

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC120021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

## Urteil vom 7. Juni 2012

in Sachen

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

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung / unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 2. April 2012; Proz. FE110229**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem Scheidungsprozess. Mit Verfügung vom 2. April 2012 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Prozessführung und um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ab (act. 7).

2. Dagegen ergriff der Kläger fristgerecht Berufung (act. 2; act. 37/3). Mit Eingabe vom 26. April 2012 liess er um Behandlung der Berufung als Beschwerde ersuchen (act. 5), die gemäss Art. 121 ZPO bei der Ablehnung von Gesuchen um unentgeltliche Prozessführung das zulässige Rechtsmittel ist. Anzumerken ist, dass die Konversion von Rechtsmitteln nach der Praxis der Kammer von Amtes wegen erfolgt (vgl. *OGerZH* NQ110029, Beschluss vom 5. September 2011, publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/Entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/Entscheide) neue ZPO).

Der Beschwerdeführer stellt für das vorliegende Verfahren folgende Anträge:

1. Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung betreffend das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sei aufzuheben, und es sei dem Beschwerdeführer für das Ehescheidungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und die Unterzeichnete als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
2. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdegegnerin.

3. Im Verfahren betreffend unentgeltliche Prozessführung muss die Gegenseite nicht angehört werden (Art. 119 Abs. 3 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, der vorinstanzliche Entscheid werde dazu führen, dass die eheliche Wohnung zwangsliquidiert werden müsse. Seine hohen Schulden würden ihn – wegen des bisherigen Scheiterns eines Verkaufes des ehelichen Stockwerkeigentums – in den Privatkonkurs treiben. Das würde die Schulden erhöhen und einen erheblichen Verlust von Pensionskassenbeiträgen bedeuten. Seit dem Auszug der Beschwerdegegnerin habe er die hohen Fixkosten und die Schulden für die Eigentumswohnung allein zu tragen. Es treffe auch nicht zu, dass er den zweiten Kredit für sich verschwendet habe. Vor Erlass der vorinstanzlichen Verfügung sei ihm das rechtliche Gehör verweigert worden. Die Verwendung des Kredits zu belegen sei in jeder Hinsicht schwierig gewesen (act. 2 S. 3 f.).

Der Kredit vom 7. November 2008 bei der C.\_\_\_\_\_ Bank in der Höhe von Fr. 85'000.-- sei im Umfang von Fr. 37'667.50 gemäss act. 6/25/10 zur Tilgung des vorbestehenden Kredits gebraucht worden, so dass davon noch Fr. 47'332.60 übrig geblieben seien (act. 2 S. 5). Diese restlichen Fr. 47'332.60 seien nicht für den Kläger persönlich, sondern im Umfang von Fr. 25'387.25 für Zahnarztrechnungen, insbesondere der damals nicht berufstätigen Ehefrau verwendet worden (act. 2 S. 6 f.). Im Jahr 2009 habe der Beschwerdeführer einen monatlichen Durchschnittsverdienst von netto Fr. 3'900.-- gehabt; bei einem Bedarf von mindestens Fr. 7'500.-- monatlich sei ein Manko von Fr. 3'600.--/Monat bzw. Fr. 43'300.--/Jahr zu decken gewesen. Schon allein dieses Manko habe den Kredit praktisch aufgebraucht (act. 2 S. 7 f.). Es werde daher gerügt, dass die Ratenzahlungen in der Höhe von Fr. 1'916.-- für die Abzahlung des zweiten Aufstockungskredites nicht berücksichtigt worden seien (act. 2 S. 8). Beim Kläger bestehe ein Bedarf von Fr. 7'000.--, was bei einem Einkommen von Fr. 6'137.-- ein Manko von Fr. 860.-- ergebe. Eine knappe Unterdeckung bleibe auch bei Anrechnung der hypothetischen Wohneinnahmen durch seine beiden Söhne im Betrag von Fr. 487.-- und Fr. 562.--. Dazu kämen weitere Schulden gemäss Eingabe vom 16. Februar 2012, die noch nicht hätten gedeckt werden können (act. 7 S. 9). Der Sohn D.\_\_\_\_\_ habe in der fraglichen Zeit kein Einkommen gehabt und die Zah-

lungen für Januar und Februar 2012 stammten von dessen Freundin. Hypothetisches Einkommen sei unbeachtlich. D. \_\_\_\_\_ habe sich ausserdem am 20. April 2012 entschlossen, beim Vater auszuziehen. Eine anderweitige Untervermietung sei schon deshalb nicht möglich, weil die Wohnung verkauft werden müsse. Der Sohn E. \_\_\_\_\_ verbringe nur eine Nacht/Woche in der Wohnung des Vaters und sei sonst im Militär, so dass ein Wohnkostenanteil von Fr. 200.-- angemessen wäre. Im Übrigen lebe er mehrheitlich bei der Schwester, die ein grosses Haus habe und wo er auch angemeldet sei.

2. Hinsichtlich des vorinstanzlichen Entscheides macht der Beschwerdeführer geltend, dass ihm das rechtliche Gehör verweigert worden sei. Seine Rechtsvertreterin habe nicht damit gerechnet, dass bei einer so hohen Verschuldung die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werde (act. 2 S. 3).

Zunächst ist unklar, was der Beschwerdeführer damit geltend machen will. Sollte es die Meinung haben, dass der Beschwerdeführer bzw. seine Vertretung vor Vorinstanz zu wenig Sorgfalt auf den Nachweis des Verwendungszweckes des Kredites gelegt hätten, ist dies kein stichhaltiges Argument. Gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO gilt zwar die beschränkte Untersuchungsmaxime; es bestehen aber Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind umfassend darzustellen und soweit möglich zu belegen (vgl. KuKo ZPO-Jent-Sørensen, N. 10 zu Art. 119). Wer als anwaltlich vertretene Partei ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung stellt (vgl. act. 19 und act. 24), kann nicht überrascht sein, wenn ein solches Gesuch auf Grund der behaupteten Verhältnisse und der eingereichten Belege beurteilt und entschieden wird, zumal ein solches Gesuch nicht fristgebunden ist und eine gewisse Freiheit besteht, in welchem Zeitpunkt es gestellt werden will.

Bei der geltend gemachten Gehörsverweigerung kann es sich auch nicht darum handeln, dass dem Beschwerdeführer das „letzte Wort“ im Sinne der Bundesgerichtsrechtsprechung zu Art. 29 BV verweigert wurde (vgl. BGer 4D\_111/2010 mit weiteren Hinweisen; BGE 132 I 46 f.). Diesbezüglich geht das Bundesgericht davon aus, dass den Prozessparteien sämtliche Eingaben der Prozessgegner ohne Fristansetzung zuzustellen sind, damit sich diese – unaufrage-

fordert und unverzüglich – dazu äussern können, wenn es ihnen beliebt. Unterbleibt die Zustellung, ist die Sanktion in der Regel die Aufhebung des betreffenden Entscheides, ausser bei nicht besonders schwerwiegenden Verletzungen, wenn der Rechtsmittelinstanz eine umfassende Kognition zusteht oder bei schwerwiegenden Verletzungen, wenn die Rückweisung ein formalistischer Leerlauf bedeuten würde (vgl. Nicolas von Werth, Die Beschwerde in Zivilsachen, Bern 2010, Rz 671 mit weiteren Zitaten; BGE 133 I 201 E. 2.2).

Bei den Akten befindet sich ein durch die Vertreterin des Beschwerdeführers bzw. durch ihre Kanzlei unterzeichneter Empfangsschein (act. 6/35/2), datiert vom 13. März 2012, mit dem ihr „Kopien von act. 31, 34/1-3 z.K., Doppel act. 32 und 33/1-3“ zugestellt wurden. Bei diesen Aktenstücken handelt es sich um die Aktennotiz vom 5. März 2012 betreffend Meldeverhältnisse bei der Einwohnergemeinde F.\_\_\_\_\_ (act. 6/31), um einen Betreibungsregisterauszug (act. 6/34/1 und /2) sowie die Berechnung des Existenzminimums betreffend den Sohn D.\_\_\_\_\_ (act. 6/34/3), um die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 8. März 2012 (act. 6/32 [Bezug nehmend auf die Eingabe des Beschwerdeführers vom 16.2.2012; act. 6/24 und act. 6/25/1-13]) sowie um die Beilagen dazu (act. 6/33/1-3). Ausserdem war der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 23. Februar 2012 aufgefordert worden, sein Gesuch entsprechend den Erwägungen zu ergänzen und Belege einzureichen (act. 6/26 S. 2 f.). Diese Aufforderung betraf die finanzielle Situation der beiden erwachsenen Söhne D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. Dazu hatte der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe vom 1. März 2012 (act. 6/29) Stellung genommen: Für D.\_\_\_\_\_ machte er geltend, dieser sei persönlich in einer sehr schwierigen Situation, sei von seiner Ehefrau getrennt und gegenüber seiner Tochter unterstützungspflichtig. Er habe keine abgeschlossene Ausbildung und sei zur Zeit ohne Erwerbseinkommen; zudem würde eine Lohnpfändung bestehen (eingereicht als act. 6/30). Sobald er wieder arbeite, werde er seinem Vater monatlich Fr. 487.--, wie ihm in der Lohnpfändung zugestanden werde, bezahlen (act. 6/9 S. 1). Für den Sohn E.\_\_\_\_\_ wurde erwähnt, dieser wohne bei der Schwester in G.\_\_\_\_\_, wo er angemeldet sei. Eine Nacht pro Woche sei er beim Vater, wo er seine Wäsche machen könne, die meiste Zeit sei er ohnehin im Militärdienst (act. 6/29 S. 2).

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat den Empfang von act. 31, 34/1-3 z.K., Doppel act. 32 und 33/1-3 am 15. März 2012 bestätigt (act. 6/35/2). Die Abweisung des Gesuches des Beschwerdeführers erfolgte mit Verfügung vom 2. April 2012 (act. 6/36) und damit rund zwei Wochen nachdem die genannten Aktenstücke der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers zur Kenntnis zugestellt wurden. Sie hätte somit problemlos reagieren können, wenn sie das für nötig gehalten hätte. Die Praxis des „letzten Wortes“ verlangt eben gerade keine Fristansetzung, sondern gewährt eine – unverzüglich wahrzunehmende – Äusserungsmöglichkeit auf freiwilliger Basis, womit sich der Vorwurf, die Vorinstanz hätte das rechtliche Gehör verweigert, auch diesbezüglich als haltlos erweist.

3. Die hauptsächliche Rüge des Beschwerdeführers betrifft die Tatsache, dass die Vorinstanz die monatliche Rate von Fr. 1'916.65 zur Amortisation des (zweiten) Kredites bei der C.\_\_\_\_\_ Bank im erweiterten Bedarf des Beschwerdeführers nicht berücksichtigt hat. Dabei geht es um die Frage, inwieweit die Rückzahlung von Schulden im erweiterten Bedarf berücksichtigt werden können. In Lehre und Praxis bestehen keine „harten“, eindeutigen Kriterien. Ganz allgemein wird darauf hingewiesen, dass Schulden im Zusammenhang mit überbewerteten Kompetenzgütern nicht berücksichtigt werden und dass es eine Rolle spielen kann, ob ein Vertrag allenfalls vorzeitig kündbar ist (Lukas Huber, Dike-Komm-ZPO, N. 54 zu Art. 117). Im Übrigen wird besonderes Gewicht darauf gelegt, dass die einzuberechnenden Schulden bis anhin regelmässig bezahlt wurden (ZK ZPO-Emmel, N. 11 zu Art. 117).

Wofür dieser Kredit gebraucht wurde, stellt der Beschwerdeführer vor Vorinstanz (act. 6/24 S. 6 f., act. 6/15 S. 1) und im vorliegenden Beschwerdeverfahren (act. 2 S. 4 ff.) unterschiedlich dar. Im Zusammenhang mit den im Beschwerdeverfahren erhobenen neuen Angaben zum Verwendungszweck des Kredites ist anzumerken, dass Noven im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, was sich ohne weiteres aus Art. 326 Abs. 1 ZPO ergibt. Auch das Bundesgericht hat das in *BGer 5A\_405/2011* vom 27. September 2011 (in BGE 137 III 470 nicht publizierte E. 4.5.3) klar entschieden, und zwar auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen. Davon geht auch die Kammer

aus (OGerZH PF120017, Urteil vom 10. Mai 2012, publiziert bei [www.gerichte-zh.ch/Entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/Entscheide) neue ZPO). Das zweitinstanzliche Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend den Verwendungszweck des Kredites bleibt daher unberücksichtigt und der Entscheid ist auf der Basis der erstinstanzlichen Vorbringen zu fällen.

Aus dem erstinstanzlichen Verfahren – Äusserungen des Beschwerdeführers selbst, eingereichte Urkunden – ergibt sich Folgendes: Die Steuererklärung für das Jahr 2009 weist ein Einkommen von insgesamt Fr. 46'860.-- aus (act. 6/5/1). Bezüglich des Kredites der C. \_\_\_\_\_ Bank ist ersichtlich, dass er am 30. Januar 2009 Fr. 112'989.75 betrug und dass er bis zum Datum der eingereichten Belege (22. Oktober 2010; act. 6/5/13) und gemäss einem aktualisierten zweitem Auszug vom 22. August 2011 (act. 6/17/7) recht regelmässig amortisiert wurde. In seiner persönlichen Eingabe vom 2. Januar 2012 machte der Beschwerdeführer geltend, dass er Ende 2008 die Stelle verloren und danach wegen Burnout und Suizidgefährdung hospitalisiert war. Seit September 2009 arbeitete er wieder, wenn auch mit einer Lohneinbusse von Fr. 2'000.--/Monat. Um die Kosten der Eigentumswohnung bezahlen zu können, sei er gezwungen gewesen, Privatdarlehen aufzunehmen und den zur Eigentumswohnung gehörigen Bastelraum zu verkaufen (act. 6/15). Mit Eingabe vom 16. Februar 2012 wies die neu mandatierte Rechtsvertreterin in ihrem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsbeistand auf die gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers hin und machte im monatlichen Bedarf von Fr. 6'676.90 die monatlichen Raten für den Kredit bei der C. \_\_\_\_\_ Bank in der Höhe von Fr. 1'916.-- geltend (act. 6/24 S. 3). Sie wies darauf hin, dass es wegen der beschriebenen Lebensumstände des Beklagten eine verheerende Schuldenspirale geraten sei (act. 6/24 S. 4 f.). Am meisten belaste ihn dieser Kredit, den der Beschwerdeführer im November 2008, als sich seine schwierige Situation abzeichnete, aufgestockt habe (act. 6/24 S. 6). In der Folge erwähnt die Rechtsvertreterin, wofür der Kredit verwendet worden sei: Fr. 25'000.-- seien für die nötigste Renovation der sehr günstigen, aber reparaturbedürftigen Wohnung des Sohnes erforderlich gewesen (act. 24 S. 6 f.) und der restliche Teil des Kredites sei in die eheliche Wohnung investiert worden. Die Verwendung dieses Geldes sei aus ei-

nem Brief des Gegenanwaltes ersichtlich (act. 24 S. 7). Im genannten Schreiben (act. 6/25/11) sind Rechnungen, offenbar von Handwerkern gestellt, im Zusammenhang mit der Wohnungsrenovation im Betrage von Fr. 110'912.88 aufgeführt. Mit act. 6/33/1-11 reichte die Beschwerdegegnerin dann ihrerseits Rechnungskopien betreffend den Wohnungsumbau ein. Daraus ist ohne weiteres ersichtlich, dass diese ausnahmslos aus dem Jahr 2006 datieren, so dass es wenig wahrscheinlich ist, dass der im Herbst 2008 (Vertrag vom 17. November 2008; act. 6/17/7) aufgestockte Kredit dafür verwendet wurde. Ausserdem ist ersichtlich, dass aus dem Kredit von Fr. 85'000.-- lediglich eine Barauszahlung von Fr. 47'332.60 erhältlich gemacht wurde und dass für die Amortisation eines bereits bestehenden Kredits Fr. 37'667.40 verwendet wurden. Ausgehend von den verfügbaren Unterlagen und der Tatsache des nachweislich erheblich eingeschränkten Erwerbseinkommens des Beschwerdeführers (nach der Entlassung 2008 Fr. 5'683.-- für November und Dezember 2008 sowie Fr. 23'180.-- ALV für Januar bis 6. September 2009 und Fr. 23'680.-- Lohnzahlungen vom 7. September bis 31. Dezember 2009; vgl. Beilage zur Steuererklärung [act. 6/5/1]) ist – entgegen der erstinstanzlichen Sachdarstellung der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers – glaubhaft, dass der Kredit im Wesentlichen zur Bezahlung von Wohnkosten und laufendem Unterhalt verwendet wurde. Weil der Beschwerdeführer darlegen konnte, dass der Schuldendienst bei der C.\_\_\_\_\_ Bank regelmässig geleistet wird (act. 6/17/7) und weil im Sinne der vorstehenden Erwägungen davon auszugehen ist, dass der Kredit insbesondere dazu verwendet wurde, um die Zeit von Arbeitslosigkeit und Krankheit zu überbrücken, ist der monatliche Amortisationsbetrag von Fr. 1'916.-- im Bedarf des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Die Vorinstanz ist von einem Notbedarf von Fr. 4'601.60 ausgegangen und hat als Erweiterungsposten Fr. 440.-- an laufenden Steuern berücksichtigt, was den Betrag von Fr. 5'041.60 ergibt (act. 36 S. 8). Kommt die Kreditamortisation von Fr. 1'916.-- hinzu, beträgt der erweiterte Bedarf des Beschwerdeführers Fr. 6'957.60. Dem steht das monatliche Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 6'137.-- gegenüber, was eine Unterdeckung von Fr. 820.60 ergibt. Bei dieser Ausgangslage kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die beiden Söhne gehalten sind, an die Wohnkosten beizutragen bzw. inwieweit dem Beschwerdefüh-



rer ein angemessener Beitrag an die Wohnkosten anzurechnen ist, wenn er auf eine Geltendmachung verzichtet. Was den Sohn D. \_\_\_\_\_ anbelangt, hat die Vorinstanz Abklärungen gemacht. Dabei wurde der Betrag für Wohnkosten von Fr. 487.-- aus einer Lohnpfändung übernommen (act. 6/30). Aus dem gleichen Aktenstück ergibt sich allerdings auch die Arbeitslosigkeit des Sohnes und dass er keinen Anspruch auf Taggelder hat, so dass höchst fraglich ist, ob dieser Betrag deswegen tatsächlich eingerechnet werden kann. Selbst wenn die von der Vorinstanz erhobenen Zahlen von Fr. 487.-- und Fr. 562.-- (Wohnkostenanteil Sohn E. \_\_\_\_\_) vollumfänglich eingerechnet werden könnten, führte dies zu einem monatlichen Überschuss von rund Fr. 200.--, was nicht ausreicht, um dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung zu verweigern.

Für die unentgeltliche Prozessführung ist nicht nur das Einkommen, sondern auch allfälliges Vermögen zu berücksichtigen. Eine Rolle könnte hier das Stockwerkeigentum der Parteien spielen. Nach h.A. gehen alle Möglichkeiten zur Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung nicht vermieteter Räumlichkeiten oder durch Aufnahme eines zusätzlichen, noch möglichen Hypothekendarlehens dem staatlichen Unterstützungsanspruch vor (vgl. z.B. ZK ZPO-Emmel, N. 8 zu Art. 117 mit weiteren Hinweisen). Zur Eigentumswohnung der Parteien ergibt sich Folgendes aus den Akten: Was den Wert des Stockwerkeigentums anbelangt, gab es dafür eine Käuferschaft (die dann allerdings absprang, als sich die Zusage der Parteien wegen interner Uneinigkeiten hinzog), die Fr. 745'000.-- geboten hatte (act. 6/24 S. 7; 6/15). Das ist ein recht verlässlicher Hinweis auf den Marktpreis. Bei den Akten liegt der Kaufvertrag betreffend Stockwerkeigentum, Grundregisterblatt ..., 75,5/1000 Miteigentum an der Liegenschaft GR-Blatt ..., mit Sonderrecht an der 5 ½-Zimmer-Maisonette-Wohnung Nr. ... im 1./2. Obergeschoss und Dachgeschoss sowie am Keller Nr. ... im Untergeschoss des Hauses ...stasse ... in der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ (sowie der offenbar inzwischen veräusserte Bastelraum Grundbuchblatt ...) vom 4. Januar 2006 zum Preis von Fr. 585'000.-- (act. 6/5/3), wobei dann allerdings noch erheblich investiert worden sein soll (act. 6/25/11), was auch die Beschwerdegegnerin so darstellt (act. 6/33/1/11). Anzumerken ist schliesslich, dass die Parteien Miteigentümer je zur Hälfte sind. Der Steuererklärung 2010

(act. 6/5/2) ist ein Schuldenverzeichnis beigelegt, das hypothekarischer Belastungen in der Höhe von Fr. 488'875.-- nennt. Ginge man rein von diesen Zahlen aus, wäre eine Aufnahme einer zusätzlichen Hypothek sicherlich nicht von vorneherein aussichtslos und es müsste vom Beschwerdeführer ein Nachweis verlangt werden, dass er zumindest einen ernsthaften Versuch dazu unternommen hat. In Scheidungssituationen ist es allerdings notorisch, dass die Zustimmung des mitberechtigten Ehegatten dafür kaum je erhältlich gemacht werden kann.

Unklar ist zudem, wie es sich mit der seinerzeitigen Finanzierung des Grundstückkaufes verhält. Der Kläger erwähnt in act. 2 S. 3 f. den möglichen Verlust von Pensionskassenbeiträgen und in einem Email des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin vom 6. Oktober 2011 (act. 6/25/12) wird auf einen Vorbezug aus der Pensionskasse in der Höhe von Fr. 136'000.-- sowie Fr. 64'000.-- hingewiesen: Sofern wäre der Verkaufserlös nicht frei verfügbar, sondern an die Vorsorgeeinrichtung zurück zu übertragen.

Da nicht davon auszugehen ist, dass die Beschwerdegegnerin der Erhöhung der hypothekarischen Belastung zustimmt, kann auf Weiterungen verzichtet werden. Was die Finanzierung aus Pensionskassenbeiträgen angeht, wäre diese ebenfalls abzuklären, wenn es darauf ankäme. Die Subsidiarität der staatlichen Prozesskostenhilfe lässt sich jedoch – ohne Verletzung der Rechte des Beschwerdeführers – auch dadurch erreichen, dass seinem Antrag um unentgeltliche Prozessführung unter der Bedingung entsprochen wird, dass er den ihm zustehenden Erlösanteil am Verkaufserlös des Stockwerkeigentums, Grundregisterblatt ..., 75,5/1000 Miteigentum an der Liegenschaft GR-Blatt ..., mit Sonderrecht an der 5 ½-Zimmer-Maisonette-Wohnung Nr. ... im 1./2. Obergeschoss und Dachgeschoss sowie am Keller Nr. ... im Untergeschoss des Hauses ...stasse ... in der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ der Obergerichtskasse zur Deckung allfälliger Gerichts- und Anwaltskosten abtritt, allerdings nur in dem Umfang als nach der Rückzahlung des Hypothekendarlehens und nach der Rückführung des Pensionskassenvorbezuges an die Vorsorgeeinrichtung aus seinem Erlösanteil noch ein Überschuss bleibt. Sollte der Beschwerdeführer die beigelegte Abtretungserklärung

nicht unterzeichnen, würde die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (für Gerichtskosten und unentgeltlichen Rechtsbeistand) dahinfallen.

4. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die unentgeltliche Prozessführung nur gewährt wird, wenn der Prozessstandpunkt der Gesuch stellenden Partei nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a ZPO). Bei familienrechtlichen Verfahren kann dies kaum je gesagt werden. Was den Rechtsbeistand betrifft, fällt als zusätzliches Kriterium in Betracht, dass die betreffende Person auf rechtskundige Unterstützung angewiesen sein muss. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den Beizug einer solchen Unterstützung nahe gelegt hat (Prot. VI S. 3 f.) und dass die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten ist, was unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit ebenfalls für die Gewährung spricht (act. 21).

### III.

Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO werden im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Kosten erhoben. Ob das auch für das Rechtsmittelverfahren gilt, ist umstritten (vgl. *OGerZH* NQ110017 vom 8. September 2011; a.A. *BGer* 5A\_405/2011 vom 27. September 2011 E. 6 = BGE 137 III 470 und *BGer* 4A\_507/2011). Da der Beschwerdeführer obsiegt, stellt sich die Frage der Kostenaufgabe nicht.

Der Gegenpartei ist schon mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

### Es wird erkannt:

1. Unter der Voraussetzung, dass der Berufungskläger die beiliegende Abtretungserklärung zu Gunsten des Kantons Zürich, vertreten durch die Obergerichtskasse, unterzeichnet, wird ihm für das erstinstanzliche Scheidungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und es wird ihm Rechts-

anwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin beigegeben.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Dem Beschwerdeführer wird eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides angesetzt, um die Abtretungserklärung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 (dreifach) datiert und unterzeichnet bei der Kammer einzureichen.

Wird die Abtretungserklärung nicht fristgemäss eingereicht, fällt die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) dahin.

3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.  
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: