

ZH_OBERGERICHT PC130007 vom 27. Juni 2013

ZH Obergericht, 2013-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC130007

FR: ZH_OBERGERICHT PC130007 du 27 juin 2013

IT: ZH_OBERGERICHT PC130007 del 27 giugno 2013

Erwägungen

E. 1

Am 19. September 2012 reichte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Erstinstanz gestützt auf Art. 114 ZGB eine Scheidungsklage ein und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7/1). Mit Verfügung vom 23. Januar 2013 wies die Erstinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab und setzte der Gesuchstellerin Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an (Urk. 2 S. 7).

E. 2

Am 4. Februar 2013 reichte die Gesuchstellerin Beschwerde ein und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 S. 2): "1.a) Es sei Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich,

E. 2.1

Die Gesuchstellerin begründet das Gesuch damit, dass sich ihre finanziellen Verhältnisse seit der erstinstanzlichen Verhandlung nicht geändert hätten, entsprechend könne auf die vorliegenden Akten verwiesen werden. Auch sei sie auf Rechtsbeistand angewiesen (Urk. 1 S. 12). Dem monatlichen Einkommen von Fr. 2'350.– steht ein enger zivilprozessualer Bedarf von Fr. 4'436.– gegenüber, weshalb ein monatlicher Fehlbetrag von rund Fr. 1'100.– resultiert (Urk. 7/23, 7/25). Für das Beschwerdeverfahren ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin zu bejahen. Auch ist die Gesuchstellerin auf anwaltlichen Rechtsbeistand angewiesen, weshalb der Anspruch grundsätzlich ausgewiesen ist. Aufgrund der Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren ist das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege allerdings gegenstandslos geworden. Dagegen ist Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ antragsgemäss als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 2.2

Auch der Gesuchsgegner lässt für sein Begehren auf die vorinstanzlichen Akten verweisen (Urk. 9 S. 2). Sein Prozessstandpunkt im Beschwerdeverfahren ist trotz dem Ausgeführten nicht als aussichtslos zu werten, da bei einem Rechtsstreit um Statussachen das Gesuch der Gegenpartei nicht wegen Aussichtslosigkeit der Verteidigung abgelehnt werden kann (vgl. BGer. 5A_265 vom 30. Mai 2012 m.w.H). Dieser Grundsatz hat im vorliegenden Fall auch für den Rechtsmittelbeklagten zu gelten. Entsprechend ist das Gesuch des Gesuchsgegners ebenfalls gutzuheissen. Die Kosten sind daher einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen; die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Dem

- 15 - Gesuchsteller ist Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. 3. 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. Die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ist wie erwähnt zu bejahen. Folglich ist in Anwendung der genannten Bestimmung der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin direkt aus der Gerichtskasse mit Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– Mehrwertsteuer zu entschädigen. Der Anspruch auf diese unerhältliche Parteientschädigung, welche in derselben Höhe festzusetzen ist, geht auf die Gerichtskasse über, was festzustellen ist. 4. Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ ist im Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 7

Gemäss Art. 290 lit. b ZPO muss die Scheidungsklage das Rechtsbegehren enthalten, die Ehe sei zu scheiden, sowie die Bezeichnung des Scheidungsgrunds (Art. 114 oder 115 ZGB). Allerdings handelt es sich bei der Angabe des Scheidungsgrundes nicht um eine Ausnahme vom Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Die Angabe bezweckt nach den Gesetzesmaterialien nicht mehr als eine Triage in einfachere und schwierigere Fälle (Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Komm. ZPO, 2. Aufl. 2012, Art. 290 N 20 mit Verweis auf die Botschaft ZPO). Ist unsicher, ob das Getrenntleben zwei

- 8 - Jahre dauerte, kann ein Eventualbegehren gestellt werden, wonach die Ehe gestützt auf Art. 115 ZGB zu scheiden sei. Bei einem nur einen Scheidungsgrund nennenden Scheidungsbegehren ist ein nachträglicher Austausch des Scheidungsgrundes möglich (A. Spycher, Berner Komm. ZPO II, Art. 290 N 8). Mit Bezug auf den Scheidungspunkt hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 277 Abs. 3 ZPO). Soweit der Untersuchungsgrundsatz gilt, können neue Tatsachen und Beweismittel im ordentlichen Verfahren noch bis zur Urteilsberatung vorgetragen werden und sind sie auch zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Demgemäss ist eine Änderung der gestellten Rechtsbegehren oder die Stellung neuer Rechtsbegehren noch bis zur Urteilsberatung zulässig (A. Spycher, a.a.O., Art. 277 N 27ff.). Die Prüfungspflicht beschränkt sich auf die von den Ehegatten vorgebrachten Tatsachen. Es besteht keine Pflicht, nach scheidungs begründenden oder scheidungshindernden Tatsachen zu suchen (Sutter-Somm/Gut, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 277 N 19).

E. 8

Die Gesuchstellerin hat ihr Scheidungsbegehren auf Art. 114 ZGB gestützt und mit einer Nachtragseingabe im Sinne eines Wiedererwägungsgesuchs den Eventualantrag auf Scheidung infolge Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) eingereicht. Das Wiedererwägungsgesuch beurteilt sich nicht nach den tatsächlichen Verhältnissen seit der Verfügung vom 23. Januar 2013. Es wird nicht eine nachträgliche tatsächliche Unrichtigkeit zufolge veränderter Verhältnisse geltend gemacht, sondern eine ursprüngliche Unrichtigkeit (vgl. A. Bühler, Berner Komm. ZPO I, Art. 119 N 68a-c). Die Gesuchstellerin hat bereits anlässlich der Einigungsverhandlung vom 5. Dezember 2012 auf den subsidiären Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit verwiesen (Prot. I S. 9, 10), zwar ohne

dannzumal formell einen Eventualantrag zu stellen. Wie gesehen, kann ihr dies im Scheidungsverfahren, wo das Rechtsbegehren auf Scheidung der Ehe geht, nicht zum Nachteil gereichen.

E. 9

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).

- 9 - Die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 117 lit. b ZPO zu berücksichtigen. Als aussichtslos sind demnach 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. 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 138 III 217 E. 2.2.3, 2.2.4).

E. 10

Die rechtliche Ausgangslage für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege präsentiert sich wie folgt: Ein Ehegatte kann die Scheidung verlangen, wenn die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage mindestens zwei Jahre getrennt leben (Art. 114 ZGB). Vor Ablauf der zweijährigen Frist kann ein Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn ihm die Fortsetzung aus schwerwiegenden Gründen, die ihm nicht zuzurechnen sind, nicht zugemutet werden kann (Art. 115 ZGB).

11.1 Die Parteien, beide gebürtige indische Staatsangehörige, sind seit Februar 1996 verheiratet. Die Gesuchstellerin ist heute Bürgerin von Zürich. Der gemeinsame Sohn wurde am tt.mm.1996 geboren. Von September 2006 bis September 2012 war der Gesuchsgegner wegen Drogenhandels im Gefängnis (Prot. I S. 4 i.V.m. S. 20). Unbestritten ist, dass die Gesuchstellerin die Besuche im Gefängnis im Jahr 2009 abgebrochen hat. Die Gesuchstellerin begründet dies damit, dass sie im Jahr 2008 erfahren habe, und zwar im Zusammenhang mit einem Brief betreffend Alimente, dass der Gesuchsgegner eine aussereheliche Tochter habe, daraufhin habe sie die Scheidung gewollt; seit vier Jahren wolle sie die Scheidung (Prot. I S. 4). Die Gesuchstellerin hält daran fest, dass sie dies dem Gesuchsgeg-

- 10 - ner mehrere Male gesagt habe. Sie habe dem Ehepaar C._____, das beide Parteien kennt und das der Gesuchsgegner einige Monate vor der Entlassung bei der Gesuchstellerin vorbeischicken liess, erklärt, dass sie sich "nach der Entlassung des Beklagten zusammensetzen und entscheiden werden" (Prot. I S. 8.). Das bedeute, so die Präzisierung vor Erstinstanz, "Sie, die Beklagte (recte Gesuchstellerin) habe einzig nach dem Gefängnisaufenthalt friedlich über die Scheidungsfolgen reden wollen, der

Scheidungs-wille habe immer festgestanden." (Prot. I S. 9). 11.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Gesuchstellerin habe gewusst, dass er noch ein aussereheliches Kind habe. Das Kind sei mittlerweile etwa acht oder neun Jahre alt. Die Gesuchstellerin habe nie von Scheidung gesprochen. Dem Ehepaar C._____ habe die Gesuchstellerin im Mai oder Juni 2012 noch ausdrück- lich gesagt, dass sie keine Scheidung möchte (Prot. I S. 6). Die Besuche im Ge- fängnis habe sie deshalb unterlassen, da die jeweiligen Leibesvisitationen sehr unangenehm gewesen seien, was sie sich und dem gemeinsamen Sohn nicht mehr habe zumuten wollen. Das könne auch sein früherer Anwalt bezeugen (Prot. I S. 17). 11.3 Dem Hauptargument des Gesuchsgegners, dass die Gesuchstellerin die Besuche einzig wegen der für sie und ihren Sohn unangenehmen Leibesvisitatio- nen abgebrochen und im Frühsommer 2012 Freunden gesagt habe, sie wolle kei- ne Scheidung, steht die Darlegung der Gesuchstellerin gegenüber, dass sie seit vier Jahren die Scheidung wolle und dies dem Gesuchsgegner auch gesagt bzw. in erkennbarer Weise durch ihr Verhalten offen gelegt habe. Zur Zeit der Inhaftie- rung des Gesuchsgegners im Jahr 2006 waren die Parteien rund zehn Jahre ver- heiratet und haben, so ist zu schliessen, auch zusammengelebt; jedenfalls befin- den sich in der gemeinsamen Wohnung noch heute Dokumente, Kleider und ein Teil der Möbel des Gesuchsgegners (Prot. I S. 5). Die Parteien stammen aus ei- nem Kulturkreis, indem mitunter die Familienbande sehr eng sind, und haben ei- nen gemeinsamen Sohn, der heute das 10. Schuljahr besucht (Prot. I. S. 11). Die Gesuchstellerin hat im Jahr 2009 nicht nur die persönlichen Besuche abgebro- chen, sondern sie liess weder Briefe, Geschenke oder anderweitige persönliche

- 11 - Zeichen dem Gesuchsgegner zukommen, um die Beziehung zumindest auf diese distanzierte Weise aufrecht zu erhalten. Dass die Gesuchstellerin vor diesem Hin- tergrund dem Ehepaar C._____ gesagt haben soll, dass sie den Gesuchsgegner noch liebe und keine Scheidung wolle (Prot. I S. 17), erscheint wenig plausibel. Dass die Gesuchstellerin die eheliche Wohnung nicht verlassen hat (Prot. I S. 5), ist nachvollziehbar. Solange der Gesuchsgegner im Gefängnis war, gab es für sie keinen äusseren Anlass, die eheliche Wohnung zu verlassen, zumal der schul- pflichtige Sohn so in der vertrauten Umgebung verbleiben konnte. Hingegen hat die Gesuchstellerin unmittelbar nach der Haftentlassung konkrete Schritte unter- nommen, um ihren Scheidungswillen in Tat umzusetzen. Sie liess am 19. Sep- tember 2012, also nur wenige Tage nach der Entlassung des Gesuchsgegners aus dem Gefängnis (Prot. I S. 4), die Scheidungsklage einleiten. Eine Wiederan- näherung fand zuvor nicht statt. Gegenteil - so wird ausgeführt - sei der Ge- suchsgegner am Tage der Entlassung bei der Gesuchstellerin vorbeigegangen, welche die Wiederaufnahme des Zusammenlebens jedoch ablehnte, zumal der Gesuchsgegner noch während des Strafvollzugs in verschiedenen Briefen an sei- ne Ehefrau Drohungen ausgestossen habe (Urk. 1 S. 4). 11.4 Aussichtslosigkeit bedeutet, dass die Begehren kaum als ernsthaft bezeich- net werden können. Es trifft zu, dass der Gesuchsgegner für seine Behauptungen das befreundete Ehepaar C._____ sowie den früheren amtlichen Verteidiger als Zeugen angerufen hat (Urk. 2 S. 6). Für den Standpunkt der Gesuchstellerin, wel- che zu beweisen haben wird, dass die Ehe nur noch formell und ohne Aussicht auf Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft bestanden hat, was sich in der Regel dem direkten Beweis entzieht, ist festzuhalten, dass die Aufgabe der Ge- fängnisbesuche und damit zusammenhängend das in Ziffer 11.3 in den letzten drei Jahren gelebte Verhalten ein starkes Indiz für ihren Trennungswillen darstel- len. Zudem beruft sich die Gesuchstellerin auf ihre Familie in Indien, auf Arbeits- kollegen und ebenso die befreundeten Eheleute C._____ (Prot. I S. 10). Tatsäch- liche Aussichtslosigkeit kann gegeben sein, weil die behaupteten Tatsachen für

den geltend gemachten Anspruch unerheblich sind oder die zu ihrem Nachweis angerufenen Beweismittel unerheblich, untauglich oder ungeeignet sind. Tatsächliche Unsicherheiten und Zweifel beweisrechtlicher Art können jedenfalls dort, wo

- 12 - beide Parteien Beweismittel benennen oder vorlegen, nur durch ein vollständiges Beweisverfahren behoben werden. Sie wirken sich deshalb zugunsten der gesuchstellenden Partei aus. Sodann darf im erstinstanzlichen Verfahren Unerheblichkeit oder Untauglichkeit der offerierten Beweismittel nur mit Zurückhaltung bejaht und die Beweiswürdigung des Sachrichters nicht vorweggenommen werden. Im Zweifel ist die Zulässigkeit oder Erheblichkeit eines Beweismittels anzunehmen (A. Bühler, a.a.O., Art. 117 N 246 f.). All dies spricht vorliegend gegen die Annahme einer Aussichtslosigkeit. 12.1 In Ehesachen ist das Gericht oft mit kontroversen Sachdarstellungen beider Ehegatten konfrontiert. Wenn im Klageverfahren die Voraussetzungen von Art. 114 ZGB nicht gegeben sind, wird das Gericht weiter zu prüfen haben, ob der Scheidungsgrund von Art. 115 ZGB in Frage kommt (BSK ZGB I-Steck, Art. 114 N 25). Die Gesuchstellerin hat wie eingangs erwähnt auch den subsidiären Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit angerufen. Der Gesuchsgegner macht dazu in der Beschwerdeantwort geltend, die Gesuchstellerin habe diesen Antrag in der Eingabe vom 24. Januar 2013 nicht begründet. Erst im Beschwerdeverfahren bringe sie vor, dass sie vom Gesuchsgegner am Arbeitsplatz aufgesucht worden und bedroht worden sei. Zudem versuche sie, die Gründe nachzuschieben, was nicht möglich sei (Urk. 14/8 S. 3f.). 12.2 Es trifft zu, dass die Gesuchstellerin das Wiedererwägungsgesuch sehr summarisch abgefasst hat. Die bestrittenen - Drohungen wurden allerdings in der Einigungsverhandlung thematisiert. An verschiedener Stelle liess die Gesuchstellerin ausführen, dass der Gesuchsgegner verschiedentlich massive Drohungen gegenüber ihr, ihrer Familie und einem befreundeten Ehepaar ausgestossen habe. Auch habe der Gesuchsgegner mehrere Male nach Indien telefoniert und gegenüber der Familie der Gesuchstellerin gesagt, dass etwas Schlimmes passieren werde, wenn die Gesuchstellerin an der Scheidungsklage festhalte. Auch habe der Gesuchsgegner eine Arbeitskollegin und deren Ehemann mit dem Tod bedroht, was letztlich zu der erneuten Inhaftierung geführt habe (Prot. I S. 12, 18, 20 ff.). Dass es sich nicht nur um blosser Behauptungen handeln kann, zeigt zumindest die Tatsache, dass der Gesuchsgegner am 23. November 2013 erneut in

- 13 - Untersuchungshaft gesetzt und an der Verhandlung vom 5. Dezember 2012 polizeilich vorgeführt werden musste. 12.3 Die Erstinstanz verwies in der Verfügung vom 12. Februar 2013 auf die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 115 ZGB (Urk. 14/2 S. 3). In BGer 5C.35/2001 vom 8.5.2001 etwa hat das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid, welcher festhielt, dass behauptete Drohungen des Beklagten, es werde "etwas passieren", sollte die Ehefrau auf Scheidung klagen, nicht für eine Unzumutbarkeit genügen, bestätigt (BSK ZGB I-Steck, Art. 115 N 25). Andererseits wird in der Lehre festgehalten, dass auch schon blosser Todesdrohungen gegenüber dem Ehegatten und/oder den Kindern u.U. eine Unzumutbarkeit zu begründen vermögen (BSK ZGB I-Steck, Art. 115 N 15). Die von der Gesuchstellerin geltend gemachten massiven Drohungen werden vom Gesuchsgegner bestritten, weshalb auch darüber ein Beweisverfahren durchzuführen sein wird. Ob sodann Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 115 ZGB vorliegt, ist Rechtsfrage. Sind umfangreiche Abklärungen nötig, spricht dies gegen die Aussichtslosigkeit der Begehren. Insbesondere darf bei heiklen entscheiderelevanten Rechtsfragen nicht zu Ungunsten des Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden. Sie sind vielmehr dem

Sachrichter zur Beurteilung zu überlassen (BGer. 5A_842/2011 vom 24. Februar 2012 m.w.H.).

E. 13

Aus den dargelegten Gründen ist die Scheidungsklage, d.h. sowohl der Haupt- als auch der Eventualantrag, nicht als aussichtslos im Sinne der Rechtsprechung zu beurteilen. Die Erstinstanz hat die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege nur unter dem Blickwinkel der Aussichtslosigkeit geprüft. Da letztere zu verneinen ist, hat die Vorinstanz in dem vorliegend an sie zurückzuweisenden Verfahren über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bezug auf die finanziellen Verhältnisse für das erstinstanzliche Verfahren neu zu befinden. In Gutheissung der Beschwerden sind folglich die Dispositiv-Ziffern 1 der Verfügungen des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 23. Januar 2013 und vom 12. Februar 2013 aufzuheben und ist die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 14 - III. 1. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO ist das Verfahren kostenlos. Diese Bestimmung ist indes nicht anwendbar für das Beschwerdeverfahren (BGE 137 III 470 E.6). Der Gesuchsgegner hat die Abweisung der Beschwerden beantragt und gilt damit als unterliegende Partei. Er ist damit für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären. 2. Beide Parteien beantragen auch für die Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2, Urk. 9 S. 2, Urk. 14/1, Urk. 14/8).

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