



---

Kass.-Nr. AA040067/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Reinhard Oertli, Daniel Wyss und die Kassationsrichterin Doris Farner sowie der Sekretär Roland Götte

## Zirkulationsbeschluss vom 10. September 2004

in Sachen

A.,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwältin X.

gegen

B.,

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner

betreffend **Ehescheidung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. März 2004 (LC040012/Z)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Klageschrift vom 1. Oktober 2003 gelangte A. (Beschwerdeführerin) ans Bezirksgericht Uster (Einzelrichter im ordentlichen Verfahren) und verlangte gestützt auf Art. 115 ZGB die Scheidung der zwischen ihr und B. (Beschwerdegegner) geschlossenen Ehe (ER act. 2). Diese Klage wurde mit Urteil vom 5. Dezember 2003 (versandt am 9. Februar 2004) abgewiesen (ER act. 33). Vor der Zustellung des Urteils hatte die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Schreibens des Beschwerdegegners mit Eingabe vom 18. Dezember 2003 neu die Scheidung auf gemeinsames Begehren verlangt bzw. für den Fall, dass das Urteil bereits ergangen sei, um Wiedererwägung ersucht (ER act. 30). Mit einzelrichterlicher Verfügung vom 22. Januar 2004 wurde dieses Wiedererwägungsgesuch abgewiesen; gleichzeitig wurde das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. Dezember 2003, worin diese um Sistierung des Verfahrens ersucht hatte, inklusive der in diesem Zusammenhang eingereichten Beilagen aus dem Recht gewiesen (ER act. 34).

2. Gegen das einzelrichterliche Urteil vom 5. Dezember 2003 erklärte die Beschwerdeführerin Berufung (OG act. 44). Nach erfolgter Aufforderung zur Stellung der Berufungsanträge (OG act. 46) beantragte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. März 2004 jedoch die Sistierung des Berufungsverfahrens (OG act. 48), nachdem sie tags zuvor beim Bezirksgericht Uster ein Begehren um Durchführung einer Scheidung nach Art. 112 ZGB gestellt hatte (OG act. 49). Dieses Sistierungsgesuch wurde mit Beschluss des Obergerichtes (I. Zivilkammer) vom 29. März 2004 abgewiesen (OG act. 50 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss hat die Beschwerdeführerin fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen (KG act. 1). In ihrer Beschwerdeschrift beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Gutheissung ihres Sistierungsgesuches bzw. die Rückweisung des Falles zur Neubeurteilung an die

Vorinstanz. Im Weiteren ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Beigabe einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (KG act. 1 S. 2).

Nachdem der Beschwerdeführerin die Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung mit Verfügung vom 26. April 2004 (einstweilen) abgenommen worden war (OG act. 56), wurde der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 3. Mai 2004 die aufschiebende Wirkung erteilt (KG act. 7).

Der Beschwerdegegner reichte innert der angesetzten Frist keine Beschwerdeantwort ein und die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf Vernehmung (KG act. 9).

## II.

1. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass zwischen dem beim Bezirksgericht Uster mit Eingabe vom 22. März 2004 neu eingereichten Scheidungsbegehren nach Art. 112 ZGB und der bei ihr hängigen Klage nach Art. 115 ZGB Klageidentität bestehe, weil unabhängig vom angerufenen Scheidungsgrund in beiden Fällen die Scheidung der Ehe verlangt werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin selbst argumentiert, die Scheidungsklage werde gegenstandslos, wenn die Scheidung auf gemeinsames Begehren zustandekomme, womit sie implizit von der Identität der Begehren ausgehe. Damit sei - so die Vorinstanz weiter - nach ihrer Ansicht auf das Scheidungsbegehren i.S.v. Art. 112 ZGB nicht einzutreten, wobei das Bezirksgericht Uster diesbezüglich einen unabhängigen Entscheid zu treffen habe. Weil der Prozess am Bezirksgericht also keinen Einfluss auf das Berufungsverfahren haben könne, seien keine zureichenden Gründe für eine Sistierung i.S.v. § 53a ZPO gegeben (KG act. 2 S. 3/4).

Die Vorinstanz wies sodann darauf hin, dass die Beschwerdeführerin gegebenenfalls die Möglichkeit habe, ein gemeinsames Scheidungsbegehren i.S.v. Art. 112 ZGB auch im Rahmen des Berufungsverfahrens zu stellen, da die Identität der Klage gewahrt bliebe und keine Klageänderung erfolgen würde und

eine Zustimmung des Beschwerdegegners zur Scheidung als zulässiges Novum qualifiziert werden könnte (KG act. 2 S. 4 lit. c).

2. Der Vorinstanz wird in der Beschwerdeschrift sinngemäss eine Verletzung von § 53a Abs. 1 ZPO vorgeworfen. Im Einzelnen wird Folgendes vorgebracht:

Die Frage der Identität der Scheidungsklage sei komplex und bereits unter dem früheren Recht nicht alleine von der Identität der Parteien und dem Rechtsbegehren abhängig gemacht worden. Massgebend sei, ob auch dieselben Tatsachen und Umstände, mit denen der Anspruch begründet werde, schon im Vorprozess zum Klagegrund gehören würden (KG act. 1 S. 5/6 Ziff. 1, mit Literatur- und Rechtsprechungszitaten). Bei der am Obergericht hängigen Scheidungsklage nach Art. 115 ZGB gehe es - gestützt auf die Vorgänge in der Vergangenheit und den heutigen Zustand der Beschwerdeführerin - um die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe. Demgegenüber sei der beim Verfahren nach Art. 112 ZGB zu beurteilende Lebenssachverhalt der gemeinsame Entschluss der Parteien, ihre Ehe aufzulösen. Während das Rechtsbegehren im ersten Fall also ein strittiges Verfahren zur Folge habe, beschränke sich die Aufgabe des Gerichtes im zweiten Fall auf die Überprüfung der Willensbildung der Parteien. Damit seien die zugrundeliegenden Lebensvorgänge verschieden, weshalb die Annahme der Klageidentität und die daraus geschlossene Rechtsfolge aktenwidrig und willkürlich sei und einen Nichtigkeitsgrund i.S.v. § 281 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO darstelle (KG act. 1 S. 6).

Die Vorinstanz nehme an, das Bezirksgericht werde auf das Begehren gemäss Art. 112 aufgrund der Identität der Klagen nicht einzutreten haben, doch würde ein solches Nichteintreten - so die Beschwerdeführerin - eine Rechtsverweigerung und eine Verletzung klaren materiellen Rechts i.S.v. § 281 Ziff. 3 ZPO darstellen, da ein materiellrechtlicher Anspruch auf Prüfung des Scheidungswillens bestehe, selbst wenn keine Gewissheit darüber bestehe, ob die Scheidung auf gemeinsames Begehren zustandekomme (KG act. 1 S. 9 Ziff. 3.1). Dieser Anspruch ergebe sich auch aus Art. 112 Abs. 2 ZGB, weshalb die Abweisung der Sistierung mit dem Hinweis auf die Klageidentität zu einer Verletzung einer Ver-

fahrensvorschrift des Bundeszivilrechts führe, was einen Nichtigkeitsgrund i.S.v. § 281 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO darstelle (KG act. 1 S. 10 Ziff. 3.3).

Soweit das Obergericht in Erwägung ziehe, sie - die Beschwerdeführerin - habe im Rahmen der Berufung die Möglichkeit, die Klage wegen Unzumutbarkeit in eine Scheidung auf gemeinsames Begehren umzuwandeln, so regle das Bundesrecht nicht, wer bei einer Zustimmung zur Scheidung während des Rechtsmittelverfahrens für die Anwendung der Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren sachlich zuständig sei. Die Berufungsinstanz mit dem Scheidungsverfahren zu betrauen bedeute den Verlust einer Rechtsmittelinstanz; nur wenn das Verfahren durch das Bezirksgericht durchgeführt werde, würden die Rechte der Parteien umfassend gewahrt (KG act. 1 S. 7 Ziff. 2.2). Sodann sei ein Verzicht auf den Weiterzug der abgewiesenen Scheidungsklage nicht akzeptabel, weil ein solcher insofern mit einem Rechtsverlust verbunden sei, als die Ehe bestehen bleibe, wenn der Scheidungswille nicht bestätigt werde, und die Gründe der Unzumutbarkeit, wie sie heute vorliegen würden, nicht mehr geprüft werden könnten (KG act. 1 S. 9 Ziff. 3.2).

3.1 Vor der materiellen Behandlung der Beschwerde stellt sich vorab die Frage, ob gegen die Abweisung des beschwerdeführerischen Sistierungsbegehrens die Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt zulässig ist:

Nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichtes kann die Nichtigkeitsbeschwerde nicht nur gegen einen positiven Sistierungsentscheid, sondern auch gegen die Ablehnung eines Sistierungsgesuches ergriffen werden, wenn die Voraussetzungen von § 282 ZPO gegeben sind (ZR 66 Nr. 37; ZR 82 Nr. 5; Kass.-Nr. 2002/405 i.S. G., Entscheid vom 2.4.2003, Erw. III.3.2; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 5d zu § 282 ZPO).

Sollte es - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - vorliegend tatsächlich möglich und angezeigt sein, während des laufenden Scheidungsverfahrens nach Art. 115 ZGB zusätzlich ein solches nach Art. 112 ZGB anhängig zu machen (dazu nachstehend Ziff. 3.2), so könnte mit einer Sistierung des Beru-

fungsverfahrens unter Umständen tatsächlich ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten eingespart werden. Im Hinblick auf die Bemühungen um eine einvernehmliche Scheidung würden bei einer Ablehnung des Sistierungsgesuches sodann schwer wiedergutzumachende Nachteile drohen (vgl. dazu die Ausführungen der Beschwerdeführerin, KG act. 1 S. 6 ff. Ziff. 2.1-2.3). Hinsichtlich der Natur des angefochtenen Beschlusses steht einem Eintreten auf die Beschwerde somit nichts entgegen.

3.2 a) Verlangt ein Ehegatte die Scheidung wegen Unzumutbarkeit (oder Getrenntleben) und stimmt der andere Ehegatte (der Scheidung) ausdrücklich zu, so sind die Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren anwendbar (Art. 116 ZGB). Dies hat zur Folge, dass der Richter nun nicht mehr die eingeklagten Unzumutbarkeitsgründe zu beurteilen hat, sondern nur noch prüfen muss, ob der übereinstimmende Scheidungswille der Eheleute "auf freiem Willen und reiflicher Überlegung" beruht (Art. 111 Abs. 1 bzw. 112 Abs. 2 ZGB). Ein solcher Verfahrenswechsel kommt keiner Klageänderung im technischen Sinne gleich und ist auch noch nach Abschluss des Hauptverfahrens, mithin auch noch im Berufungsverfahren möglich (Steck, in: Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich [Hrsg.], Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 42/43; Fankhauser, in: Schwenzer [Hrsg.], Praxis Kommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N 12 zu Art. 116 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 27 zu Art. 116 ZGB). Wird die Zustimmung zur Scheidung vom beklagten Gatten in der Folge nicht bestätigt, so ist der Scheidungskläger in Anwendung von Art. 113 ZGB aufzufordern, dem Gericht mitzuteilen, ob er an der Klage festhalten wolle (Steck, a.a.O., S. 42; Fankhauser, a.a.O., N 5 zu Art. 113 ZGB und N 12 und 31 zu Art. 116 ZGB). Während der formelle *Rückzug* einer Scheidungsklage nach Art. 115 ZGB insofern einen Rechtsverlust nach sich zieht, als die geltend gemachten Unzumutbarkeitsgründe in einem neuerlichen Scheidungsverfahren nicht mehr angeführt werden können (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 11 zu Art. 136 ZGB; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 8 N 79 e contrario), bringt ein Verfahrenswechsel nach Art. 116 ZGB (Wechsel vom Klageverfahren in ein solches auf gemeinsames Begehren) also auch dann keinen Rechtsverlust für den Scheidungskläger mit sich,

wenn die nachträgliche Zustimmung des beklagten Gatten entgegen aller Erwartungen/Hoffnungen nicht bestätigt werden sollte.

b) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Frage nach der Identität von Scheidungsklagen sei komplex und weniger nach dem blossen Wortlaut der Begehren, sondern vielmehr aufgrund der zugrundeliegenden Tatsachen und Umstände zu beurteilen, trifft es zwar zu, dass der Begriff der "Klageidentität" im Zusammenhang mit der *materiellen Rechtskraft* von (abweisenden) Scheidungsurteilen differenziert beurteilt wird (vgl. etwa Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 8 N 77 ff.; Hinderling Steck, Das schweizerische Scheidungsrecht, Zürich 1995, S. 585 f.). Geht es jedoch um die Frage der *Ausschlusswirkung* einer rechtshängigen Scheidungsklage, so ist unabhängig vom geltend gemachten Scheidungsgrund von der "Klageidentität" i.S.v. § 107 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO bzw. Art. 35 GestG auszugehen, womit die gleichzeitige Führung mehrerer Scheidungsprozesse zwischen denselben Parteien ausgeschlossen ist (vgl. Leuenberger, in: Schwenger (Hrsg.), Praxis Kommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N 1 zu Art. 136 ZGB). Dies leuchtet ein, denn aufgrund des Umstandes, dass das Klageverfahren ohne Gefahr eines Rechtsverlustes in ein solches auf gemeinsames Begehren umgewandelt werden kann, besteht kein genügendes rechtliches Interesse an der Führung eines separaten Verfahrens. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorbringt, die Umwandlung ihrer Klage in ein Scheidungsverfahren nach Art. 112 ZGB führe zu einem Verlust einer Rechtsmittelinstanz, wenn dies im Rahmen der Berufung geschehe, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Kommt im Berufungsverfahren ein gemeinsamer Scheidungsantrag i.S.v. Art. 112 ZGB zustande, und wird der Scheidungswille von den Eheleuten nach Ablauf der Bedenkfrist bestätigt, so besteht bezüglich des Scheidungspunktes kein Bedarf nach einer Überprüfung in einem Berufungsverfahren. Hingegen stellt sich die Frage, ob das Verfahren in diesem Fall zur Regelung der Scheidungsfolgen (Unterhaltsbeiträge, Güterrecht, etc.) an das Bezirksgericht zurückzuweisen wäre, was wohl aufgrund der konkreten Umstände, insbesondere aufgrund der gestellten Anträge zu beurteilen wäre. Diese Frage kann und muss im vorliegenden Nichtigkeitsverfahren allerdings nicht abschliessend beantwortet werden.

Der Auffassung der Vorinstanz, wonach das Bezirksgericht Uster auf das neu eingereichte Begehren nach Art. 112 ZGB nicht einzutreten habe, so dass in dieser Hinsicht kein zureichender Grund bestehe, den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten, ist zuzustimmen. Von einer Verletzung von § 53a Abs. 1 ZPO kann folglich keine Rede sein.

### III.

1. a) Der Beschwerdeführerin wurde bereits im bezirksgerichtlichen (Klage-)Verfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von RAin X. eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt (ER act. 21). Wie eingangs erwähnt, ersucht die Beschwerdeführerin auch für das vorliegende Kassationsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin (KG act. 1 S. 2).

b) Grundsätzlich gilt die einmal bewilligte unentgeltliche Prozessführung und Vertretung für das Rechtsmittelverfahren weiter, doch kann die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren einen selbständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO). Gemäss § 91 ZPO kann die erteilte Bewilligung entzogen werden, wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung oder Vertretung im Lauf des Prozesses dahinfallen. Erweist sich die Beschwerde als aussichtslos, so ist es im Kassationsverfahren - anders als im Verfahren vor dem Sachrichter - zulässig, das Armenrecht rückwirkend, d.h. auch für die mit der Verfassung der Beschwerdeschrift verbundenen Aufwendungen zu entziehen (Kass.-Nr. 2001/279Z i.S. M., Entscheid vom 28.1.2002, Erw. III.2, mit Verweis auf ZR 97 [1998] Nr. 28).

c) Gemäss § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO (sowie Art. 29 Abs. 3 BV) hat eine Partei, der die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreeters; letzteres allerdings nur, sofern sie zur gehörigen

Führung des Prozesses eines solchen bedarf. Als aussichtslos sind nach gefestigter Lehre und Praxis solche Rechtsbegehren (resp. Rechtsmittel) zu betrachten, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren, und die deshalb kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren (resp. Rechtsmittel) dann nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder Erstere nur wenig geringer sind als Letztere. Dabei wird massgeblich auf die hypothetische Frage abgestellt, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zum betreffenden Prozess (resp. Rechtsmittel) entschliessen oder davon absehen würde; es soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, deshalb anstrengen kann, weil er sie nichts kostet (BGE 124 I 306; 122 I 271; 119 Ia 253; 109 Ia 9; 105 Ia 133 ff.; ZR 69 [1970] Nr. 29; Vogel/Spühler, a.a.O., S. 302 f., 11 N 68 f.; Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 1995, 181 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO).

d) Die Argumentation der Beschwerdeführerin basiert auf der Überlegung, dass es zulässig sei, parallel zu einem laufenden Scheidungsverfahren i.S.v. Art. 115 ZGB einen zweiten Scheidungsprozess auf gemeinsames Begehren i.S.v. Art. 112 ZGB anhängig zu machen. Da diese Ansicht - wie oben dargelegt - mit Blick auf Art. 116 ZGB klar abzulehnen ist und auch in Lehre oder Rechtsprechung keinerlei Abstützung findet (die Beschwerdeführerin zitiert denn auch keine entsprechende Meinung), ist die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde als aussichtslos im obgenannten Sinne zu bezeichnen, zumal die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz ausdrücklich auf die - auch im Rahmen einer Berufung bestehende - Möglichkeit des Verfahrenswechsels i.S.v. Art. 116 ZGB hingewiesen wurde. Aufgrund dieser Überlegungen ist der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren somit die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen.

2. Dem Ausgang des Nichtigkeitsverfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegner stellte im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Anträge, womit er nicht als

obsiegende Partei i.S.v. § 68 Abs. 1 ZPO gilt und ihm keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde gewährte aufschiebende Wirkung.
2. Der Beschwerdeführerin wird die vom Bezirksgericht Uster (Einzelrichter im ordentlichen Verfahren) gewährte unentgeltliche Prozessführung und Vertretung für das vorliegende Verfahren entzogen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 241.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: