Rechnung der Elektrizitätswerke Kanton Zürich, Anteil	114.90	5.0	31.12.2016

Die Klägerin erhob keinen Rechtsvorschlag gegen diesen Zahlungsbefehl. Am 2. September 2020 stellte daraufhin das Stadtammann- und Betreibungsamt Dübendorf der Klägerin die Pfändungsankündigung zu (act. 8/3/10). Am 9. Oktober 2020 pfändete das Betreibungsamt Dübendorf das das monatliche Existenz-

minimum der Klägerin von Fr. 3'479.95 übersteigende Einkommen bis zum 9. Oktober 2021 (act. 8/39/21) und zeigte diese Einkommenspfändung am 12. Oktober 2020 der Arbeitgeberin der Klägerin, der ... AG, an (act. 8/20/10).

2.1 Am 5. Oktober 2020 machte die Klägerin gegen den Beklagten bei der Vorinstanz eine negative Feststellungsklage über den Betrag von Fr. 47'756.10 anhängig und verlangte, dass die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf aufzuheben sei. Zudem beantragte sie im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, dass die Betreuung vorläufig einzustellen sei (act. 8/1). In der Folge lud die Vorinstanz die Parteien zunächst auf den 29. Oktober 2020 (act. 8/5), dann auf den 2. November 2020 (act. 8/11) und schliesslich – nachdem sich auf Seiten des Beschwerdeführers Rechtsanwältin X. _____ konstituiert hatte (act. 8/14-15) – auf den 30. November 2020 (act. 8/16) zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor.

2.2 Anlässlich dieser Verhandlung, an welcher die Parteien persönlich in Begleitung ihrer jeweiligen Rechtsvertreter erschienen sind (vgl. Prot. Vi. S. 3), stellte der Beklagte ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung, wobei er beantragte, es sei Rechtsanwältin X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin einzusetzen (act. 8/21 S. 2).

3. Nachdem die Vorinstanz das Begehren der Klägerin um vorläufige Einstellung der Betreuung mit Verfügung vom 30. November 2020 abgewiesen hatte (act. 8/23), entschied sie mit Verfügung vom 12. Januar 2021 über das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und wies dieses ab, wobei sie ihren Entscheid zunächst nur im Dispositiv eröffnete (act. 8/40). Nachdem der Beklagte fristgerecht (vgl. 8/43) eine Begründung verlangt hatte (act. 8/51), wurde ihm am 1. Februar 2021 (vgl. act. 5C) der begründete Entscheid zugestellt (act. 7 [= act. 5B = act. 8/54]).

4. Dagegen erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) am 10. Februar 2021 rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung vom 12. Januar 2021 des Bezirksgerichts Uster mit Geschäftsnummer FO200004 aufzuheben und das Urteilsdispositiv wie folgt zu ersetzen:
1. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren FO200004 wird bewilligt.
 2. Als unentgeltliche Rechtsvertreterin wird Frau X. _____ eingesetzt.
2. Eventualiter sei die Verfügung vom 12. Januar 2021 des Bezirksgerichts Uster mit Geschäftsnummer FO200004 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.
3. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten der Vorinstanz.
Eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdegegnerin."
5. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-55). Eine Stellungnahme der vorinstanzlichen Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) ist nicht einzuholen, weil sie vom Entscheid darüber, ob dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, in ihren Interessen nicht berührt wird (BGE 139 III 334, E. 4.2 m.w.H.). Lediglich zur Kenntnisnahme ist ihr noch ein Doppel von act. 2 zuzustellen. Das Verfahren ist dementsprechend spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Der die unentgeltliche Rechtspflege ablehnende Entscheid kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann dementsprechend die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass sich die Beschwerde führende Partei mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und genau aufzuzeigen hat, welchen Teil der Begründung sie für falsch hält und auf welche Dokumente sie sich dabei

stützt. Was nicht beanstandet wird, hat Bestand. Soweit jedoch eine Beanstandung vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, ZR 110 Nr. 80).

2. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zunächst damit, dass die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers nicht ausgewiesen sei. Konkret führte sie dazu aus, das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege bestehe aus einer Tabelle, in welcher er sein behauptetes Einkommen seinem behaupteten Bedarf gegenüberstelle. Zur Begründung der relevanten Zahlen verweise er auf die eingereichten Beilagen. Der Beschwerdeführer behaupte, ein Einkommen von Fr. 3'400.- zu haben, wobei er offen lasse, ob es sich dabei um sein Brutto- oder Nettoeinkommen handle. Weiter führe der Beschwerdeführer aus, sein Einkommen sei noch grosszügig angesetzt, da angesichts der Corona-Pandemie immer mehr Einsätze entfallen würden und er Kurzarbeitergelder werde beantragen müssen. Über Vermögen wie Konti oder Grundstücke im In- oder Ausland verfüge er nicht. Nach Hinweis des Gerichts habe der Beschwerdeführer Kontoauszüge von zwei Konti bei der Credit Suisse eingereicht und nach erneuter gerichtlicher Nachfrage unbelegte Ausführungen dazu gemacht, weswegen er über kein Vermögen in Portugal verfüge (act. 7 S. 4 f., E. 2.2.1). Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer substantiiere sein behauptetes Einkommen, mithin das Tatsachenfundament, unter Verweis auf die eingereichten Beilagen im Gesuch nicht. Mangels Erläuterung und Konkretisierung in der Rechtsschrift seien die Beilagen für das Gericht schlicht nicht nachvollziehbar: So gehe aus dem Arbeitsvertrag vom 30. Juni 2019 bei der C._____ GmbH hervor, dass er einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 4'600.- sowie zusätzlich Fr. 300.- an Spesen erhalte. Zudem ergebe sich aus den eingereichten Lohnabrechnungen, dass der Beschwerdeführer im März 2020 (nach Abzug der Quellensteuer von Fr. 237.20) Fr. 3'886.85 netto verdient habe, wobei er sich bereits in Kurzarbeit befunden habe. Auch in den weiteren Monaten des Jahres 2020 habe sein Einkommen zwischen Fr. 3'203.25 (nach Abzug der Quellensteuer von

Fr. 207.25) im August 2020 und Fr. 3'800.45 (nach Abzug der Quellensteuer von Fr. 213.25) im Juli 2020 geschwankt. Sodann gehe aus den Lohnabrechnungen zum Teil ein "underpayment"-Saldo von zwischen Fr. 600.– und Fr. 1'000.– hervor, dessen Bedeutung mangels Erläuterung unklar bleibe. Den eingereichten Lohnausweisen des Jahres 2019 sei ferner zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer neben der C._____ GmbH – wo er Fr. 26'392.- verdient habe – über das gesamte Jahr 2019 auch noch bei der D._____ GmbH – wo er Fr. 24'934.- netto verdient habe – und der E._____ AG – wo er netto Fr. 22'176.- verdient habe – angestellt gewesen sei. Im Jahr 2019 habe der Beschwerdeführer somit gemäss den eingereichten Lohnausweisen Fr. 73'502.- netto verdient, was einem Monatslohn von Fr. 6'125.– netto entspreche. Er lasse auch diesbezüglich Erläuterungen vermissen, weshalb völlig unklar bleibe, ob er bei den zwei letztgenannten Arbeitgebern nach wie vor angestellt sei oder nicht. Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer anlässlich der persönlichen Befragung vom 30. November 2020 angegeben habe, bei seiner Einreise in die Schweiz ca. Fr. 4'500.– netto verdient zu haben (act. 7 S. 5 f., E. 2.2.3). Dem Beschwerdeführer gelinge es mangels Begründung seiner Tatsachenbehauptung in der Rechtsschrift sowie aufgrund der Diskrepanz zwischen seinen Behauptungen und der mitnichten selbsterklärenden Beilagen nicht, glaubhaft darzulegen, dass er derzeit (lediglich) Fr. 3'400.– netto verdiene. Es könne daher abschliessend kein Entscheid über die Einkommenssituation des Beschwerdeführers ergehen und es müsse offen bleiben, wie hoch sein Einkommen tatsächlich sei (act. 7 S. 6, E. 2.2.4). Da der Beschwerdeführer sein Einkommen nicht glaubhaft dargelegt habe, vermöge er auch aus der Behauptung, über kein Vermögen im In- und Ausland zu verfügen, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, weswegen auf die eingereichten Unterlagen sowie die Eingabe vom 21. Dezember 2020 vor diesem Hintergrund nicht einzugehen sei (act. 7 S. 6, E. 2.2.5). Aufgrund der unklaren Einkommenssituation des Beschwerdeführers könne ferner darauf verzichtet werden, detailliert auf den behaupteten Bedarf des Beschwerdeführers einzugehen, da dieser zur Ermittlung der Mittellosigkeit sowie zur Berechnung eines allfälligen Überschusses zur Tilgung der Prozesskosten dem glaubhaft gemachten Einkommen gegenübergestellt werden müsse. Es gelte jedoch auch diesbezüglich festzuhalten, dass die in

der Tabelle behaupteten Zahlen vom Beschwerdeführer weder begründet worden, noch mittels den eingereichten Unterlagen ohne Weiteres nachzuvollziehen seien: So mache der Beschwerdeführer beispielsweise Mobilitätskosten in Höhe von Fr. 631.– geltend und verweise diesbezüglich auf act. 22/17. Woraus sich aus der Bestätigung seines Arbeitgebers, dass der Beschwerdeführer für die Ausübung seines Berufes auf ein Fahrzeug angewiesen sei, der Betrag von Fr. 631.– ergeben solle, bleibe schleierhaft. Ferner mache der Beschwerdeführer in seinem Bedarf Fr. 200.– für Steuern geltend, obwohl er gemäss seiner Lohnabrechnung der Quellensteuer unterliege, ihm mit anderen Worten die Quellensteuer bereits vom Lohn abgezogen werde (act. 7 S. 6 f., E. 2.2.6). Im Ergebnis wies die Vorinstanz das Begehren des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab, weil die pauschalen Behauptungen sowie Verweise des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers der Substantiierungspflicht nicht genügen würden. Von einem Rechtsvertreter sei zu erwarten, dass er in Kenntnis der umfassenden Mitwirkungspflicht wisse, wie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen sei und dass die aktuellen finanziellen Verhältnisse mit dem Gesuch zu behaupten, zu begründen und zu belegen seien (act. 7 S. 7, E. 2.3.1).

Weiter beanstandete die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer kein Wort zur fehlenden Aussichtslosigkeit verliere und auch nicht begründe, weshalb der Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich sei (act. 7 S. 6, E. 2.3.1).

Im Ergebnis sei der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer der ihm obliegenden Mitwirkungspflicht nicht genügend nachgekommen, weshalb seine Mittellosigkeit mangels ausreichender Substantiierung seines Einkommens und seines Bedarfs zu verneinen und sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverteidigung ohne Weiteres abzuweisen sei (act. 7 S. 7, E. 2.3.2).

3. Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 29 Abs. 3 BV, die auch für die Auslegung von Art. 117 lit. a ZPO zu berücksichtigen ist, gilt eine Person dann als **bedürftig**, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (BGE 128 I 225 E. 2.5.1; BGE 127 I 202 E. 3b mit Hinweisen). Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden; dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (zum Ganzen BGE 135 I 221 [= Pra 99 (2010) Nr. 25] E. 5.1 m.w.H.). Zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (zum Ganzen BGE 141 III 369 E. 4.1; vgl. auch BGE 109 Ia 5 E. 3a m.w.H.; BGE 118 Ia 369 E. 4a; Dike Komm ZPO-HUBER, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 17).

3.1.1 Die Vorinstanz erwog zunächst, es sei unklar, wie hoch das Nettoeinkommen des Beschwerdeführers tatsächlich sei, wobei sie zum einen beanstandete, es sei unklar, ob der Beschwerdeführer – wie noch 2019 – nach wie vor bei mehreren Arbeitsgeber arbeite. Hier ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass anhand der von ihm vorinstanzlich eingereichten Kontobelege (act. 8/3/6 und 8/26/22), welche nur den Saläreingang der von ihm genannten Arbeitgeberin C._____ GmbH zeigen, glaubhaft ist, dass er nur bei dieser angestellt ist. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag, dass der Beschwerdeführer dort grundsätzlich Fr. 4'600.– brutto zzgl. Fr. 300.– Spesen verdient (act. 8/22/11). Entgegen der Vorinstanz nicht zutreffend ist, dass unklar bleibe, ob es sich beim Beschwerdeführer angegebenen Lohn von Fr. 3'400.–, welchen er derzeit aufgrund der Corona bedingten Kurzarbeit noch erhalte, um

den Brutto- oder Nettolohn handle, hat der Beschwerdeführer doch sowohl Lohn- als auch Bankbelege eingereicht (vgl. act. 8/22/6; 8/22/12; 8/26/22), anhand derer sich der effektive Lohn des Beschwerdeführers ermitteln lässt. Entgegen dem Beschwerdeführer erweist es sich indes auch nicht als zutreffend, dass sich den von ihm vorinstanzlich eingereichten Belegen entnehmen lasse, dass er im Jahr 2020 aufgrund der Kurzarbeit und ohne die Spesen- und Ausgabenrückvergütungen Fr. 3'313.05 netto verdient habe (act. 2 S. 7, Rz. 9). So ist es zunächst nicht richtig, dass die Spesen, welche der Beschwerdeführer erhält, nicht als Lohnbestandteil zu berücksichtigen sind, handelt es sich dabei doch um Pauschalspesen, aus welchen etwa das für den Beruf offenbar notwendige Privatauto (vgl. act. 8/22/17) zu bezahlen ist. Da diese Ausgaben im Bedarf des Beschwerdeführers zu berücksichtigen sind, sind auf der anderen Seite auch die Spesen zu berücksichtigen. Abzuziehen sind hingegen die in den Lohnabrechnungen als "Ausgaben" bezeichneten Positionen, ist doch glaubhaft, dass es sich dabei um Ausgabenrückvergütungen und damit um effektive Auslagen handelt, welche dem Beschwerdeführer durch seine Arbeitgeberin ersetzt wurden (vgl. act. 8/22/12). Ohne diese Ausgaben ergeben sich aus den vom Beschwerdeführer vorinstanzlich eingereichten Lohnabrechnungen für die Zeit von März 2020 bis September 2020 Einnahmen von insgesamt Fr. 23'491.40, was einen monatlichen Durchschnittslohn von Fr. 3'355.90 ergibt (act. 8/22/12). Rechnet man die Zahlungen der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers allerdings anhand der von ihm eingereichten Kontoauszüge zusammen, ergeben sich von Januar 2020 bis Oktober 2020 jedoch Gesamteinnahmen von Fr. 40'527.60, was einen monatlichen Durchschnittslohn von Fr. 4'052.75 ergibt. Selbst wenn man davon die durchschnittlichen monatlichen Ausgaberückerstattungen des Beschwerdeführers für die Monate März bis September 2020 von Fr. 149.70 pro Monat (1'047.90/7 Monate; vgl. act. 8/22/12) abzieht, ergeben sich immer noch monatliche Einnahmen des Beschwerdeführers von Fr. 3'903.05 (Fr. 4'052.75 – Fr. 149.70). Entgegen dem Beschwerdeführer ist deshalb nicht glaubhaft, dass er – wie er selbst geltend macht – lediglich Fr. 3'313.05 netto verdient (act. 2 S. 7, Rz. 9), sondern es ist vielmehr von Einnahmen von rund Fr. 3'900.– auszugehen.

3.1.2 Dem gegenüber steht folgender Bedarf des Beschwerdeführers, wobei auf die einzelnen Positionen nachfolgend einzugehen ist:

1) Grundbetrag	Fr.	1'100.00
2) Miete	Fr.	1'100.00
3) Krankenkasse	Fr.	255.85
4) Leasing	Fr.	434.75
5) übrige Mobilitätskosten	Fr.	137.30
6) Telefon	Fr.	160.00
7) Privathaftpflichtversicherung	Fr.	40.00
8) auswärtige Verpflegung	Fr.	200.00
9) Steuern	Fr.	0.00
Total	Fr.	3'427.90

ad1) Der Beschwerdeführer machte vorinstanzlich einen Grundbetrag von Fr. 1'200.– geltend (act. 8/21 Rz. 30). Da der Beschwerdeführer jedoch in einer Wohngemeinschaft mit einer anderen erwachsenen Person wohnt, beträgt der zu berücksichtigende Grundbetrag nach dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 [= ZR 108/2009 S. 253]; nachfolgend Kreisschreiben OGer ZH) nur Fr. 1'100.–. Es ist deshalb nur dieser Betrag zu berücksichtigen. Im Beschwerdeverfahren und damit grundsätzlich verspätet (vgl. Art. 326 ZPO) macht der Beschwerdeführer zudem geltend, es sei ihm ein Zuschlag von 25 % auf diesen Betrag zu gewähren. Da sich dieses Vorbringen damit ohnehin als unzulässig erweist, ist hierzu nur der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass ein solcher Zuschlag darauf beruht, dass der zivilprozessuale Notbedarf regelmässig 10-30 Prozent höher liegt, als das betriebsrechtliche Existenzminimum, zumal insbesondere die laufenden Steuern mit zu berücksichtigen sind (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7301). Indem nach Zürcher Praxis bei der Berechnung des relevanten Bedarfs für die unentgeltliche Rechtspflege die Steuern mitberücksichtigt werden, ist ein Zuschlag auf dem Grundbetrag aus diesem Grund nicht mehr erforderlich. Der Beschwerdeführer übersieht sodann weiter, dass dieser "prozessuale Zuschlag" gemäss den von ihm zitierten Urteilen des Bundesgerichts (vgl. act. 2 S. 10, Rz. 14) auf das betriebsrechtliche Existenzminimum zu gewähren wäre, in welchem jedoch etwa die Kosten für Telefon/Radio/TV sowie die Prämien der Privatversicherungen bereits

im Grundbetrag enthalten sind (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 5P.439/2004 vom 10.03.2005 E. 6 sowie die vom Beschwerdeführer selbst zitierten Urteile 9C_423/2017 vom 10. Juli 2017, E. 3.2 und 8C_377/2016 vom 8. August 2016, E. 4.2), die hierfür anfallenden effektiven Kosten also nicht zusätzlich zu berücksichtigen sind (vgl. Kreisschreiben OGer ZH; vgl. auch Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG vom 1. Juli 2009, in: BISchK 2009, S. 192 ff.). Indem der Beschwerdeführer in seinem Bedarf einerseits einen Zuschlag von 25 % auf den Grundbetrag geltend macht, zusätzlich aber auch die effektiven Kosten für sein Telefon sowie seine Privatversicherungen berücksichtigen will, vermischt er diese beiden Berechnungsmethoden. Auch aus diesem Grund rechtfertigt sich deshalb ein Zuschlag auf den Grundbetrag nicht, selbst wenn er rechtzeitig geltend gemacht worden wäre. Hinzu kommt beim Beschwerdeführer sodann, dass gemäss dem von ihm eingereichten Untermietvertrag diverse Kosten, welche grundsätzlich aus dem Grundbetrag zu zahlen wären – so etwa Strom, Gas, Abfall- und Entsorgungsgebühren, Warmwasserkosten, Kosten der Putzfrau sowie weitere Kosten – bereits über die Miete abgedeckt sind (vgl. 8/22/14 Ziff. 10); auch deshalb wäre ein Zuschlag auf den Grundbetrag – käme es denn noch darauf an – nicht gerechtfertigt.

ad2) Die vom Beschwerdeführer monatlich geltend gemachten Mietkosten von Fr. 1'100.– sind ausgewiesen (act. 8/22/14-15) und deshalb grundsätzlich in dieser Höhe zu berücksichtigen.

ad3) Bei den Krankenkassenkosten zu berücksichtigen sind nur die Kosten der obligatorischen Grundversicherung, nicht jedoch die Kosten von Zusatzversicherungen (BGE 134 III 323 E. 3). Im Bedarf des Beschwerdeführers sind deshalb nur die Kosten der Grundversicherung von Fr. 255.85 (act. 8/22/16) zu berücksichtigen, wohingegen die für die Zusatzversicherung anfallenden Kosten von Fr. 40.40 nicht zu berücksichtigen sind.

ad4) Gleich wie andere Schuldverpflichtungen wirkt sich der Abschluss eines Leasingvertrages – auch beim Leasing eines nicht lebensnotwendigen Konsumgutes ohne Kompetenzcharakter – einkommensmindernd aus. Vorliegend ist

anhand der Bestätigung der Arbeitsgeberin des Beschwerdeführers, wonach er für die Arbeit auf ein Fahrzeug angewiesen sei (act. 8/22/17), glaubhaft, dass dem Fahrzeug des Beschwerdeführers Kompetenzcharakter zukommt, weshalb die Leasingraten in der ausgewiesenen Höhe von Fr. 434.75 (vgl. act. 8/22/18) zu berücksichtigen sind.

ad5) Der Beschwerdeführer hat vorinstanzlich insgesamt Mobilitätskosten von Fr. 631.– geltend gemacht, worunter neben den bereits vorgeannten Leasingkosten auch Versicherungskosten fallen. Die Kosten für die Autoversicherung von Fr. 137.30 pro Monat sind belegt (act. 8/22/19) und deshalb zu berücksichtigen. Die restlichen Kosten wurden von ihm vorinstanzlich weder begründet noch belegt, weshalb sie auch nicht berücksichtigt werden können. Dass seine monatlichen Bezinkosten Fr. 60.– betragen, wie der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren neu vorbringt (act. 2 S. 13, Rz. 21), kann gestützt auf Art. 326 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden; die Höhe dieser Kosten wurde im Übrigen nicht weiter substantiiert oder auch nur durch Angabe der täglich für den Arbeitsweg zurückgelegten Strecke plausibilisiert; Belege dazu wurden ebenfalls nicht eingereicht.

ad6) Der Beschwerdeführer macht monatliche Telefonkosten von Fr. 200.– geltend. Aus der hierzu von ihm eingereichten Telefonrechnung ist ersichtlich, dass die Abonnementskosten nur Fr. 160.– pro Monat betragen und sich der Restbetrag aus Einkäufen und Verbindungskosten zusammensetzt (act. 8/22/20). Als Zuschlag zum Grundbetrag zu berücksichtigen sind nur die Abonnementskosten von Fr. 160.– pro Monat, wobei anzumerken ist, dass diese Kosten eher hoch scheinen.

ad7) Der Beschwerdeführer macht monatliche Kosten für eine Privathaftpflichtversicherung von Fr. 40.– geltend (act. 8/21 Rz. 30). Diese Kosten sind zwar nicht belegt, belaufen sich aber im Rahmen der für eine solche Versicherung üblichen Kosten, weshalb sie zu berücksichtigen sind.

ad8) Für auswärtige Verpflegung hat der Beschwerdeführer vorinstanzlich einen Betrag von Fr. 200.– geltend gemacht (act. 8/21 Rz. 30), was sich im Rah-

men der im Kreisschreiben genannten Kosten von Fr. 5.– bis Fr. 15.– pro Hauptmahlzeit beläuft (vgl. Kreisschreibern OGer ZH, Ziff. 3.2) und deshalb zu berücksichtigen ist.

ad9) Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, wird der Beschwerdeführer quellenbesteuert. Es ist deshalb nicht ersichtlich, woraus sich der vom Beschwerdeführer zusätzlich für Steuern geltend gemachte Betrag von Fr. 200.– pro Monat ergibt (act. 8/21 Rz. 30); da der Beschwerdeführer hierzu keine weiteren Angaben macht, ist der entsprechende Betrag nicht zu berücksichtigen.

3.1.3 Insgesamt steht dem Einkommen des Beschwerdeführers von rund Fr. 3'900.– pro Monat somit ein Bedarf von Fr. 3'427.90 gegenüber, was einen monatlichen Überschuss von rund Fr. 470.– pro Monat ergibt. Im Ergebnis ist der Beschwerdeführer damit in der Lage, Anwalts- und Gerichtskosten von rund Fr. 11'000.– (Fr. 470.– x 24 Monate) zu bezahlen. Da beim vorliegenden Streitwert von Fr. 47'756.10 von Gerichtsgebühren von Fr. 5'370.50 und Anwaltskosten von rund Fr. 6'800.– auszugehen ist, können die Kosten die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers übersteigen. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist dann (bei Fr. 11'000.– übersteigenden Kosten) zu bejahen. Sofern die Begehren des Beschwerdeführers – worauf nachstehend noch einzugehen ist – nicht als von vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu qualifizieren sind, ist dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege somit in diesem Umfang zu gewähren.

3.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind als **aussichtslos** Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie – zumindest vorläufig – nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt

sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 139 III 475 E. 2.2; 138 III 217 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Die Anspruchsvoraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit ist grundsätzlich unabhängig von der Parteirolle zu prüfen. Sofern das Verfahren nicht eine besondere Rücksichtnahme auf die Parteirolle verlangt, beurteilt sich im Grundsatz die Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren des Beklagten nicht anders als für den Kläger; auch vom Beklagten kann erwartet werden, dass er offensichtlich berechnete Ansprüche anerkennt und nicht sinnlos prozessiert (BGE 139 III 475 E. 2.3 m.H.; zum Ganzen vgl. BGE 142 III 138 E. 5.1-2). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217 E.2.2.4, BGE 133 III 614 E. 5), wobei hierfür auf die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, wie sie im Zeitpunkt des Gesuches um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegen (BGE 142 III 138 E. 5.1).

3.2.1 Wie bereits ausgeführt, hat die Vorinstanz unter diesem Titel angeführt, dass der Beschwerdeführer nichts zur fehlenden Aussichtslosigkeit des Verfahrens sage (act. 7 S. 6, E. 2.3.1). Dem ist nicht zuzustimmen. Vielmehr hat der Beschwerdeführer sich vor Vorinstanz sehr wohl zur Begründung seines Standpunktes geäußert. Er hat insbesondere zur Begründung der von ihm in Betreuung gesetzten Forderung im Wesentlichen ausgeführt, es sei entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht zutreffend, dass die Parteien die Lebenshaltungskosten während des Zusammenlebens gemeinsam getragen hätten, sondern es sei vielmehr so gewesen, dass die Beschwerdegegnerin alles von ihr verdiente Geld für sich behalten bzw. einen grossen Teil davon nach Portugal gesendet habe. Gelegentlich habe er sogar in Betreuung befindliche Forderungen der Beschwerdegegnerin beglichen, so etwa die Krankenkasse, wenn sie wieder einmal nicht bezahlt worden sei. Dann habe er der Beschwerdegegnerin das Geld vorgeschossen, dieses aber nie zurückerhalten. Während des Zusammenlebens habe die Beschwerdegegnerin mindestens rund Fr. 40'000.– nach Portugal überwiesen, nämlich € 12'900.– an F._____ und € 22'950.– auf ihr eigenes Konto (act. 8/21 Rz. 8a-b). Auch die Alimente, welche die Beschwerde-

gegnerin für ihre Tochter erhalten habe, habe sie auf ihr portugiesisches Konto überwiesen, während die Tochter der Beschwerdegegnerin hier auf seine Kosten gelebt habe. Alleine dieser so in Portugal aufgelaufene Betrag betrage mindestens weitere Fr. 9'000.– (act. 8/21 Rz. 8c). Ein Teil dieser abgezweigten Finanzmittel habe die Beschwerdegegnerin auch für die Verschönerung sowie die Hypothek ihrer Wohnung in Portugal verwendet. Die Beschwerdegegnerin sei darauf zu behaften, dass sie anerkannt habe, dass er alle Kosten für Wohnung, Strom, usw. getragen habe (act. 8/21 Rz. 8e). Wenn – wie die Beschwerdegegnerin vorinstanzlich behauptet habe – zwischen ihnen eine einfache Gesellschaft vorgelegen habe, dann hätte die Beschwerdegegnerin die Pflicht gehabt, ihre Finanzmittel ebenso in die Gemeinschaft einzubringen, wie er dies getan habe. Ob die pflichtwidrige Abzweigung zu eigenen Zwecken eine evtl. strafrechtlich relevante Veruntreuung darstelle, sei nicht in diesem Verfahren zu beurteilen. Die Rückführung dieser Beiträge und die rückwirkende Beteiligung an den Lebenshaltungskosten sei aber logischerweise zwingend. Sie könne nicht einfach aus der einfachen Gesellschaft Mittel abzweigen zu Lasten der übrigen Gesellschafter, sondern hätte die gemeinsamen Kräfte und Mittel auch für das gemeinsame Ziel einsetzen müssen. Auch wäre sie mangels anderer Verabredung verpflichtet gewesen, einen gleichen Effort zum Erreichen der gemeinsamen Ziele einzusetzen, was sie offensichtlich nicht getan habe (act. 8/21 Rz. 10ff.). Wie bereits dargelegt, hätten sich die Parteien die Kosten nicht geteilt, sondern diese seien vielmehr fast ausschliesslich vom ihm getragen worden (act. 8/21 Rz. 11). Es sei für das Verfahren relevant zu erfahren, was die Beschwerdegegnerin als Gesellschafterin der Gesellschaft entzogen habe. Dieser Betrag, den sie nach Portugal überwiesen habe, sei hierfür relevant. Zudem sei im vorinstanzlichen Verfahren nur relevant, ob die Forderung bestehe, und nicht, wie sie berechnet würde (Prot. Vi. S. 6).

3.2.2 Der Beschwerdeführer übersieht bei diesen Vorbringen, dass es im vorinstanzlichen Verfahren sehr wohl relevant ist, wie sich die von ihm in Betreuung gesetzte Forderung zusammensetzt, hat der Beschwerdeführer doch den Bestand der von ihm in Betreuung gesetzten Forderung vor Vorinstanz nicht nur substantiiert zu begründen, sondern auch voll zu beweisen, denn den Gläubiger trifft im Rahmen einer negativen Feststellungsklage trotz Beklagtenrolle die volle Sub-

stantiierungs- und Beweislast (BGE 120 II 22 E. 3a m.w.Hw.; zum Ganzen auch BSK SchKG I-BODMER/BANGERT, 2. Aufl. 2010, Art. 85a N 4; OFK SchKG-KREN KOSTKIEWICZ, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 85a N 12; KUKO SchKG-BRÖNNIMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 85a N 24). Da der Beschwerdeführer die anteiligen Mietkosten für die Zeit von 2016 bis 2020, die anteiligen Radio- und Fernsehgebühren 2018, die anteiligen Kosten der Swiscaution-Versicherung der Jahre 2016, 2017 und 2019, den Anteil der Rechnungen G._____ 2017 bis 2019 sowie den Anteil einer Rechnung der H._____ (ohne Zinsen und Kosten) von insgesamt Fr. 47'756.10 in Betreuung gesetzt hat, ist von ihm vor Vorinstanz zu begründen und zu beweisen, weshalb die Beschwerdegegnerin ihm diese Kosten schuldet. Zu den Standpunkten der Parteien kann zusammenfassend gesagt werden, dass die Beschwerdegegnerin vorbringt, die Parteien hätten sich während des Zusammenlebens die Lebenshaltungskosten geteilt, wobei sie selbst den Haushalt besorgt habe und dem Beschwerdeführer zudem bei einem Reinigungsjob während fünf Stunden pro Woche ausgeholfen habe; anstatt den Lohn dafür zu beanspruchen, habe sie diesen beim Beschwerdeführer belassen, welcher davon die Miete bezahlt habe (act. 1 S. 5, Rz. 9); mit anderen Worten behauptet die Beschwerdeführerin, die Übernahme der (vollen) nunmehr durch den Beschwerdeführer anteilig in Betreuung gesetzten Forderung, habe der Vereinbarung der Parteien über die Aufteilung dieser Kosten entsprochen. Der Beschwerdeführer hat bestritten, dass die Beschwerdegegnerin seine Wäsche gewaschen und ihm bei einem Reinigungsjob geholfen habe (act. 8/21 Rz. 8 f.) und hat sich implizit auf den Standpunkt gestellt, die Parteien hätten keine von Art. 531 Abs. 2 OR abweichende Regelung getroffen, weshalb die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen sei, einen zum Erreichen der gemeinsamen Ziele gleichen Effort zu leisten wie er selbst und die von ihr erarbeiteten Mittel (vollständig) in die Gemeinschaft einzubringen. Weshalb er die von ihm nunmehr anteilig in Betreuung gesetzten Kosten während Jahren vollständig bezahlt hat, obwohl dies nicht der Absicht der Parteien entsprach, legt der Beschwerdeführer allerdings nicht dar, und er scheint ausser Acht zu lassen, dass eine von Art. 531 Abs. 2 OR abweichende Vereinbarung nicht nur ausdrücklich, sondern insbesondere auch konkludent geschlossen wer-

den kann (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR) und sich insbesondere aus den tatsächlich gelebten Verhältnissen ergeben kann.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer mit Art. 531 Abs. 2 OR zwar auf eine dispositive Gesetzesnorm stützen kann, dass er jedoch dem von der Beschwerdegegnerin behaupteten Lebenssachverhalt, wonach die Parteien mit den tatsächlich gelebten Verhältnissen eine von dieser Norm abweichende Vereinbarung getroffen hätten, bis anhin nichts entgegen gesetzt hat. Da den Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren – wie gesehen – die volle Substantiierungs- und Beweislast für den Bestand seiner Forderung trifft, sind seine Prozessrisiken derzeit höher einzustufen, als seine Gewinnchancen. Dennoch kann sein Standpunkt aufgrund dessen, dass er ihn auf eine dispositive Gesetzesnorm stützen kann, nicht von vornherein als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO qualifiziert werden, umso mehr als das vorinstanzliche Verfahren noch am Anfang steht und die vom Beschwerdeführer zu erstattende Klageantwort noch aussteht. Dem Beschwerdeführer ist deshalb die unentgeltliche Rechtspflege im vorstehend dargelegten Umfang zu bewilligen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz – sollte sich mit Fortschreiten des Prozesses an dieser Einschätzung etwas ändern – dannzumal neu über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege entscheiden kann (Art. 120 ZPO).

3.3 Die Beschwerde des Beschwerdeführers ist damit teilweise gutzuheissen und ihm ist im Fr. 11'000.– übersteigenden Umfang die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ab dem 30. November 2020 (Datum der Gesuchstellung) in der Person von Rechtsanwältin X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Da der Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren dem Grundsatz nach obsiegt und die Beschwerdegegnerin materiell nicht als Partei zu

betrachten ist (dazu vorstehend Ziff. I.5), sind für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben.

2. Grundsätzlich ist eine Entschädigungspflicht des Staates dann möglich, wenn der Staat materiell als Partei zu betrachten ist, was im vorliegenden Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege der Fall ist (vgl. etwa BGE 140 III 501 E. 4.3.2; BGE 142 III 110 E. 3.3). Da die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu Unrecht vollständig verweigert hat, ist der Beschwerdeführer aus der Staatskasse zu entschädigen. Ausgehend vom vorgenannten Streitwert von Fr. 47'756.10 sowie unter Berücksichtigung von § 13 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 10 Abs. 1 AnwGebV ist die Entschädigung auf Fr. 1'500.– festzusetzen, wobei auf diesen Betrag antragsgemäss Mehrwertsteuer auszurichten ist.

3. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird mangels Kostenerhebung bzw. infolge der ihm durch die Staatskasse auszurichtenden Entschädigung gegenstandslos und ist deshalb abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 12. Januar 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"Soweit die erstinstanzlichen Gerichtskosten sowie die ab dem 30. November 2020 anfallenden Anwaltskosten den Betrag von Fr. 11'000.– übersteigen, wird dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihm wird in diesem Umfang ab dem 30. November 2020 in der Person von Rechtsanwältin X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt."

2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'615.50 (inkl. MwSt.) aus der Staatskasse entschädigt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 4-6, sowie an die Vorinstanz, 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 Fr. 47'756.10. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: