

# ZH\_OBERGERICHT PC130070 vom 17. Januar 2014

ZH Obergericht, 2014-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC130070](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC130070)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC130070 du 17 janvier 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT PC130070 del 17 gennaio 2014

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung / Prozessgeschichte Die Parteien lernten sich im Jahr 2002 kennen und heirateten am tt. Dezember 2002 (act. 4/4/5/2). Am tt.mm.2005 kam das gemeinsame Kind C.\_\_\_\_\_ zur Welt. Wenig später trennten sich die Eltern (act. 4/4/10/4 S. 24-25). Mit Eheschutzentscheid vom 3. Februar 2006 stellte der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises XI Interlaken-Oberhasli C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut des Klägers und Beschwerdefüh- rers (nachfolgend: Kläger), (act. 4/4/10/6). Gestützt auf ein Gutachten vom 23. August 2005 (act. 4/4/10/4) hob das Berner Obergericht am 22. Mai 2006 die- sen Entscheid auf und teilte die Obhut für die Dauer des Getrenntlebens der Be- klagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) zu (act. 4/4/10/7). Einer dagegen beim Bundesgericht geführten Beschwerde war kein Erfolg beschieden (act. 4/4/10/8). Mit Entscheid des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. Oktober 2008 (Geschäfts-Nr. FE070088) wurde die Ehe der Parteien geschieden. Die elterliche Sorge über das gemeinsame Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, wurde der Scheidungskon- vention entsprechend der Beklagten zugeteilt und dem Kläger wurde ein Be- suchsrecht eingeräumt (act. 4/4/25 und 4/4/29). Mit Eingabe vom 10. September 2013 stellte der damals nicht anwaltlich vertre- tene Kläger beim Bezirksgericht Dielsdorf das Begehren, es sei "aufgrund der neuen Gesetzgebung" das gemeinsame Sorgerecht anzuordnen (act. 4/1). Am 12. September 2013 teilte der zuständige Gerichtsschreiber dem Kläger mit, dass die Gesetzesänderung betreffend die Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts frühestens im Jahr 2014 in Kraft treten werde. Der Kläger teilte dem Gericht mit, dass er trotzdem die Durchführung des Verfahrens wolle (Protokoll im Verfahren der Vorinstanz [nachfolgend: Protokoll] S. 3). Am 7. Oktober 2013 wurden die Parteien zur Einigungsverhandlung vorgeladen. Dabei wurden sie darauf hingewiesen, dass die Parteien nicht zu Parteivorträgen zugelassen würden (act. 4/5). Vor Durchführung einer Einigungsverhandlungen liess die Vorinstanz in der Ver- handlung vom 7. November 2013 die Parteien zur Klagebegründung und Kla-

- 3 - geantwort plädieren. Nachdem die Beklagte erklärt hatte, dass sie mit einem ge- meinsamen Sorgerecht nicht einverstanden sei, stellte der Kläger das Begehren, es sei ihm das alleinige Sorgerecht zu übertragen. Im Anschluss an die Parteivor- träge und Vergleichsgespräche stellte der Kläger ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (Protokoll S. 13) und reichte entsprechende Unterlagen ein (act. 4/11/1-13). Mit Eingabe vom 20. November 2013 zeigte Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ dem Gericht an, dass er die Interessen des Klägers vertrete und verwies auf die bereits vom Kläger eingereichten Dokumente (act. 4/12). Mit Entscheid vom 25. November 2013 wies das Bezirksgericht Dielsdorf das klägerische Gesuch um Er- teilung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 4/14 = act. 5). Die Verfügung wurde dem klägerischen Rechtsvertreter am 10. Dezember 2013 zugestellt (act. 4/14). Dieser erhob am 20. Dezember 2013 (Datum Poststempel)

rechtzeitig Be- schwerde (act. 2).

## **E. 2**

Erwägungen der Vorinstanz Die Vorinstanz führte aus, dass ohne einvernehmlichen Antrag der Parteien das gemeinsame Sorgerecht nach dem geltenden Recht nicht eingeräumt werden könne. Nach den revidierten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, die im Jahr 2014 in Kraft treten könnten, sei die Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch gegen den Willen einer der Parteien zwar nicht ausgeschlossen, doch sei dies nach den geplanten Übergangsbestimmungen nur möglich, wenn die Scheidung im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung weniger als fünf Jahre zurückläge. Da die Parteien am 7. Oktober 2008 geschieden worden seien, sei die Anwendung der neuen Bestimmungen übergangsrechtlich ausgeschlos- sen. Mit seinem Hauptantrag könne der Kläger somit nicht durchdringen, weshalb sein Hauptbegehren aussichtslos sei. Bezüglich des Eventualantrages erwog die Vorinstanz, dass gemäss dem im Rahmen des Scheidungsverfahrens eingeholten Gutachten vom 8. Juli 2008 (act. 4/4/23) damals davon auszugehen gewesen sei, dass die Beklagte zur Aus- übung der elterlichen Sorge besser geeignet sei als der Kläger. Dem Gutachten vom 28. Juli 2005 lasse sich entnehmen, dass der Kläger zumindest zeitweilig ei- ne Persönlichkeitsstörung aufgewiesen habe, die einen Einfluss auf die emotiona-

- 4 - le Stabilität des Klägers gehabt habe, auch wenn sie heute möglicherweise nicht mehr vorhanden sei. Dies beeinflusse das Verhältnis zum Kind. Das Verhalten des Klägers anlässlich der Einigungsverhandlung vom 7. November 2013 zeige, dass sich hinsichtlich der emotionalen Stabilität des Klägers wenig bis nichts ge- ändert habe. Auch wenn die Beklagte ebenfalls gewisse Defizite aufweise, so sei ihr immer bewusst gewesen, dass sie bei Überforderung externe Hilfe holen bzw. C.\_\_\_\_\_ bei einer Pflegefamilie unterbringen müsse. Diese Einsicht fehle dem Kläger, der stur an seiner Sichtweise festhalte. Seine Eignung als Sorgerechtsbe- rechtigter sei in Frage zu stellen, zumal schon ein kurzer Ferienaufenthalt von C.\_\_\_\_\_ beim Kläger genügt habe, das Kind aus dem Konzept zu bringen. Der Kläger sei nicht bereit, sich zur Beruhigung der Situation vorläufig aus dem Leben von C.\_\_\_\_\_ zurückzuziehen. Insgesamt sei wohl nicht davon auszugehen, dass eine Neuzuteilung der elterlichen Sorge an den Kläger im Interesse des Kinds- wohles liege. Die Erfolgsaussicht des Klägers sei deshalb auch bezüglich des Eventualantrages als eher gering einzustufen. Das klägerische Begehren sei aus- sichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen sei. Zur finanziellen Situation des Klägers äussert sich der angefochtene Entscheid nicht.

## **E. 3**

Standpunkt des Klägers Der Kläger führt aus, dass ihn die Vorinstanz in Verletzung von Art. 291 ZPO da- zu angehalten habe, seine Klage zu begründen. Das Gericht habe ihn nicht dar- über aufgeklärt, dass aufgrund seiner Ausführungen auch bereits über das Ge- such um unentgeltliche Rechtspflege entschieden werde, obwohl er das Gesuch erst am Schluss der Verhandlung und damit nach seinem Parteivortrag gestellt habe. Die Vorinstanz habe mit diesem Vorgehen seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weshalb der angefochtene Entscheid aufzuheben sei. Weiter rügt der Kläger, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass sein ursprüngliches Hauptbegehren noch bestehe. Nachdem festgestellt worden sei, dass kein gemeinsamer Antrag der Parteien auf Einräumung der ge- meinsamen elterlichen Sorge zustande gekommen sei, sei das

Begehren um Neuzuteilung der elterlichen Sorge und Obhut an den Kläger allein neu als - 5 - Hauptbegehren und nicht als Eventualbegehren verblieben. Dennoch habe die Vorinstanz die Aussichtslosigkeit primär damit begründet, dass die Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht in Frage komme. Der Kläger stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass sich die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung stark auf das Gutachten aus dem Jahr 2008 abgestützt habe. Zum damaligen Zeitpunkt sei C.\_\_\_\_\_ dreijährig gewesen, heute sei er fast neun Jahre alt. Schon aus diesem Grund könne nicht unbesehen auf das alte Gutachten abgestellt werden. Hinzu komme, dass sich die Lebenssituationen sowohl des Klägers als auch der Beklagten seit der Scheidung verändert hätten. Die Beklagte sei wohl schon mit der Erziehung von C.\_\_\_\_\_ überfordert gewesen, habe aber nun zusätzlich auch noch für D.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.2011) und E.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.2013) zu sorgen. Im Gegensatz zur Beklagten lebe der Kläger seit dem Jahr 2007 mit F.\_\_\_\_\_ in stabilen Verhältnissen. F.\_\_\_\_\_ könne als erfahrene Tagesmutter den Kläger bei der Erziehung und Betreuung von C.\_\_\_\_\_ tatkräftig unterstützen. C.\_\_\_\_\_ sei aktuell bei einer Pflegefamilie untergebracht. Obwohl die Beklagte die elterliche Sorge habe, sei das Kind effektiv nur besuchsweise bei der Mutter und zwar in geringerem Umfang als beim Kläger. Auch wenn die Unterbringung bei der Pflegefamilie nicht gestützt auf eine behördliche Anordnung erfolgt sei, so sei darin dennoch eine Fremdplatzierung zu sehen, die nur als ultima ratio in Frage kommen könne. Mit der Neuzuteilung der elterlichen Sorge und Obhut an den Kläger könne sichergestellt werden, dass C.\_\_\_\_\_ bei einem Elternteil statt bei einer Pflegefamilie aufwachsen könne. Wenn die Vorinstanz vor allem gestützt auf das Gutachten aus dem Jahr 2008 zum Schluss gekommen sei, das klägerische Begehren sei aussichtslos, habe es die Sachlage falsch eingeschätzt und zudem die Untersuchungsmaxime verletzt. Das Begehren sei somit nicht als aussichtslos zu bezeichnen. Da aufgrund der im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen die Mittellosigkeit des Klägers erstellt sei, seien die Voraussetzungen gemäss Art. 117 lit. a und b ZPO erfüllt und es sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

- 6 -

#### **E. 4**

Würdigung

##### **E. 4.1**

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt zunächst voraus, dass das Rechtsbegehren als nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO). Mit dieser Voraussetzung soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten einen Prozess führt, den eine vermögliche Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde. Ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung der Klage. Das bedeutet insbesondere, dass die Prozesschancen im voraus, also aufgrund der einstweilen noch unvollständigen Aktenlage, abzuschätzen sind und der unpräjudizielle Entscheid ohne vorgängiges Beweisverfahren zu fällen ist (BGE 119 Ia 251, BGE 101 Ia 34, KassGer AA040101). Der Kläger hatte ursprünglich die Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge verlangt. Aufgrund der zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz ist von der Aussichtslosigkeit dieses Begehrens auszugehen. Der Kläger hat denn auch selber Abstand von diesem Begehren genommen und verlangt neu, dass ihm alleine die elterliche Sorge zuzuweisen sei. Diese Klageänderung ist zulässig, zumal im vorliegenden Verfahren der Offizialgrundsatz gilt, das Gericht also nicht an die

Par- teianträge gebunden ist (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Gemäss Art. 134 Abs. 1 und 3 ZGB regelt das Gericht auf Begehren eines Eltern- teils die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen wesentlicher Ver- änderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist. Die Klage auf Um- teilung der elterlichen Sorge darf nicht dazu benutzt werden, eine frühere Ent- scheidung nachträglich zu korrigieren. Das Scheidungsurteil kann nicht über den Umweg der Klage auf Abänderung in Frage gestellt werden. Nötig ist eine Verän- derung der tatsächlichen Verhältnisse, die aus Sicht des Kindeswohls eine Neuzu- ordnung der elterlichen Sorge verlangt. Sofern der Bedarf einer Neuregelung aus Gründen des Kindeswohls zu bejahen ist, so dürfen keine hohen Anforderungen an die Voraussetzung der veränderten Verhältnisse gestellt werden (FamKommentar Scheidung, 2. Auflage, Bächler/Wirz, Art. 134 mit Art. 315a/b, N 11-13 mit Hinweis auf BGer 5A\_531/2009 E. 2). Ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine

- 7 - Neuverteilung der elterlichen Sorge erfüllt sind, ist von Amtes wegen festzustellen (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Im Zeitpunkt der Scheidung ging das Gericht insbesondere gestützt auf ein Gut- achten vom 8. Juli 2008 davon aus, dass bei der Beklagten zwar gewisse Defizite bei der Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit zu erkennen seien, dass sie aber dennoch besser als der Kläger zur Übernahme der elterlichen Sorge geeignet sei. Nach Ansicht der Vorinstanz hat sich an dieser Situation nichts geändert. Sie stützt sich dabei nach wie vor auf das Gutachten aus dem Jahr 2008, einen Be- richt der Pflegefamilie sowie das Verhalten des Klägers an der Einigungsverhand- lung. In Würdigung der im Zeitpunkt der Einigungsverhandlung greifbaren Be- weismittel schliesst die Vorinstanz nicht ganz aus, dass eine Umteilung der elterli- chen Sorge in Frage kommt, geht aber davon aus, dass diese "wohl eher nicht im Interesse des Kindeswohls" liege (act. 5 S. 6-7). Damit bringt sie selber zum Aus- druck, dass das klägerische Begehren zwar nicht besonders aussichtsreich, aber auch nicht aussichtslos ist. Der Kläger behauptet, seit dem Zeitpunkt der Schei- dung habe sich seine Betreuungs- und Erziehungsfähigkeit verbessert, insbeson- dere, da er in einer stabilen Beziehung mit einer Frau lebe, die über die entspre- chende Erfahrung verfüge und ihn unterstützen könne. Umgekehrt sei die Belas- tung der Beklagten mit der Geburt zweier weiterer Kinder gestiegen. Sie könne ih- re Erziehungsaufgabe teilweise nicht selber erfüllen, sondern sei gezwungen, C.\_\_\_\_\_ fremdbetreuen zu lassen. Damit macht der Kläger Veränderungen der tatsächlichen Umstände geltend, die gegebenenfalls eine Neuverteilung der elter- lichen Sorge zu rechtfertigen vermögen. Als aussichtslos kann das klägerische Begehren deshalb nicht bezeichnet werden. Die Voraussetzung gemäss Art. 117 lit. b ZPO ist somit erfüllt.

#### **E. 4.2**

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt weiter voraus, dass der Gesuchsteller nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu füh- ren (Art. 117 lit. a ZPO). Der Gesuchsteller hat seine Einkommens- und Vermö- gensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über seine Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Der im Zeitpunkt der Stellung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege damals noch nicht anwaltlich vertretene Kläger

- 8 - hat im vorinstanzlichen Verfahren seine Einkommens- und Vermögensverhältnis- se nicht substantiiert dargelegt, sondern sich damit begnügt, Unterlagen einzu- reichen (act. 4/11/1-13). Er ist damit den Anforderungen von Art. 119 Abs. 2 ZPO nur ungenügend nachgekommen. Daraus kann im vorliegenden Fall dem Kläger kein Nachteil erwachsen, da er weder in der Einigungsverhandlung noch zu ei- nem späteren Zeitpunkt Gelegenheit

erhalten hatte, sein Gesuch näher zu begründen. Er hatte sich entsprechend den Hinweisen in der Vorladung vom 7. Oktober 2013 verhalten und Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen eingereicht. In der Vorladung wurde weiter darauf hingewiesen, dass die Parteien nicht zu Parteivorträgen zugelassen würden (act. 4/5). Der Kläger musste somit nicht damit rechnen, dass über sein Gesuch entschieden wird, ohne dass ihm Gelegenheit zur Begründung seines Gesuches gegeben wird. Da aufgrund der eingereichten Unterlagen die Sache spruchreif ist, kann die Rechtsmittelinstanz in der Sache entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Daran würde auch nichts ändern, wenn die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen den Anspruch des Klägers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt hätte, da die Rückweisung einen formalistischen Leerlauf darstellen würde, weshalb eine allfällige Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann (BGer 5A\_296/2013). Die vom Kläger aufgeworfene Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs kann somit offen gelassen werden. Aus einer Verfügung der IV-Stelle Bern vom 1. Juli 2008 geht hervor, dass der Kläger bereits im Zeitpunkt des Scheidungsverfahrens IV-Rentner mit einem Invaliditätsgrad von 100 Prozent war (act. 4/4/8/1). Daran hat sich bis heute nichts geändert. Der Kläger verfügt gemäss der Berechnung für Zusatzleistungen zur AHV/IV der SVA Zürich vom 12. September 2013 über jährliche Einnahmen aus der IV sowie der Pensionskasse von rund CHF 27'000.00. Diese genügen nicht, um die anrechenbaren Ausgaben von jährlich rund CHF 35'600.00 zu decken, weshalb dem Kläger Zusatzleistungen von monatlich CHF 716.00 ausgerichtet werden. Gemäss dieser Aufstellung verfügt der Kläger auch über kein Vermögen, das einen Notgroschen übersteigen würde (act. 4/11/3). Dem Auszug des Betreibungsamtes Regensdorf vom 28. August 2012 ist zu entnehmen, dass der Kläger über 24 Verlustscheine im Totalbetrag von rund CHF 56'600.00 verfügt (act.

- 9 - 4/11/7). Es ist somit davon auszugehen, dass dem Kläger die finanziellen Mittel zur Prozessführung im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO fehlen.

### **E. 4.3**

Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen gemäss Art. 117 lit. a und b ZPO erfüllt. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben und es ist dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, so ist dem Gesuchsteller ein Rechtsbeistand zu bestellen, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Umstand, dass ein Verfahren von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, schliesst den Anspruch auf einen Rechtsbeistand nicht aus (Kuko ZPO-Jent-Sørensen, Art. 118 N 7). Der Kläger ist für die Führung des Prozesses auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Es ist ihm deshalb in der Person von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

### **E. 5**

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). Es wird erkannt: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dem Beschwerdeführer wird für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

2. Schriftliche Mitteilung an Rechtsanwalt lic.iur. X.\_\_\_\_\_, die Parteien und an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenützlichem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück. 3. 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).

- 12 - Dies sind Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine Zivilsache, die keiner Streitwertgrenze unterliegt. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer  
Der Gerichtsschreiber: lic.iur. M. Hinden versandt am:

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