

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Oswald.

Beschluss und Urteil vom 21. März 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil / unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Februar 2013; Proz. FP120037

Erwägungen:

1. Die Ehe der Parteien wurde mit Scheidungsurteil des Bezirksgerichts C._____ vom 14. September 2010 geschieden. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde verpflichtet, an den Unterhalt der drei Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 900.– und der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) an ihren persönlichen Unterhalt bis Ende März 2017 Fr. 1'800.– und vom 1. April 2017 bis 31. März 2021 Fr. 1'200.– pro Monat zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge beruhten auf einem monatlichen Bruttoerwerbseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 7'000.– (act. 5/3/2).

2. Mit Eingabe vom 25. Mai 2012 klagte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz auf Abänderung der mit dem Scheidungsurteil festgelegten Unterhaltsbeiträge (act. 5/1). Nach durchgeführter Einigungsverhandlung, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. I S. 2 f.), erfolgte mit Schreiben vom 20. November 2012 die Klageantwort (act. 5/18). Mit Eingabe vom 13. Januar 2013 stellte der Beschwerdeführer ein (rückwirkendes) Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 5/23). Dieses wurde mit Verfügung vom 19. Februar 2013 abgewiesen (act. 5/26 = act. 4).

3. Gegen die Verfügung vom 19. Februar 2013 liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. Februar 2013 Beschwerde erheben (act. 2). Er beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihm die unentgeltliche Prozessführung und -vertretung rückwirkend zu bewilligen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die nämlichen Anträge betreffend unentgeltliche Rechtspflege stellt er für das Beschwerdeverfahren (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-30). In Anwendung von Art. 119 Abs. 3 ZPO, wonach die Gegenpartei (nur) anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung einer Sicherheit für die Parteient-schädigung umfassen soll, was vorliegend nicht der Fall ist, wurde keine Beschwerdeantwort eingeholt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

4. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind nach der Rechtsprechung Prozessbegehren 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 finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen zur Zeit, zu der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird (BGE 125 II 275; BGE 129 I 135 mit zahlreichen Hinweisen).

5. Die unentgeltliche Rechtspflege wurde im angefochtenen Entscheid deshalb verweigert, weil die Rechtsbegehren aussichtslos erscheinen würden. Gestützt auf die Scheidungsakten des Bezirksgerichts C. _____ (act. 5/12), insbesondere die damaligen Ausführungen des Beschwerdeführers und der Rechtsvertreter, führte die Vorinstanz zusammengefasst Folgendes aus: Der Beschwerdeführer habe sich in der am 14. September 2010 unterzeichneten umfassenden Scheidungsvereinbarung gestützt auf ein (erzielbares) Einkommen von Fr. 7'000.– auf seiner Seite und ein solches von Fr. 1'650.– auf Seiten der Beschwerdegegnerin zu den heute strittigen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Der Annahme des erzielbaren Einkommens und damit der gegenwärtig gültigen Festlegung der Unterhaltsbeiträge sei eine Tätigkeit des Beschwerdeführers als Wirt (Gastronom) zugrunde gelegt worden. Der auch im Scheidungsverfahren anwaltlich vertretene Beschwerdeführer habe das fragliche hypothetische Einkommen vor dem Hintergrund der von ihm angeführten prekären Situation des damaligen Restaurants bzw. Trägerunternehmens in schwieriger Marktlage und gesundheitlicher Probleme vereinbart. Er habe das angenommene Einkommen als Wirt daher offensichtlich für erzielbar gehalten und zwar unter Berücksichtigung seiner konkreten Ausbildung und Berufserfahrung. Nebenbei habe der damalige und heutige Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Scheidungsverfahren von diesem noch als

gelernter Koch gesprochen. Selbst er sei in seinem Plädoyer in der Scheidungsverhandlung auf ein damaliges (effektives) Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 6'300.– gekommen, sollten (bestrittene) zusätzliche Einnahmen aus dem Wert der D. _____ GmbH einbezogen werden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die damaligen Annahmen unzutreffend gewesen sein sollten. Berufsausbildung und Marktlage in der Gastronomie seien berücksichtigt worden. Ebenso wenig sei ersichtlich, inwiefern sich die erwähnten Verhältnisse geändert haben sollten. Der Beschwerdeführer mache insbesondere nicht geltend, dass und gegebenenfalls weshalb er nicht mehr als Wirt tätig sein könne. Angeführt werde lediglich, dass ein hypothetisches Einkommen nicht mehr erreicht werden könnte. Weshalb dies der Fall sei, bleibe offen. Der neuerliche Hinweis auf eine schwierige Marktlage genüge nicht, zumal eine weitere, geschweige denn erhebliche Verschlechterung derselben seit dem Scheidungszeitpunkt nicht vorgebracht werde. Bereits damals sei das Bild eines sehr schwierigen Wirtschaftsumfelds in der Gastronomie gezeichnet worden. Die Verschuldung des Beschwerdeführers resultiere gemäss eigener Darstellung aus dem geltend gemachten effektiv niedrigeren Lohn. Dass der Beschwerdeführer heute als Koch tatsächlich ein geringeres Einkommen erwirtschaften wolle, sei jedoch nach dem Gesagten in der vorliegenden Situation nicht massgeblich, weshalb es auch die Verschuldung nicht sein könne. Von gesundheitlichen Problemen des Beschwerdeführers sei schliesslich im aktuellen Verfahren bisher nicht die Rede gewesen. Nach summarischer Prüfung würden die Chancen, dass eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB verneint werden müsste, überwiegen und wiege die Möglichkeit der Klageabweisung aktuell deutlich schwerer als jene der Gutheissung (act. 4 S. 8 f.).

5.1. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber im Wesentlichen geltend, die Abänderungsklage müsse alles andere als aussichtslos bezeichnet werden, da sämtliche Voraussetzungen von Art. 286 Abs. 2 ZGB als gegeben angesehen werden müssten. Die Vorinstanz verkenne, dass sich die Parteien im Scheidungsverfahren zwar auf Veranlassung des urteilenden Gerichts konventionell über ein im Scheidungszeitpunkt hypothetisch erzielbares Einkommen des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 7'000.– geeinigt hätten. Dies allerdings des-

halb, weil der Beschwerdeführer das Scheidungsverfahren einem raschen, einvernehmlichen Ende habe zuführen wollen und weil der Präsident des Bezirksgerichts C._____ in Aussicht gestellt habe, im Fall eines Urteils auf dieses hypothetische Einkommen abzustellen. Das tatsächlich erwirtschaftete Einkommen der Parteien sei gar nicht festgehalten, geschweige denn anerkannt worden. Es seien einzig Ausführungen zum hypothetisch erzielbaren Einkommen des Beschwerdeführers und zur Arbeitsfähigkeit der Beschwerdegegnerin gemacht worden. Auf Druck des Scheidungsrichters sei die Scheidungskonvention von den Parteien unterzeichnet und das gerichtlich festgesetzte hypothetisch erzielbare Einkommen des Beschwerdeführers von diesem wohl oder übel akzeptiert worden. Mit Abschluss des Vergleichs habe der Beschwerdeführer auch auf die Erhebung eines Rechtsmittels verzichtet. Es dürfe mit gutem Recht bezweifelt werden, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Beurteilung seiner persönlichen Verhältnisse durch das Scheidungsgericht die realistische Möglichkeit gehabt habe, ein Einkommen in Höhe von Fr. 7'000.– pro Monat zu erwirtschaften. Die Ansetzung eines hypothetischen Einkommens des Beschwerdeführers im besagten Umfang sei nicht nachvollziehbar gewesen und sei es auch heute nicht. Es hätte von demjenigen Einkommen ausgegangen werden müssen, das bei zumutbarem Einsatz der Arbeitskraft und der vorhandenen Berufskennntnisse hätte erzielt werden können. Zumal der Beschwerdeführer, welcher das 50. Lebensjahr bereits überschritten gehabt habe, keine abgeschlossene Berufsausbildung aufweise. Vor dem Hintergrund der offensichtlich unzutreffenden Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse durch die Parteien auf Veranlassung des Scheidungsrichters rechtfertige sich eine Neubeurteilung des Scheidungsurteils (act. 2 S. 5 ff.).

Bei der Beurteilung, ob eine erhebliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse vorliegt, welche eine Abänderung der durch Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 129 Abs. 1 bzw. Art. 286 Abs. 2 ZGB rechtfertigt, ist zu beachten, dass zunächst nur Umstände in Betracht kommen, die nach der Festlegung der Rente eingetreten sind und im ursprünglichen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden konnten. Für die Beurteilung der Veränderung ist auf die im Urteil für den Scheidungszeitpunkt festgestellten Einkommensverhältnisse abzustellen, auch wenn sich diese im Nachhinein als falsch er-

weisen. Es kann nicht Zweck eines Abänderungsverfahrens sein, im Scheidungsurteil getroffene Festlegungen nachträglich zu korrigieren (FamKomm Scheidung/Schwenzer, 2. Auflage 2011, Art. 129 ZGB N 5 f.; vgl. auch FamKomm Scheidung/Wullschleger, 2. Auflage 2011, Art. 286 ZGB N 6).

Es ist einerseits der Vorinstanz dahingehend zuzustimmen, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern die Annahmen im Zeitpunkt des Scheidungsverfahrens unzutreffend gewesen sein sollten, zumal der Beschwerdeführer bereits im Scheidungsverfahren anwaltlich vertreten war, als er die Scheidungskonvention unterschrieb und auf die Erhebung eines Rechtsmittels verzichtete. Andererseits ist bei der Beurteilung der Veränderung ohnehin auf die im Scheidungsurteil festgestellten Einkommensverhältnisse abzustellen, selbst wenn diese im Nachhinein als unzutreffend erachtet werden würden. Die im Scheidungsurteil getroffenen Festlegungen betreffend die Einkommensverhältnisse sind im Abänderungsverfahren nicht zu korrigieren. Dementsprechend ist die Forderung des Beschwerdeführers nach einer Neubeurteilung des Scheidungsurteils (vgl. act. 2 S. 7) als aussichtslos zu erachten. Die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer erwähnte Kommentarstelle "FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 276 N 7 ff. m.w.H." betrifft im Übrigen die Neubeurteilung vorsorglicher Massnahmen, worum es vorliegend nicht geht.

5.2. Weiter führte der Beschwerdeführer aus, die Vorinstanz gehe davon aus, dass eine nachträgliche Änderung der Unterhaltsbeiträge von vornherein ausgeschlossen sei, weil der Beschwerdeführer anlässlich der Scheidung das ihm zugemutete Einkommen von Fr. 7'000.– akzeptiert habe. Mit diesem Standpunkt habe die Vorinstanz Art. 129 ZGB missachtet, der sowohl für eine gerichtlich festgesetzte als auch für eine in einer Konvention vereinbarte Rente gelte, es sei denn, die Parteien hätten die Abänderbarkeit nach Art. 127 ZGB ausgeschlossen. Daraus ergebe sich, dass es nicht entscheidend sei, ob das Scheidungsurteil und die Unterhaltsregelung nun auf einem Gerichtsurteil, einer vom Richter den Parteien nahe gelegten Bestimmung des (hypothetischen) Einkommens oder aber auf einer Scheidungskonvention, wo die Parteien sich auf ein bestimmtes Einkommen einigten, beruhe. Für alle Fälle gelte Art. 129 ZGB und es seien lediglich

die allgemeinen Voraussetzungen zu prüfen, d.h. die erhebliche und dauernde Veränderung der im Zeitpunkt des Scheidungsurteils geltenden Verhältnisse (act. 2 S. 7 f.).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist die Vorinstanz nicht davon ausgegangen, dass eine nachträgliche Änderung der Unterhaltsbeiträge von vornherein ausgeschlossen sei, weil der Beschwerdeführer anlässlich der Scheidung das ihm zugemutete Einkommen von Fr. 7'000.– akzeptiert habe. Sie hat vielmehr summarisch geprüft, ob von einer erheblichen und dauernden Veränderung der Verhältnisse auszugehen ist, was sie schliesslich als nicht ersichtlich erachtete (act. 4 S. 8 f.).

5.3. Ausserdem macht der Beschwerdeführer geltend, dass selbst wenn dem abzuändernden Scheidungsurteil berechtigterweise ein hypothetisches, von den Parteien gemeinsam bestimmtes oder tatsächliches und nachgewiesenes Einkommen von Fr. 7'000.– zugrunde gelegt worden wäre, der gerichtlich festgelegte Unterhaltsbeitrag abgeändert werden müsse, weil sich die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers dauerhaft und erheblich verändert habe. Dies werde mehr als deutlich, stelle man die im Scheidungszeitpunkt gegebene Leistungsfähigkeit bzw. die dem Scheidungsurteil zugrunde gelegte hypothetische der aktuellen gegenüber. So verfüge der Beschwerdeführer auch heute bei weitem nicht über ein monatliches Einkommen in der Höhe von Fr. 7'000.–. Seit dem 15. April 2011 sei der Beschwerdeführer bei der E. _____ AG angestellt, wo er derzeit ein monatliches Einkommen von Fr. 5'630.– brutto, zuzüglich Anteil am 13. Monatslohn, erhalte. Die Differenz zum im Scheidungsurteil angenommenen Einkommen sei augenscheinlich, mache sie doch knapp 30 % aus und sei damit als erheblich einzustufen. Die Nachhaltigkeit der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die voraussichtliche Dauer selbiger ungewiss sei, und sie somit als dauerhaft einzustufen sei. Es müsse mit grosser Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass der Beschwerdeführer die ursprünglich als Ausgangspunkt der Unterhaltsberechnung angenommene Leistungsfähigkeit nicht (mehr) erreichen werde. Die Einkommensverminderung des Beschwerdeführers gehe auch nicht auf eine freiwillige

und einseitige Entscheidung von ihm zurück. Bereits anlässlich des Scheidungsverfahrens habe sich die Überschuldung der ehemaligen Arbeitgeberin des Beschwerdeführers, der D._____ GmbH, zunehmend abgezeichnet. Demzufolge sei die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft im Januar 2011 für die Parteien nicht völlig unerwartet gekommen. Dieser Konkurs und die nachfolgende Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers könnten ihm nicht als Verschulden angelastet werden. Das derzeitige Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 4'973.35 netto (inklusive Anteil am 13. Monatslohn) liege deutlich über dem durch den Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes festgelegten Mindestlohn für Gastro-Mitarbeiter ohne Berufsausbildung. Die Erzielung eines höheren Erwerbseinkommens könne dem Beschuldigten objektiv gar nicht zugemutet werden, sodass der derzeitige Lohn als Massstab für die Berechnung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu nehmen und nicht von einer hypothetisch möglichen (höheren) Leistungskraft seiner Person auszugehen sei. Es könne ihm auch nicht zugemutet werden, erneut eine Tätigkeit als selbständiger Wirt aufzunehmen, würde ihm aufgrund seiner Schuldenbelastung doch weder ein Restaurant verpachtet noch ein dazu erforderlicher Betriebskredit gewährt werden. Indem die Vorinstanz den Beschwerdeführer auf einem Einkommen von Fr. 7'000.– behafte, obschon sein derzeitiges Erwerbseinkommen deutlich hinter diesem Betrag zurückliege und er nicht in der Lage sei, ein höheres Einkommen zu generieren, gehe der Beschwerdegegner (d.h. die Vorinstanz) von einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt aus (act. 2 S. 8 ff.).

Auch nachträgliche Veränderungen können eine Abänderung nur begründen, wenn sie bei der Festsetzung der Rente noch nicht zum Voraus berücksichtigt worden sind. Bei bereits im Scheidungszeitpunkt voraussehbaren Veränderungen ist allerdings im Zweifel davon auszugehen, dass diese bereits bei der ursprünglichen Festsetzung oder Vereinbarung der Rente berücksichtigt wurden (FamKomm Scheidung/Schwenzer, 2. Auflage 2011, Art. 129 ZGB N 7).

Die Vorinstanz erachtete die Chancen, dass eine Änderung der Verhältnisse verneint werden müsste, insbesondere deshalb als überwiegend, da sie gestützt auf die Scheidungsakten zur Auffassung gelang, dass die vom Beschwerdeführer

geltend gemachten Gründe, wieso sich seine Leistungsfähigkeit verringert habe, bereits bei der Festlegung des (erzielbaren) Einkommens des Beschwerdeführers bzw. der Unterhaltsbeiträge im Scheidungsverfahren berücksichtigt worden seien. Dem ist aus folgenden Gründen zuzustimmen: Der Beschwerdeführer machte in der Klageschrift geltend, dass er "völlig unerwartet eine einschneidende berufliche Veränderung in seinem Leben" habe hinnehmen müssen, nämlich die Konkursöffnung über die D. _____ GmbH, seine frühere Arbeitgeberin. Dies habe zuerst zu Arbeitslosigkeit geführt, bis er von seiner heutigen Arbeitgeberin, der E. _____ AG, unter Vertrag genommen worden sei (act. 5/1 S. 5). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, war den Parteien bereits im Scheidungsverfahren bekannt, dass die finanzielle Lage der D. _____ GmbH prekär war und der Konkurs drohte (vgl. act. 4 S. 6 f., Plädoyernotizen RA X. _____ in act. 5/12). Selbst der Beschwerdeführer erwähnte in der Beschwerdeschrift - im Gegensatz zur Klage - dass sich die Überschuldung der D. _____ GmbH bereits anlässlich des Scheidungsverfahrens abgezeichnet habe (act. 2 S. 10). Der Verlust seiner Arbeitsstelle als Wirt aufgrund des Konkurses der D. _____ GmbH war folglich im Scheidungsverfahren voraussehbar. Es ist davon auszugehen, dass dies bei der Festlegung des (erzielbaren) Einkommens des Beschwerdeführers bereits berücksichtigt wurde. Sodann war auch die erneut geltend gemachte schwierige Marktlage im Gastgewerbe (act. 5/1 S. 7) bereits Thema im Scheidungsverfahren, wies der Beschwerdeführer doch bereits damals auf den Umsatzrückgang in der Gastronomie aufgrund von Wirtschafts- und Finanzkrise und des Rauchverbots hin (vgl. Plädoyernotizen RA X. _____ in act. 5/12).

In der Klageschrift macht der Beschwerdeführer geltend, dass es ihm aufgrund einer fehlenden Berufsausbildung im Gastgewerbe schwer gefallen sei und fallen würde, eine angemessene neue Stelle zu finden (act. 5/1 S. 6). Die Berufsausbildung des Beschwerdeführers, welcher immerhin als Wirt tätig war, war bereits im Scheidungsverfahren bekannt. Diesbezüglich hat sich nichts verändert.

Selbst unter Berücksichtigung eines möglichen Konkurses der Arbeitgeberin sowie von Marktlage und Berufsausbildung hielt der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Scheidungsverfahrens ein Einkommen von Fr. 7'000.- für erzielbar. Es

ist der Vorinstanz beizustimmen, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern sich diese Grundlagen verändert haben sollten. Selbst wenn der Beschwerdeführer heute nicht Fr. 7'000.– verdient, wurde nicht nachvollziehbar ausgeführt, aufgrund welcher wesentlichen und dauerhaften Veränderungen bzw. aufgrund welcher Umstände, die im Scheidungsverfahren noch nicht berücksichtigt wurden, das hypothetische Einkommen nicht erzielt werden könne. Dass dem Beschwerdeführer nicht zugemutet werden könne, erneut eine Tätigkeit als selbständiger Wirt aufzunehmen, da ihm aufgrund seiner Schuldenbelastung weder ein Restaurant verpachtet noch ein dazu erforderlicher Betriebskredit gewährt werden würde, wurde vor Vorinstanz im Übrigen nicht vorgebracht. Dies ist demnach nicht zu berücksichtigen, da Noven im Beschwerdeverfahren - selbst wenn der Untersuchungsgrundsatz gilt - ausgeschlossen sind (Art. 326 ZPO; Urteil 5A_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3). Folglich ging die Vorinstanz nicht von einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt aus bzw. würdigte diesen nicht willkürlich.

5.4. Schliesslich führte der Beschwerdeführer aus, dass sich bei der dargelegten Sachlage auch eine Partei, die über die nötigen Mittel verfüge, bei vernünftiger Überlegung ebenfalls zu einem Prozess entschlossen und das für sie ungünstige Urteil nicht länger hingenommen hätte, zumal sie keine andere Chance hätte, sich aus dem Schuldensog zu befreien. Die Abänderungsklage sei nicht aussichtslos. Durch die Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, trotz Vorliegens eines entsprechenden Anspruchs, verstosse die Vorinstanz gegen Art. 117 ZPO (act. 2 S. 12 f.).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Möglichkeit der Klageabweisung deutlich schwerer wiege als jene der Gutheissung und eine über die nötigen finanziellen Mittel verfügende Person sich bei dieser Sachlage bei vernünftigen Überlegungen nicht zum vorliegenden Prozesse entschlossen hätte. Dass sie aufgrund dieses Resultats die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers für aussichtslos erachtete und deshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abwies, stellt demnach keine unrichtige Anwendung von Art. 117 ZPO dar.

5.5. Zusammenfassend ist die Beschwerde des Beschwerdeführers abzuweisen.

6. Der Beschwerdeführer stellte auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 3 und 13 f.). Da in diesem Verfahren keine Kosten zu erheben sind, erweist sich das Gesuch als gegenstandslos; das Verfahren ist diesbezüglich abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

Aus obigen Ausführungen folgt, dass auch die Beschwerde des Beschwerdeführers als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden muss. Deshalb ist das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands abzuweisen (Art. 118 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 119 Abs. 5 und Art. 117 lit. b ZPO).

7. Im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer - entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffassung - auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011).

Am Beschwerdeverfahren hat sich die Beschwerdegegnerin nicht beteiligt, weshalb ihr keine notwendigen Auslagen entstanden, die es zu entschädigen gilt. Es ist ihr deshalb auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgendem Erkenntnis.
4. 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 Be-

schwerde 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).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
5. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
6. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2 und act. 3/1-7, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 liegt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Oswald

versandt am: