

ZH_OBERGERICHT PC110018 vom 4. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC110018

FR: ZH_OBERGERICHT PC110018 du 4 septembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT PC110018 del 4 settembre 2011

Erwägungen

E. 1

Mit Verfügung vom 2. Mai 2011 wies die Erstinstanz das vom Kläger im Zusammenhang mit dem Prozess betreffend Ungültigkeit der Ehe/Ehescheidung gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Bezug auf den Eheungültigkeitsprozess ab (Urk. 2 S. 9, Dispo-Ziff. 1 Abs. 1).

E. 2

Eventualiter sei der erste Absatz von Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 2. Mai 2011 (FE101134-L) aufzuheben und die Angelegenheit zur Neu- beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 3

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt. 8 %) zulasten der Staatskasse, eventualiter zulasten der Beschwerdegegnerin 1.

E. 4

Die Beklagte beantragt die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids (Urk. 10).

E. 5

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Frage, ob neue Ungültigkeitsgründe rückwirkend zur Anwendung kommen, ist eine Rechtsfrage. Der Kläger konnte sich im Beschwerdeverfahren zu dieser Rechtsfrage äussern, weshalb auf die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs (Urk. 1S. 5) nicht weiter einzugehen ist.

E. 6

Die Rüge des Klägers, anlässlich der Verhandlung vom 4. Februar 2011 habe die Vorinstanz den Prozess nicht als aussichtslos gehalten (Urk. 1 S. 4), ist unberechtigt. Erstens muss offen bleiben, ob sich die Erstrichterin entsprechend vernehmen liess und zweitens besteht eine Bindung an den eigenen Entscheid nicht schon vor Ausfällung, sondern erst von der mündlichen oder schriftlichen Eröffnung an (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 3 zu § 190 ZPO/ZH). Die Eröffnung aber erfolgte erst mit Verfügung vom 2. Mai 2011 (Urk. 2).

E. 7

Am 1. Januar 2008 ist das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) in Kraft getreten. Das AuG beinhaltet neue Instrumente zur Bekämpfung von Eheschliessungen und Partnerschaften, die lediglich zum Zwecke der Umgehung der ausländerrechtlichen Vorschriften eingegangen werden. Das AuG führte auch zu

Änderungen des ZGB und PartG, im ZGB wurden die Bestimmungen von Art. 97a, 105 Ziff. 4 und 109 Ziff. 3 geschaffen, sog. neue zivilrechtliche Massnahmen zur Vermeidung von Scheinehen (BBl 2002 3709).

- 6 -

E. 8

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass sich Art. 105 Ziff. 4 ZGB nur auf zweiseitige Scheinehen beziehe. Die Botschaft äussere sich in Bezug auf die neuen zivilrechtlichen Bestimmungen nicht zum Übergangsrecht. Es sei daher fraglich, ob der unbefristete Ungültigkeitsgrund der Ausländerehe auch auf Ehen anwendbar sei, welche vor Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes geschlossen worden seien. Mit Art. 7 Abs. 2 SchlT sei im Jahr 2000 nach Wegfall der alten Ungültigkeitsgründe eine übergangsrechtliche Sonderregelung zu Art. 1 SchlT geschaffen worden, damit bestehende Ehen nicht gestützt auf altrechtliche Bestimmungen für ungültig erklärt werden könnten. Abzulehnen sei aber eine analoge Anwendung für den umgekehrten Fall des Hinzutretens eines neuen Ungültigkeitsgrundes. Art. 7 Abs. 2 SchlT solle Eheungültigerklärungen begrenzen, weshalb er in Bezug auf Art. 105 Ziff. 4 ZGB nicht anwendbar sein dürfte. Daher könne, so die Autoren, eine vor dem 1. Januar 2008 geschlossene Ehe nicht gestützt auf Art. 105 Ziff. 4 ZGB ungültig erklärt werden (vgl. Roland Fankhauser/ Kathrin Wüscher, in: FamPra.ch 2008, 763f.). Gleicher Meinung sind die Kommentatoren Thomas Geiser/Adolf Lüchinger. Sie führen aus, dass mit Art. 7 SchlT ZGB die Frage, wie vorzugehen sei, wenn ein Eheungültigkeitsgrund vom Gesetzgeber aufgehoben werde, ausdrücklich geregelt sei, während sich das Gesetz nicht ausdrücklich zur Frage, was zu gelten habe, wenn ein neuer Ungültigkeitsgrund eingeführt werde, äussere. Das Wesen der Eheungültigkeit spreche gegen eine rückwirkende Anwendung neuer Ungültigkeitsgründe. Die entsprechenden Sachverhalte müssten im Zeitpunkt der Heirat gegeben sein, damit die Ehe ungültig sei. Konsequenterweise müssten sie auch in jenem Moment bereits von der Rechtsordnung verpönt sein. Sollten Gründe, die erst nachher auftreten, zur Auflösung der Ehe führen, handle es sich begrifflich um eine Scheidung und nicht um eine Eheungültigkeit. Andererseits deute die Zuordnung dieser Tatbestände zur unbefristeten Ungültigkeit auf eine Regelung, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sei. Dies hätte eine Anwendung auch auf früher geschlossene Ehen zur Folge (Art. 2 SchlT ZGB). Nach ihrer Auffassung, so die Kommentatoren, überwiege aber der Charakter des Instituts der Eheungültigkeit, so dass eine Rückwirkung auszuschliessen sei (BSK ZGB I-Geiser/Lüchinger, Vor Art. 104 ff. N 6a).

- 7 - Die Autoren Fankhauser/Wüscher schließen ebenfalls, dass die zivilrechtlichen Komponenten schwerer wiegen würden als die öffentlich-rechtlichen Aspekte, weshalb deren Erachtens die Beschwerde in Zivilsachen offenstehen müsse. Es komme hinzu, dass gegen Nichtigkeitsurteile gestützt auf den damaligen Art. 120 Ziff. 4 aZGB (Bürgerrechtsehe) ebenfalls die zivilrechtliche Berufung offengestanden sei und die heutige Beschwerde in Zivilsachen die Sachgebiete der früheren Berufung abdecken solle (FamPra.ch 2008, 761). Diese Auffassung deckt sich denn auch mit der Botschaft, welche die Bestimmungen von Art. 97a ZGB und Art. 105 Ziff. 4 ZGB, auch wenn öffentlich-rechtliche Interessen dahinter stehen, als "zivilrechtliche Massnahmen" bezeichnet. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens, so die Botschaft, habe eine Mehrheit der Kantone (...) verlangt, dass nicht nur klare gesetzliche Bestimmungen zur Bekämpfung von Scheinehen im Ausländer- und im Strafrecht geschaffen, sondern auch im

Zivilrecht entsprechende Bestimmungen eingeführt werden müssten (BB1 2002 3755).

E. 9

Den Ausführungen, dass bei den Massnahmen gegen rechtsmissbräuchliche Eheschliessungen der zivilrechtliche Aspekt im Vordergrund steht, ist zu folgen, kommt nämlich hinzu, dass es sich bei der Ungültigerklärung um die Auflösung eines zivilrechtlichen Verhältnisses handelt. Das Ungültigkeitsurteil hat grundsätzlich Ex-nunc-Wirkung, das heisst, die Ehe entfaltet bis zur Ungültigerklärung alle Wirkungen einer gültigen Ehe mit Ausnahme der Bestimmung betreffend die erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten und der am 1. Januar 2008 ebenso in Kraft gesetzten Norm über die Auflösung des Kindesverhältnisses (Art. 109 Abs. 1-3 ZGB). Dies spricht gegen eine Rückwirkung.

E. 10

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Bestimmung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf die vor dem 1. Januar 2008 geschlossenen Ehen nicht anzuwenden ist. Folglich kann sich der Kläger für die am tt.mm.2003 geschlossene Ehe nicht auf Art. 105 Ziff. 4 ZGB berufen. Die Erstinstanz ist damit zu bestätigen.

E. 11

Weiter moniert der Kläger, das Argument der Vorinstanz, dass er sich rechtsmissbräuchlich verhalten habe, sei unberechtigt, da gemäss Art. 105 Ziff. 4 ZGB zum Kreis der Klageberechtigten jedermann zähle, also auch der bösgläubige Ehemann (Urk. 1 S. 7). Die Kommentatoren Geiser/Lüchinger führen aus, dass

- 8 - zum Kreis der Interessierten i.S.v. Art. 106 ZGB auch der Ehegatte gehöre, und zwar selbst der bösgläubige (Geiser/Lüchinger, a.a.O., Art. 106 N 5 mit Verweis auf BGE 113 II 472 und die Botschaft Revision Scheidungsrecht: BB1 1996 I 79). Allerdings wäre die Klagelegitimation des Klägers nur dann zu prüfen, wenn im zu beurteilenden Fall die Anwendung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB bejaht würde.

E. 12

Zudem kritisiert der Kläger die Erstinstanz, welche erwog, gegen die Ungültigkeit spreche, dass die Vaterschaft ex tunc aufgelöst und das Kind C._____ über keinen rechtlichen Vater mehr verfügen würde, bzw. der Kläger hätte die Vaterschaftsvermutung anfechten können. Für die Frage, ob ein Ungültigkeitsgrund gegeben sei, dürfe nicht auf deren Rechtsfolgen abstellen (Urk. 1 S. 8). Der Gesetzgeber hat mit der Gesetzesnovelle vom 1. Januar 2008 auch die Bestimmung von Art. 109 Abs. 3 ZGB geschaffen, welche auf Art. 105 Ziff. 4 ZGB verweist und somit in direktem Zusammenhang mit dieser Norm steht. Die Rechtsfolge von Art. 109 Abs. 3 ZGB tritt von Gesetzes wegen ein, wenn die Ungültigerklärung gestützt auf Art. 105 Ziff. 4 ZGB erfolgte (FamPra.ch 2008, 765). Ob eine Ehe gestützt auf den neu eingeführten Eheungültigkeitsgrund für ungültig erklärt wird, hängt aber nicht von einer allfällig gesetzlichen Vaterschaftsvermutung ab, sondern nur davon, ob die zwei vom Gesetz verlangten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, nämlich es muss sich um eine Scheinehe handeln und einer der Ehegatten muss mit der Heirat die Umgehung der ausländerrechtlichen Bestimmungen beabsichtigen (Geiser/Lüchinger, a.a.O., Art. 105 N 14a). Es gibt keine Interessenabwägung. Insofern ist dem Kläger beizupflichten (Urk. 1 S. 10). Da jedoch die Anwendung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB zu verneinen ist, ist auf die weiteren Einwände gegen die von der Vorinstanz in Bezug

auf die Vaterschaft gemachten Ausführungen (Urk. 1 S. 8 ff) nicht mehr näher einzugehen.

E. 13

Schliesslich beanstandet der Kläger, die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes lediglich für einen von mehreren Anträgen sei nicht zulässig. Es lasse sich unmöglich in einem Verfahren, bei dem verschiedene Anträge gestellt werden, feststellen, welcher Aufwand für welchen Antrag genau betrieben worden sei (Urk. 1 S. 10). Diese Rüge ist unberechtigt. Lassen die Rechtsbegehren auch nur zu einem kleinen Teil die Möglichkeit eines Erfolgs offen, so kann der Prozess

- 9 - nicht in vollem Umfang als aussichtslos gelten; das Armenrecht ist in solchen Fällen auf die nicht aussichtslosen Begehren zu beschränken (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 84 ZPO/ZH). Genau diese Praxis hat die Vorinstanz angewandt. Im Übrigen wird diese langjährige Praxis wohl auch unter der Herrschaft der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung Geltung haben, hält doch die Botschaft zur neuen ZPO ausdrücklich fest: "Ist eine Klage nur zum Teil nicht aussichtslos, kann sich die unentgeltliche Rechtspflege auf diesen Teil beschränken" (BBl 2006 7302; vgl. auch Art. 118 Abs. 2 und 121 ZPO).

E. 14

Nach dem Dargelegten ist die Erstinstanz zu bestätigen, wonach der Ungültigkeitsprozess als aussichtslos im Sinne der Rechtsprechung zu werten ist. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen. III. 1. Gemäss Art. 119 Abs. 1 ZPO ist das Verfahren kostenlos. 2. Der Kläger stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Aus den gleichen Gründen, die zur Bestätigung der Aussichtslosigkeit der Ungültigkeitsklage geführt haben (oben Erw. II.), ist auch die dagegen erhobene Beschwerde als aussichtslos anzusehen. Somit ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen. Zu präzisieren ist, dass die unentgeltliche Rechtspflege begrifflich sowohl die Befreiung von den Gerichtskosten und die Bestellung einer Rechtsbeistandin / eines Rechtsbeistandes umfasst (Art. 118 Abs. 1 lit. b. und c. ZPO). Mit andern Worten ist mit der Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege auch die Abweisung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung umfasst. 3. Die Beklagte stellt den Antrag, es sei ihr für die Vorbereitung und die Beantwortung der Beschwerde die unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren und in der Person des Unterzeichnenden ein

- 10 - unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestimmen (Urk. 10 S. 1). Vorab sei, so die Beklagte, auf die durch die Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege zu verweisen. Die finanziellen Verhältnisse hätten sich nicht verändert und entsprechend könne auf die bekannten und vorliegenden Akten verwiesen werden. Auf den Antrag der Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers werde verzichtet, da dieser mittellos sei und auch nicht bereit wäre, irgendwelche Kosten aus diesen Verfahren zu übernehmen oder mit andern Worten, allfällige Kosten wären uneinbringbar (Urk. 10 S. 8). 4. Die unter Ziff. 2 genannten Voraussetzungen von Art. 117 ZPO gelten als erfüllt. Die Erstinstanz hat die Beklagte als mittellos bezeichnet (Urk. 2 S. 2 mit Verweis auf Urk. 3/6/7 und auf Parallel-Verfahren RZ110003 Urk. 5/24/9), wovon auch im

Beschwerdeverfahren auszugehen ist, und die Prozessaussichten sind nicht aussichtslos. Entsprechend ist das Gesuch der Beklagten gutzuheissen. 5. Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über. 6. Die Erstinstanz hat auch beim Kläger die Mittellosigkeit bejaht (Urk. 2 S. 2). Gestützt auf die eingereichten Unterlagen ist dies auch im Beschwerdeverfahren zu bestätigen (Urk. 6/1-3). Folglich ist in Anwendung des genannten Art. 122 Abs. 2 ZPO der Rechtsvertreter der Beklagten 1 aus der Gerichtskasse mit Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 80.– Mehrwertsteuer zu entschädigen. Der Anspruch auf diese un- erhältliche Parteientschädigung geht auf die Gerichtskasse über, was festzustellen ist. Es wird erkannt:

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