

# **BGer 5A 158/2017 vom 17. August 2017**

Bundesgericht, 2017-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_158\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_158_2017)

FR: TF 5A 158/2017 du 17 août 2017

IT: TF 5A 158/2017 del 17 agosto 2017

## **Regeste**

Unentgeltliche Rechtspflege (Verfahrensbeschränkung, Scheidungsverfahren) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der angefochtene Entscheid ist der Beschwerdeführerin am 22. Februar 2017 zugestellt worden, sodass die Beschwerdefrist am Freitag, 24. März 2017, abgelaufen ist. Die weitere Eingabe der Beschwerdeführerin vom 7. April 2017 (Postaufgabe) ist daher nicht zu beachten.

### **E. 2**

Angefochten ist ein Entscheid des Präsidenten der II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts des Kantons Zug, mit dem der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren betreffend die Aufhebung der Verfahrensbeschränkung und den Verzicht auf weitere Zeugeneinvernahmen verweigert worden ist. Dass kein Entscheid der letzten kantonalen Instanz als Rechtsmittelinstanz ( Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG ) vorliegt, schadet nicht ( BGE 137 III 424 E. 2.1 und 2.2 S. 426 f.). Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 Abs. 1 BGG , gegen den grundsätzlich das für die Hauptsache vorgesehene Rechtsmittel gegeben ist. Ausnahmsweise wird nicht auf das Hauptverfahren, sondern auf das Zwischenverfahren abgestellt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege in einem den Zwischenentscheid betreffenden Verfahren nicht gegeben, wenn gegen den Zwischenentscheid in der Sache nicht Beschwerde erhoben werden kann. So hat das Bundesgericht namentlich erkannt, die Beschwerde gegen den Entscheid, mit dem die kantonale Instanz die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren betreffend Superprovisorium verweigere, sei nicht zulässig, zumal auch gegen das Superprovisorium keine Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden könne (Urteil 5A\_598/2015 vom 18. Januar 2016 E. 3). Gleich verhält es sich, wenn das in einem Rückweisungsentscheid abgewiesene Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Gegenstand einer Beschwerde an das Bundesgericht bildet (Urteil 5A\_115/2016 vom 19. April 2016 E. 1). Dabei fällt allerdings auf, dass die letzte kantonale Instanz, insbesondere im letztgenannten Fall 5A\_115/2016, sowohl über die Sache (Rückweisung zu neuem Entscheid) als auch über die unentgeltliche Rechtspflege entschieden hat, womit der Zugang zum Gericht mit Bezug auf die Sachfrage gegeben war ( Art. 29a BV ). Anders verhält es sich im vorliegenden Fall, in dem das Obergericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege aufgrund fehlender Aussicht auf Erfolg des Rechtsmittels abgewiesen hat. Mangels Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist der Zugang zum Gericht in der

Sache nicht sichergestellt, weshalb es sich nicht rechtfertigt, die zitierte Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Abzustellen ist somit der allgemeinen Regel entsprechend auf das Hauptverfahren (Scheidungsverfahren), sodass die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ohne Weiteres gegeben ist ( Art. 72 Abs. 1 BGG ; BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin erfüllt die Voraussetzungen von Art. 76 Abs. 1 BGG und die Beschwerdefrist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. Die Verfassungsbeschwerde ist damit unzulässig ( Art. 113 BGG ).

### **E. 3**

Strittig ist vorliegend, ob das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren gegen den kantonalen Zwischenentscheid als aussichtslos erscheint. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren 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 ). Als aussichtslos sind 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 nichts kostet ( BGE 142 III 138 E. 5.1 S. 139 f. mit Hinweisen). 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 133 III 614 E. 5 S. 616 mit Hinweisen, vgl. zum Ganzen: BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218). Rechtsfrage ist in diesem Zusammenhang, welche Umstände bei der Beurteilung der Prozessaussichten in Betracht fallen und ob sie für oder gegen eine hinreichende Erfolgsaussicht sprechen, Tatfrage hingegen, ob und wieweit einzelne Tatumstände erstellt sind ( BGE 124 I 304 E. 2b S. 307).

### **E. 4**

Der Referent des Kantonsgerichts hat die am 8. Juli 2016 verfügte Beschränkung des Verfahrens aufgehoben mit der Begründung, aufgrund der Aussagen der am 9. Januar 2017 befragten, in der Schweiz wohnhaften Zeugen sei auf die Befragung weiterer im Ausland wohnhafter Zeugen zu verzichten, da keine begründeten Aussichten darauf bestünden, dass der Entscheid über die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug und das zweijährige Getrenntleben im Sinne von Art. 114 ZGB zu einem Endentscheid führe und damit die Behandlung der übrigen Punkte überflüssig mache. Das Obergericht hat auf die Berufung bzw. Beschwerde der Ehefrau gegen die besagte Verfügung zum Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren erwogen, beim angefochtenen Akt handle es sich um eine prozessleitende Verfügung, die nicht mit Berufung, sondern mit Beschwerde angefochten werden könne. Voraussetzung sei indes, dass der beschwerdeführenden Person durch die Verfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur drohe. Weder habe die Beschwerdeführerin aufgezeigt, worin der erforderliche Nachteil rechtlicher Natur bestehe, noch sei ein solcher ersichtlich, zumal die fehlende örtliche Zuständigkeit und die Abweisung von

Beweisanträgen mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid gerügt werden könne. Damit erwiesen sich die Erfolgsaussichten der Beschwerde als wesentlich geringer als die Verlustgefahren, sodass eine nicht bedürftige Person sich nicht zur Ergreifung des Rechtsmittels entschliessen würde.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz verkenne, dass es sich beim Entscheid der ersten Instanz vom 30. Januar 2017 nicht um eine verfahrensleitende Verfügung, sondern um einen Prozesszwischenentscheid handle, der mit Berufung gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO anfechtbar sei. Im Weiteren werde vom Obergericht übersehen, dass der Entscheid sofort einen das Verfahren rechtskräftig abschliessenden Endentscheid herbeiführen könnte. Das Kantonsgericht habe in seinem Entscheid vom 30. Januar 2017 die Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdeführerin abgewiesen, was nicht im Rahmen einer prozessleitenden Verfügung ergehen könne, zumal die Abweisung der Unzuständigkeitseinrede nicht den prozessualen Ablauf und die Gestaltung des Verfahrens betreffe, sondern einen Endentscheid darstelle. Indem die Vorinstanz von einer prozessleitenden Verfügung ausgehe und die Rügen der Beschwerdeführerin nicht prüfe, wende sie das Recht falsch an.

#### **E. 5.2**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist nicht der Referent der I. Abteilung des Kantonsgerichts das für das streitige Scheidungsverfahren sachlich zuständige Gericht. Das vorliegende streitige Scheidungsverfahren fällt vielmehr in den sachlichen Zuständigkeitsbereich einer Abteilung des Kantonsgerichts (siehe zur Zuständigkeit: § 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 lit. d des Gesetzes vom 26. August 2010 über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege [Gerichtsorganisationsgesetz, GOG; BGS]). Damit hat auch nicht der Einzelrichter über die örtliche Zuständigkeit zu entscheiden. Der Referent der 1. Abteilung des Kantonsgerichts hat denn auch nicht über die örtliche Zuständigkeit entschieden, sondern einzig die früher verfügte Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der örtlichen Unzuständigkeit und das Getrenntleben gemäss Art. 114 ZGB wieder aufgehoben. Wie das Obergericht zu Recht festhält, liegt somit eine prozessleitende Verfügung vor, die unter den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO mit Beschwerde beim Obergericht angefochten werden kann.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz verkenne, dass sie die Gründe für die Einreichung der Berufung bzw. der Beschwerde gegen die Verfügung vom 30. Januar 2017 substantiiert dargelegt habe. Das Kantonsgericht habe gewisse, im Ausland wohnende Zeugen nicht befragt und habe einfach geschlossen, es bestünden keine begründeten Aussichten darauf, dass sich an seiner Überzeugung bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug etwas ändern werde. Dabei handle es sich um eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung, womit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör vereitelt worden sei.

#### **E. 6.2**

Dazu genügt der Hinweis, dass kein Entscheid des sachlich zuständigen Gerichts über die örtliche Zuständigkeit vorliegt (E. 5.2). Insbesondere kann aus der Verfügung vom 30. Januar 2017 nicht geschlossen werden, eine spätere Befragung der im Ausland wohnhaften Zeugen durch das zuständige Sachgericht zur Frage der örtlichen Zuständigkeit sei

ausgeschlossen. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) kann keine Rede sein. Aus den gleichen Gründen geht ferner auch die Rüge der Beschwerdeführerin, das Kantonsgericht habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, an der Sache vorbei. Im Übrigen sind die Darlegungen der Beschwerdeführerin zur Verfügung des Referenten des Kantonsgerichts vom 30. Januar 2017 nicht geeignet, die dagegen erhobene Beschwerde als nicht aussichtslos erscheinen zu lassen. Die Beschwerdeführerin begründet damit vielmehr nur, inwiefern die Verfügung Bundesrecht verletzt, ohne aber konkret darzulegen, worin der angebliche nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil liegen soll.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin macht ferner geltend, sie habe in ihrer Eingabe an die Vorinstanz entgegen der Behauptung des Obergerichts dargelegt, weshalb für sie ein nicht wieder gutzumachender Nachteil darstelle, wenn das Kantonsgericht das Verfahren fortführe. Sie lebe in Ungarn und wolle nicht, dass die Scheidung in der Schweiz durchgeführt werde und Schweizer Recht zur Anwendung gelange.

#### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin hat in der Berufung behauptet, die Abweisung der Unzuständigkeitseinrede bewirke bei ihr einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, weil die Ehe dann in der Schweiz geschieden werde. Wie bereits dargelegt worden ist, wurde in der Verfügung des Referenten der 1. Abteilung des Kantonsgerichts vom 30. Januar 2017 nicht über die Zuständigkeitsfrage entschieden (E. 5.2 hiervor), sodass nach der besagten Verfügung nicht feststeht, ob das Sachgericht die schweizerische Zuständigkeit bejaht oder nicht. Im Lichte des von der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift Dargelegten durfte die Vorinstanz ohne Verletzung des Willkürverbots davon ausgehen, die Beschwerdeführerin habe weder aufgezeigt, worin der erforderliche Nachteil rechtlicher Natur bestehe, und dieser sei auch nicht ersichtlich. Im Übrigen lässt sich der Berufung auch nicht entnehmen, dass die Beschwerdeführerin einen anderen Nachteil, insbesondere einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil tatsächlicher Natur geltend gemacht hätte. Soweit sie in der vorliegenden Beschwerde nunmehr als Nachweis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils behauptet, sie lebe in Ungarn und wolle nicht, dass die Scheidung in der Schweiz durchgeführt werde und Schweizer Recht zur Anwendung gelange, ist dies neu und unzulässig ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Darauf ist nicht einzutreten. Im Übrigen wird damit auch nicht dargetan, inwiefern dieser Nachteil durch einen für die Beschwerdeführerin günstigen Endentscheid nicht wieder gut gemacht werden könnte.

#### **E. 8**

Im Lichte der bisherigen Ausführungen hat das Obergericht somit kein Bundesrecht verletzt, indem es das kantonale Rechtsmittel gegen die Verfügung vom 30. Januar 2017 als aussichtslos bezeichnet hat. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat die Gegenpartei jedoch für das bundesgerichtliche Verfahren nicht zu entschädigen, da sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis gehandelt hat ( Art. 66 Abs. 4 BGG ).

#### **E. 9**

Wie die bisherigen Ausführungen zeigen, hat sich die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos erwiesen. Fehlt es somit an einer der materiellen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, ist das entsprechende Gesuch der

Beschwerdeführerin abzuweisen ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

**E. 10**

Angesichts der gewährten aufschiebenden Wirkung ist der Beschwerdegegner anzuweisen, der Beschwerdeführerin eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen (vgl. BGE 138 III 163 E. 4.3 S. 166).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.