

# ZH\_OBERGERICHT PC170022 vom 24. August 2017

ZH Obergericht, 2017-08-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC170022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC170022)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC170022 du 24 août 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT PC170022 del 24 agosto 2017

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien stehen sich vor dem Bezirksgericht Winterthur in einem Scheidungsverfahren gemäss Art. 112 ZGB gegenüber. Am 3. November 2015 reichte der Gesuchsteller und hiesige Beschwerdeführer der Vorinstanz das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien ein und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (umfassend die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter; act. 6/1).

### E. 2

Der Beschwerdeführer begründete das Armenrechtsgesuch anlässlich der Anhörung vom 16. März 2016 damit, dass er mittellos, auf anwaltlichen Beistand angewiesen und sein Prozesstandpunkt nicht aussichtslos sei (Prot. VI S. 5). Als Beleg reichte er eine Aufstellung über seine Einkommens- und Bedarfsverhältnisse sowie diverse Beilagen ein (act. 6/26 und 6/27/1-9). Mit Verfügung vom 23. September 2016 forderte die Vorinstanz den Beschwerdeführer auf, seine Einkommens-, Vermögens- und Bedarfsverhältnisse näher darzulegen und Belege dazu einzureichen (act. 6/37). Innert erstreckter Frist reichte er am 23. November 2016 eine überarbeitete Aufstellung seiner finanziellen Verhältnisse ein, welche er mit verschiedenen Unterlagen dokumentierte (act. 6/40 und 6/41/1-8). Weil der Beschwerdeführer ausserdem die Nachreichung von Unterlagen in Aussicht stellte, wurde ihm mit Verfügung vom 13. Januar 2017 eine letztmalige Frist angesetzt, um die betreffenden Belege beizubringen (act. 6/46). Der Gesuchstellerin wurde mit Verfügung vom 16. Januar 2017 die umfassende unentgeltliche Rechtspflege für das Scheidungsverfahren bewilligt (act. 6/43). Am 14. und 20. Februar 2017 (Datum Poststempel) reichte der Beschwerdeführer innert erstreckter Frist weitere Unterlagen ein (act. 6/48-51). Die Vorinstanz verfügte am 19. April 2017, dass das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege inkl. Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand abgewiesen werde (act. 6/53 = act. 3 = act. 5).

- 3 - 3.1 Gegen diesen Entscheid richtet sich die vom Beschwerdeführer am 8. Mai 2017 rechtzeitig erhobene Beschwerde (act. 2, act. 6/54). Er beantragt im Hauptstandpunkt, die vorinstanzliche Verfügung vom 19. April 2017 sei aufzuheben und es sei ihm die umfassende unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Sodann stellt er für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-55). 3.2 Beim Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege handelt es sich um ein Administrativverfahren zwischen Gesuchsteller und Staat, in welchem die Gegenpartei des Hauptverfahrens grundsätzlich keine Parteistellung hat (BGer 5A\_602/2013 vom 12. März 2014 E. 1). Es würde ihr auch kein Rechtsmittel gegen den ergangenen (Rechtsmittel-)Entscheid zustehen. Dem Gesagten folgend ist die

vorinstanzliche Gesuchstellerin im hiesigen Verfahren nicht als Beschwerdegegnerin im Rubrum aufzunehmen und es war ihr keine Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen. Die Sache erweist sich demzufolge als spruchreif. II. 1. Angefochten ist eine erstinstanzliche prozessleitende Verfügung, gegen welche das Gesetz explizit das Rechtsmittel der Beschwerde vorsieht (Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO). Die Kognition der Rechtsmittelinstantz ist gemäss Art. 320 ZPO auf die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung beschränkt. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer trägt vor, dass zwischen den Parteien in den Jahren 2013 / 2014 ein Eheschutzverfahren hängig gewesen, das mit Urteil vom 28. Mai 2014 abgeschlossen worden sei. In jenem Verfahren sei ihm von derselben Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden. Anlässlich der Anhörung im pendenten Scheidungsverfahren vom 16. März 2016 sei darauf hingewiesen worden, dass sich die Einkommens-, Vermögens- und Bedarfsverhältnisse seit dem Eheschutzverfahren nicht wesentlich geändert hätten. Angesichts dieser

- 4 - Ausgangslage sei es schwer nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz ihn mehr als sechs Monate nach der Anhörung vom 16. März 2016, nämlich mit Verfügung vom 23. September 2016, aufgefordert habe, seine Einkommens-, Vermögens- und Bedarfsverhältnisse näher darzulegen und weitere Belege einzureichen. Nicht akzeptabel erscheine es, dass die Vorinstanz mehr als ein Jahr nach der Anhörung mit Verfügung vom 19. April 2017 erst über sein Gesuch entschieden habe. Seit der Einleitung des Scheidungsverfahrens seien über eineinhalb Jahre vergangen, bis der Entscheid gefällt worden sei. In dieser Zeit habe Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ zahlreiche anwaltliche Bemühungen unternommen. Gerade weil im Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei und sich an den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien nicht viel geändert habe, habe er in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Vorinstanz auch im Scheidungsverfahren das Armenrecht gewähren würde (act. 2 S. 3).

### **E. 2.2**

Vorab ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass ihm im Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, nichts im Hinblick auf das Scheidungsverfahren ableiten kann. Gemäss dem Grundsatz von Art. 119 Abs. 1 und 5 ZPO wird für jedes Verfahren ein entsprechendes Gesuch vorgeschrieben. Sofern man aus dem Vertrauensprinzip eine Ausdehnung der unentgeltlichen Rechtspflege auf konnexe Verfahren ableiten wollte, käme dies lediglich bei einem zeitlich sehr eng auf das Eheschutzverfahren folgenden Scheidungsverfahren infrage (vgl. BK ZPO I-BÜHLER, Art. 119 N 22 ff.). Vorliegend wurde das Scheidungsverfahren rund eineinhalb Jahre nach Abschluss des Eheschutzverfahrens anhängig gemacht. Von einem hinreichend engen zeitlichen Zusammenhang kann daher nicht mehr ausgegangen werden. Das Gesuch war – wie es der Beschwerdeführer denn auch getan hat – neu zu formulieren, zu belegen und entsprechend von der Vorinstanz auch neu zu prüfen. Die Aussage, dass sich die Einkommens-, Vermögens- und Bedarfsverhältnisse seit dem Eheschutz nicht wesentlich verändert hätten, kam sodann nicht von der Vorinstanz, sondern wurde einzig vom Beschwerdeführer selbst als Behauptung aufgestellt (Prot. VI S. 6).

### **E. 2.3**

In Bezug auf den zeitlichen Rahmen für die Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege hat das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass es in jenen Fällen unabdingbar sei, umgehend über das Gesuch zu entscheiden, in denen der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen. Klient und Rechtsvertreter müssten sich Klarheit über das finanzielle Verfahrensrisiko verschaffen können, bevor weitere, in erheblichem Masse Kosten verursachende prozessuale Schritte unternommen würden (BGer 8C\_911/2011 E. 6.1 m.H. auf ältere Entscheide). Als zulässig wird es aber erachtet, das Gesuch im Nachhinein abzuweisen, wenn es nicht beurteilt werden konnte, bevor der gesuchstellenden Partei bzw. ihrem Vertreter Aufwand entstanden ist (BGer 4P.300/2005 vom 15. Dezember 2005 E. 3.1). Der Beschwerdeführer begründete sein Gesuch anlässlich der Anhörung vom 16. März 2016 (Prot. VI S. 5 f.). Die einzigen prozessualen Schritte, zu denen die Vorinstanz den Beschwerdeführer bzw. Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ in der Folge aufforderte, bestanden darin, seine Einkommens-, Vermögens- und Bedarfsverhältnisse (näher) darzulegen, um für die Prüfung des Armenrechtsgesuchs die notwendigen Unterlagen zu erhalten (Verfügungen vom 23. September 2017 [act. 6/37] und vom 13. Januar 2017 [act. 6/46]). Einen weiteren Fortgang nahm das (gerichtliche) Verfahren nicht. Zwar wurde von Seiten der Rechtsvertreter verschiedentlich aufgeworfen, dass eine neue Verhandlung anzusetzen sei (act. 6/31, act. 6/34); offensichtlich erging bis zur Entscheidung über das Armenrechtsgesuch des Beschwerdeführers aber keine entsprechende Vorladung bzw. fand keine Verhandlung statt. In diesem Sinne hat die Vorinstanz keine Rechtsverletzung begangen, indem sie noch nicht über das Gesuch entschied.

### **E. 2.4**

Zu beachten ist hingegen, dass die Parteien dem Gericht anlässlich der Anhörung vom 16. März 2016 ausdrücklich kommunizierten, aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu führen und nur im Falle deren Scheiterns das Verfahren strittig fortsetzen zu wollen (Prot. VI S. 9; vgl. auch act. 6/30, act. 6/31, act. 6/34). Derartige aussergerichtliche Konventionsbemühungen stellen im Rahmen der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege entschädigungsberechtigten anwaltlichen

- 6 - Aufwand dar (BGer 4P.37/2000 vom 27. März 2000 E. 5.c). Indem die Vorinstanz um diese Bemühungen der Rechtsvertreter im Anschluss an die Anhörung wusste, stellt sich die Frage, ob sie aus diesem Grund umgehend über das Gesuch hätte befinden bzw. die fehlenden Unterlagen hätte einfordern sollen. Dies ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Die Parteien äusserten an der Anhörung vom 16. März 2016, dass sie bis Ende Mai 2016 die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche abschliessen wollten, so dass das Verfahren wenn nötig ab Juni 2016 strittig fortgesetzt werden könne. Die Vorinstanz sagte ihrerseits zu, die UP / URV-Gesuche anhand der vorhandenen Akten zu prüfen und falls notwendig weitere Unterlagen einzufordern (Prot. VI S. 9). Am 20. Juni 2016 informierte Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ dahingehend, dass die Vergleichsgespräche noch etwas dauerten und er sich Ende Juni wieder melden würde (act. 6/30). Am

### **E. 2.5**

Nachdem Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ am 23. November 2016 innert erstreckter Frist weitere Unterlagen eingereicht hatte (act. 6/40 und 6/41/1-8), nahm das Prüfungsverfahren innert

regelmässiger Zeitabschnitte seinen Fortgang: Am 21. Dezember 2016 holte die Vorinstanz bei der Alimentenhilfe der Bezirke Winterthur und ... Auskünfte betreffend die Weiterleitung der Kinderzulagen ein (act. 6/42) und setzte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 13. Januar 2017 eine weitere Frist zur Einreichung der in Aussicht gestellten Unterlagen (act. 6/46), welche am 14. Februar 2017 sowie innert erstreckter Frist am 20. Februar 2017 beigebracht wurden (act. 6/48, 6/49/1-2, 6/50, 6/51). Darauf wurde schliesslich mit Verfügung vom 19. April 2017 über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden. Während dieser ganzen Zeitspanne sind keine aussergerichtlichen Bemühungen der Rechtsvertreter aktenkundig. Die Vorinstanz trieb das Prüfungsverfahren sodann angemessen voran, weshalb auch bezüglich dieser Phase von keiner Rechtsverletzung durch die Vorinstanz ausgegangen werden kann. 3.1 Bei der konkreten Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege hielt die Vorinstanz vorab als allgemeinen Grundsatz fest, dass ein aus der Gegenüberstellung von Einkommen und Aufwand für den notwendigen Lebensunterhalt resultierender monatlicher Überschuss eine Tilgung der Prozesskosten binnen eines (bei weniger aufwendigen Prozessen) bzw. binnen zweier Jahre (bei aufwendigeren Prozessen) ermöglichen sollte (act. 3 S. 3). Nach Berechnung der entsprechenden Zahlen kam sie zum Schluss, dass es dem Beschwerdeführer voraussichtlich möglich sein werde, die mutmasslichen Prozesskosten des höchstens mittelmässig aufwändigen Scheidungsverfahrens innert nützlicher Frist zu tilgen. Aus diesem Grund wies sie das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vollständig ab (act. 3 S. 6). 3.2 Die Vorinstanz ging bei ihrer Berechnung von folgenden Zahlen aus: Sie nahm ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 4'595.– (ohne Familienzulagen) an. Dazu rechnete sie ausnahmsweise die Familienzulagen von aktuell Fr. 650.– für seine drei Kinder, da er diese gemäss telefonischer Auskunft der Alimentenhilfe der Bezirke Winterthur und ...

- 8 - seit August 2016 nicht mehr weiterleite. Die Vorinstanz kam somit auf ein dem Beschwerdeführer anrechenbares Nettoeinkommen von Fr. 5'245.– (act. 3 S. 4). Schliesslich berücksichtigte sie, dass die voreheliche Tochter C. \_\_\_\_\_ des Beschwerdeführers bis am 12. Oktober 2016 einen Lehrlingslohn als Kauffrau erwirtschaftet habe. Die Lehre habe am 3. August 2015 begonnen und hätte bis am 2. August 2018 gedauert. Der Kaufmännische Verband Schweiz empfehle für das erste Lehrjahr einen Lohn von Fr. 770.– und für das zweite einen solchen von Fr. 980.–. Ein Teil dieses Einkommens sei unabhängig davon zu berücksichtigen, ob effektiv ein Beitrag geleistet werde. Angemessen erscheine vorliegend ein Beitrag im Bereich von Fr. 460.–, der bis zur Volljährigkeit der Tochter am 2. Juni 2016 zur Deckung der Kosten des gemeinsamen Haushaltes anzurechnen sei. Insgesamt kam die Vorinstanz auf ein dem Beschwerdeführer bis am 2. Juni 2016 anrechenbares Gesamteinkommen von monatlich Fr. 5'705.– (act. 3 S. 5). 3.3 Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass in seinem Lohn auch Entschädigungen für nicht bezogene Ferien enthalten seien, die nicht berücksichtigt werden dürften. Er habe das 50. Altersjahr überschritten und von Gesetzes wegen Anspruch auf fünf Wochen Ferien pro Jahr, was 25 Arbeitstagen entspreche. Davon habe er im Jahre 2016 nur 12 Tage bezogen (act. 2 S. 4). Schwer nachvollziehbar sei sodann, dass die Vorinstanz die Familienzulagen von Fr. 650.– zum Nettolohn hinzugerechnet habe. Die Beschwerdegegnerin habe ihre sämtlichen Alimentenansprüche inkl. Familienzulagen an die Alimentenhilfe der Stadt Winterthur abgetreten. Wenn er die den beiden ehelichen Kindern grundsätzlich zustehenden Kinderzulagen nicht an die Alimentenhilfe weiterleite,

so gehe das nicht zulasten der Beschwerdegegnerin, sondern zulasten der Alimentenhilfe. Es dürften ausserdem höchstens Fr. 400.–, nämlich die Kinderzulagen für die beiden ehelichen Kinder der Parteien, berücksichtigt werden; Fr. 250.– würden seine voreheliche Tochter C.\_\_\_\_\_ betreffen. Die Hinzurechnung der Kinderzulagen zum Nettoeinkommen sei auch im Sinne einer Ausnahmeregelung nicht zulässig, weil durch die Nichtbezahlung an die Alimentenhilfe eine Schuld entstehe, die er irgendwann bezahlen müsse. Die Hinzurechnung führe sodann zu einer doppel- ten Belastung, indem einerseits seine Schuld bei der Alimentenhilfe anwachse

- 9 - und andererseits sein Einkommen künstlich erhöht werde. Nebenbei bemerkte er, dass er die Kinderzulagen von Fr. 400.– erst seit September 2016 nicht mehr be- zahlt habe und seiner Buchhaltung den Auftrag erteilt habe, sie ab Mai 2017 di- rekt an die Alimentenhilfe zu überweisen (act. 2 S. 5). Schliesslich wehrt sich der Beschwerdeführer gegen die Hinzurechnung des Lehrlingslohns seiner Tochter. Die Vorinstanz habe ihm für die gesamte Dauer des bisherigen Scheidungsverfahrens nahezu die Hälfte des höheren Lohnes für das 2. Lehrjahr angerechnet. Und dies obwohl C.\_\_\_\_\_ am tt.mm.2016 volljährig geworden sei und sie lediglich für die Monate August und September den höhe- ren angenommenen Lehrlingslohn von Fr. 960.– erhalten habe. Der Lehrlingslohn werde üblicherweise höchstens zu einem Drittel zum Einkommen des Unterhalt- pflichtigen hinzugerechnet. Er habe von C.\_\_\_\_\_s Mutter nie Unterhaltszahlungen erhalten, sondern seit Beginn allein für sie gesorgt. Vor diesem Hintergrund hätte nicht einmal ein Teil des Lehrlingslohns berücksichtigt werden dürfen. 3.4 Die Vorinstanz und der Beschwerdeführer gehen übereinstimmend von ei- nem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 4'595.– aus (act. 2 S. 3). Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer jeden Monat einen Anteil Fe- rientenschädigung bezogen auf vier Wochen Ferien pro Jahr (Faktor 8,33 % auf seinen monatlichen Bruttolohn) direkt ausbezahlt erhält (act. 6/27/2-4, 6/41/6). Dafür wird ihm während tatsächlich bezogener Ferientage kein Lohn ausgerichtet (vgl. Prot. VI S. 4). Der durchschnittliche Monatslohn ist daher lediglich auf elf Monate im Jahr aufzurechnen, weil ein Monat auf Ferien entfällt. Die Frage, wie viele Ferientage der Beschwerdeführer tatsächlich jährlich bezog resp. aktuell be- zieht, ist dabei nicht von Relevanz: Um den Erholungszweck zu gewährleisten, dürfen Ferien gemäss der (absolut zwingenden) Bestimmung von Art. 329d Abs. 2 OR nicht durch Geldleistungen abgegolten werden (vgl. Art. 361 OR). Be- zieht der Arbeitnehmer trotzdem weniger Ferientage als die vorgesehenen vier Wochen, darf ihm dieses über 100 % liegende Pensum nicht angerechnet wer- den. Folglich ist von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 4'212.– (Fr. 4'595.– x 11 : 12) auszugehen.

- 10 - Nicht belegt und überdies als (unzulässiges) Novum erst im Beschwerdever- fahren vorgebracht (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO; act. 6/26 S. 2, act. 6/41 S. 2) ist die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe fünf Wochen Ferien pro Jahr, wel- che einzurechnen seien. Ebenfalls nicht weiter einzugehen, da neu, ist sodann auf die Ausführungen zu den Betriebsferien, welche die Arbeitgeberin des Be- schwerdeführers vom 20. Dezember 2015 bis 8. Januar 2016 aus wirtschaftlichen Gründen angeordnet habe (act. 2 S. 4). 3.5 Gemäss der von der Vorinstanz bei der Alimentenhilfe der Bezirke Win- terthur und ... vom 21. Dezember 2016 eingeholten Auskunft bezahlte der Be- schwerdeführer die Kinderzulagen für seine ehelichen Kinder (d.h. Fr. 400.–) bis August 2016; danach gebe es keine weiteren Zahlungseingänge (act. 6/42). Herr D.\_\_\_\_\_ von der Alimentenhilfe bestätigte auf entsprechende Nachfrage vom 15. August 2017, dass die Kinderzulagen seit Mai 2017 in

der Höhe von Fr. 400.– von der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers direkt überwiesen würden. Gegenwärtig seien in Bezug auf die Kinderzulagen noch die Monate Oktober 2014, Juni 2016 sowie September 2016 bis April 2017 ausstehend (act. 7). Gemäss dem Effektivitätsgrundsatz sind für die Beurteilung der Mittellosigkeit diejenigen Einkünfte und Vermögenswerte zu berücksichtigen, die tatsächlich vorhanden und effektiv für den Gesuchsteller verfügbar sind (BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 8). Ohnehin anzurechnen sind ihm also die Kinderzulagen für seine voreheliche Tochter C.\_\_\_\_\_, welche in seiner Obhut steht, in der Höhe von Fr. 250.– (BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 13). Analog der fehlenden Einbeziehung von nicht geleisteten (obwohl geschuldeten) Unterhaltsbeiträgen in die Bedarfsrechnung (vgl. BGE 121 III 20 E. 3a m.w.H.) durfte die Vorinstanz aber auch in die Einkommensberechnung einbeziehen, dass der Beschwerdeführer die ihm für seine ehelichen Kinder ausbezahlten Kinderzulagen nicht pflichtgemäss weiterleitete, sondern für seinen eigenen Unterhalt verbrauchte. Es handelt sich um Geld, das er monatlich effektiv für seine Ausgaben zur Verfügung hatte. Ob dadurch die Gesuchsgegnerin oder die Alimentenhilfe zu Schaden kam, ist unerheblich. Auch durch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entsteht dem Beschwer-

- 11 - deführer nämlich eine Schuld, die er irgendwann zurückzahlen muss (Art. 123 ZPO). Beim Umstand, dass die Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 400.– seit Mai 2017 direkt von der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers an die Alimentenhilfe überwiesen werden, handelt es sich um eine erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid eingetretene Veränderung der Verhältnisse. Ein derartiges neues Vorbringen ist im Beschwerdeverfahren unzulässig (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Bundesgericht handhabt die Anwendung des Novenausschlusses auch in (Rechtsmittel-) Verfahren über die unentgeltliche Rechtspflege grundsätzlich streng. Dies mit der Begründung, dass der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege nur formell, nicht aber materiell rechtskräftig werde und jederzeit ein neues Gesuch gestellt werden könne, wenn sich die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid verändert hätten (BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3 f. bestätigt in BGer 5D\_16/2016 vom 13. Mai 2016 E. 4.3 und 4A\_696/2016 vom 21. April 2016 E. 3.1; a.M. BÜHLER, a.a.O., Art. 119 N 50a). Vorliegend rechtfertigt sich diese strenge Praxis umso mehr, als die Veränderung allein auf dem Zutun des Beschwerdeführers beruht. Folglich ist dem Beschwerdeführer mit der Vorinstanz Fr. 650.– zu seinem Nettoeinkommen hinzuzurechnen. 3.6 Der Vorinstanz ist ferner darin zuzustimmen, dass beim Einkommen im Rahmen der Prüfung des Armenrechtsgesuchs ein Teil des Nettoeinkommens des im gleichen Haushalt lebenden unmündigen Kindes grundsätzlich mitberücksichtigt werden kann (vgl. MAIER, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, FamPra.ch 2014 S. 635, 645). Gemäss den Richtlinien des Obergerichts für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 wird in der Regel nicht mehr als ein Drittel davon miteinbezogen (vgl. Ziff. VII.3 mit Verweis auf BGE 104 III 77; OGer ZH LE150053 vom 16. Juni 2016 E. 4.8.2). Gründe, um von dieser Praxis abzuweichen, sind hier nicht ersichtlich und wurden auch von der Vorinstanz nicht aufgeworfen.

- 12 - Die Tochter C.\_\_\_\_\_ des Beschwerdeführers befand sich zur Zeit der Gesuchseinreichung im ersten Lehrjahr bei der E.\_\_\_\_\_ AG ... als Kauffrau EFZ (vgl. act. 6/41/2). Wie die Vorinstanz festhielt, wird vom Kaufmännischen Verband Zürich für das

erste Lehrjahr ein (Brutto-)Lohn von Fr. 770.– und für das zweite ein solcher von Fr. 980.– empfohlen, wobei ein 13. Monatslohn auszubezahlen sei. C.\_\_\_\_\_ wurde am tt.mm.2016 volljährig und löste den Lehrvertrag per 12. Oktober 2016, mithin zwei Monate nach Beginn des zweiten Lehrjahres, auf (act. 6/41/1). Es ist daher angemessen, für die ganze Zeitspanne von einem Drittel des Erstlehrjahrlöhnes unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns, also Fr. 280.– ([Fr. 770.– x 13] : 12 : 3) auszugehen, welcher dem Beschwerdeführer beim Einkommen anzurechnen ist. 3.7 Dem Einkommen des Beschwerdeführers und seiner vorehelichen Tochter C.\_\_\_\_\_ stellte die Vorinstanz einen Bedarf von Fr. 5'262.70 gegenüber, wobei sie die Kosten für das Auto nicht akzeptierte, sondern nur diejenigen für die Benützung des öffentlichen Verkehrs einsetzte. Sie begründete dies damit, dass der Beschwerdeführer die Belege zur Notwendigkeit der Benützung eines Autos für den Arbeitsweg oder die Arbeit trotz entsprechender Aufforderung schuldig geblieben sei. Es leuchte nicht ein, weshalb er die Kosten für ein Fahrzeug tragen müsse, wenn er dieses wie behauptet im Auftrag des Arbeitgebers während der Arbeit nutze (act. 3 S. 5). 3.8 Der Beschwerdeführer führt aus, dass sich die Notwendigkeit der Benützung eines eigenen Autos daraus ergebe, dass er öfters unregelmässige Arbeitseinsätze habe und Kleidungsstücke bei Kunden direkt abliefern müsse. Die Vorinstanz habe ihn nicht explizit aufgefordert, die Notwendigkeit für das Auto zu dokumentieren. Statt der eingesetzten ÖV-Kosten von Fr. 185.50 seien ihm Fr. 200.– pro Monat für das Auto einzusetzen (act. 2 S. 7). Den Rest der vorinstanzlichen Bedarfsberechnung stellt der Beschwerdeführer nicht in Abrede (act. 2 S. 7). 3.9 Die mit der Benützung eines Autos verbundenen Kosten können nur berücksichtigt werden, wenn dem für den Arbeitsweg eingesetzten Privatfahrzeug Kompetenzcharakter zukommt (Art. 92 SchKG; BÜHLER, a.a.O., Art. 117 N 168 ff.). Das Ausweichen auf öffentliche Verkehrsmittel muss unmöglich oder unzumutbar

- 13 - sein, was beispielsweise der Fall sein kann, wenn es an einem Ort überhaupt keinen öffentlichen Verkehr gibt oder dieser aufgrund der speziellen Arbeitszeiten nicht dienlich ist. Generell ist nicht leichthin von Kompetenzcharakter eines Fahrzeugs auszugehen (vgl. SIX, Eheschutz, 2. Aufl., S. 127). Der Beschwerdeführer wohnt an verkehrstechnisch gut erschlossener Lage in Winterthur und arbeitet an der ...-Strasse (im Kreis 4) in der Stadt Zürich. Bei diesem Arbeitsweg ist die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel problemlos möglich und erscheint angesichts der überladenen Verkehrssituation zwischen Zürich und Winterthur sogar praktischer als das Auto. Der Beschwerdeführer begründete seine Angewiesenheit auf ein Auto im vorinstanzlichen Verfahren damit, dass er öfters im Auftrag der Arbeitgeberin Kleidungsstücke auszuliefern habe bzw. zur Filiale nach Luzern bringen müsse (act. 6/40 S. 4). Die Lohnabrechnungen beinhalten keine Spesenentschädigung für Warenauslieferungen. Wenn der Beschwerdeführer dennoch regelmässig solche Aufgaben übernehmen muss, hätte es ihm obgelegen, eine entsprechende Bestätigung seiner Arbeitgeberin beizubringen. Angesichts der klarerweise strengen Anforderungen an den Kompetenzcharakter eines Privatfahrzeugs wäre dies vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer – auch ohne entsprechende explizite Aufforderung durch die Vorinstanz – zu erwarten gewesen. Mit der Vorinstanz sind im Bedarf Fr. 185.50 für ÖV Kosten aufzunehmen. 4.1 Dem Bedarf des Beschwerdeführers und seiner Tochter C.\_\_\_\_\_ von Fr. 5'262.70 steht ein Einkommen von Fr. 5'142.– (Fr. 4'212.– + Fr. 650.– + Fr. 280.–) gegenüber. Angesichts dieser Mankolage ist von der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers im prozessrechtlichen Sinn auszugehen. 4.2 Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit dem Armenrechtsgesuch der Gesuchsgegnerin,

dass ihre Rechtsposition nicht als aussichtslos erscheine (act. 6/43). Von Aussichtslosigkeit ist in familienrechtlichen Streitsachen wie der vorliegenden nur sehr zurückhaltend und nur in ausserordentlichen Fällen auszu- gehen (BÜHLER, a.a.O., Art. N 241a; DIKE Komm. ZPO-HUBER, 2. Aufl., Art. 117 N 61). Es ist daher auch auf Seiten des Beschwerdeführers die fehlende Aus- sichtslosigkeit zu bejahen.

- 14 - 4.3 Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, um- fassend die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bestellung von Rechtsan- walt X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand. Der Beschwerdeführer ist da- rauf hinzuweisen, dass er zur Rückzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO). III. 1. Der Beschwerdeführer obsiegt und wird daher nicht kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Auf die Erhebung von Gerichtskosten für das obergerichtliche Verfahren ist zu verzichten. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechts- pflege (act. 2 S. 2) ist demzufolge als gegenstandslos abzuschreiben. 2. Der Beschwerdeführer beantragt die Zusprechung einer Parteientschädi- gung (act. 2 S. 2). Nach neuerer Praxis des Bundesgerichts ist einer um unent- geltliche Rechtspflege ersuchenden Partei, die im Beschwerdeverfahren obsiegt, eine Parteientschädigung zulasten der Staatskasse auszurichten (BGE 140 III 501 E. 4). Demnach ist die Kasse des Bezirksgerichts Winterthur zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zu entrichten. Diese ist in Ein- klang mit den Grundsätzen des § 2 Abs. 1 AnwGebV (insbesondere geringe Schwierigkeit des Falles sowie geringer notwendiger Aufwand) auf insgesamt Fr. 600.– (Mehrwertsteuer darin inbegriffen) festzusetzen. Es wird erkannt:

## **E. 5**

Juli sowie am 6. September 2016 gaben beide Rechtsvertreter telefonisch be- kannt, dass bis anhin keine Einigung habe erzielt werden können, dass sie jedoch nach wie vor um einen Vergleich bemüht seien (act. 6/32, act. 6/34). Daraufhin wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 23. September 2016 erstmals Frist angesetzt, um geeignete Unterlagen einzureichen, die sein Armenrechtsge- such stützten. Das Scheidungsverfahren wurde über die Frühlings- und Som- mermonate folglich informell sistiert, um den Parteien Gelegenheit zu geben, sich aussergerichtlich zu einigen. Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie sich nicht sogleich an die Prüfung der Armenrechtsgesuche machte, sondern den Fall wunschgemäss ruhen liess und sich lediglich hin und wieder nach dem Stand der Dinge erkundigte. Wie gross der den Anwälten in der Zwischenzeit angefallene Aufwand ausfiel, entzog sich der Kenntnis der Vorinstanz. Hätte einer der Rechtsvertreter angesichts ausserpro- zessualer Aufwände einen sofortigen Entscheid über das Gesuch um unentgeltli- che Rechtspflege herbeiführen wollen, hätte er von sich aus tätig werden und bei der Vorinstanz entsprechend nachhaken können und müssen. Da Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ in dieser Zeit auch immer wieder im telefonischen Kontakt mit der Vo- rinstanz stand, wäre ihm dies umso mehr zumutbar gewesen.

- 7 -