

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC150017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Beschluss und Urteil vom 20. April 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen (unentgeltliche  
Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Ver-  
fahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 17. März 2015; Proz. FE150040**

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessgeschichte

1.1. Am 25. Februar 2015 reichte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon (fortan Vorinstanz) gestützt auf Art. 114 ZGB und eventualiter gestützt auf Art. 115 ZGB eine Scheidungsklage ein und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 6/1). Mit Verfügung vom 17. März 2015 wies die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab und setzte der Klägerin Frist zur Leistung des Kostenvorschusses an (act. 6/5 = act. 5).

1.2. Am 27. März 2015 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin fristgerecht Beschwerde ein und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2):

- " 1. Es sei Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 17. März 2015 (FE150040) aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin im Scheidungsverfahren und in diesem Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Es sei dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung nach Art. 325 Abs. 2 ZPO zuzuerkennen.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) sei ausgangsgemäss zu entscheiden."

1.3. Mit Verfügung vom 8. April 2015 wurde antragsgemäss die Vollstreckung der Beschwerde hinsichtlich Dispositivziffer 2 (Kostenvorschuss) aufgeschoben (act. 7).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-6). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort (Art. 322 ZPO) kann verzichtet werden, da der Be-

klagte weder bei einer Gutheissung noch bei einer Abweisung des vorliegenden Rechtsmittels beschwert ist. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Zur Beschwerde

### 2.1. Rechtliche Vorbemerkungen

2.1.1. Wird die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt, so kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Die Beschwerde ist innert 10 Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Nach Eingang der Beschwerde prüft die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen die Rechtsmittelvoraussetzungen.

Die Beschwerde erging rechtzeitig (act. 4/6 und act. 2), begründet und mit Anträgen versehen. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2.1.2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren 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 (BGE 125 II 265, E. 4.b).

### 2.2. Scheidung nach Art. 111 f. bzw. Art. 114 ZGB

2.2.1. Die Vorinstanz erwog, die Klägerin habe eine Scheidungsklage nach Art. 114 bzw. Art. 115 ZGB eingereicht. Demnach sei kein gemeinsames Scheidungsbegehren nach Art. 111 oder Art. 112 ZGB zu beurteilen, sondern eine Scheidungsklage, weshalb dahingestellt bleiben könne, ob der Beklagte allenfalls mit einer Scheidung einverstanden sei (act. 5 E. 2./b). Die Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB hält die Vorinstanz für aussichtslos, da die Klägerin selbst ausgeführt habe, sie und der Beklagte hätten den gemeinsamen Haushalt formell am

10. Dezember 2014 und faktisch bereits am 25. April 2014 aufgelöst. Weder im einen noch im anderen Fall sei im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage das vom Gesetz verlangte zweijährige Getrenntleben erfüllt (act. 5 E. 2./c).

2.2.2. Dazu bringt die Klägerin in ihrer Beschwerde vor, sie habe vor Vorinstanz dargelegt, der Beklagte habe ihrem Vater gesagt, er – der Beklagte – wolle sich ebenfalls scheiden lassen. Gemäss derzeitigem Aktenstand und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte sei davon auszugehen, dass der Beklagte an seinem Scheidungswille festhalten werde. Die Klägerin habe im Rahmen ihrer Scheidungsklage darauf hingewiesen, es sei nicht abschliessend gesichert, dass kein Widerruf des geäusserten Scheidungswille des Beklagten erfolge (act. 2 Rz. 9).

2.2.3. Für die Beurteilung der Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltliche Rechtspflege massgeblich (BGE 133 III 614 E. 5 = Pra 2008 Nr. 50; BGE 129 I 129 E. 2.3.1). Dem aktuellen Aktenstand ist – mit Ausnahme der klägerischen Behauptung – nichts zu entnehmen bzw. bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beklagte ebenfalls scheiden lassen möchte. Eigenen Aussagen zufolge scheint die Klägerin bzw. ihr Vater mit dem Beklagten Kontakt zu haben. Es wäre daher ein Leichtes gewesen, bei der Vorinstanz ein gemeinsames Scheidungsbegehren oder ein Schreiben des Beklagten, in welchem er seinen Willen kundtut, einzureichen. Ein gemeinsames Scheidungsbegehren ist daher – wie die Vorinstanz richtig erkannt hat – derzeit nicht zu prüfen. Die vorinstanzlichen Ausführungen, dass die gesetzlich vorgesehene zweijährige Trennungsdauer nicht gegeben sei, beanstandet die Klägerin in ihrer Beschwerde nicht. Eine Scheidung gestützt auf Art. 114 ZGB erscheint daher als aussichtslos.

### 2.3. Unzumutbarkeit nach Art. 115 ZGB

2.3.1. Die Scheidungsklage nach Art. 115 ZGB erachtete die Vorinstanz ebenfalls als aussichtslos. Die von der Klägerin aufgezeigten Gründe seien keine schwerwiegenden im Sinne von Art. 115 ZGB (act. 5 E. 2./d).

2.3.2. In der Beschwerde führt die Klägerin aus, sie habe vor Vorinstanz schwerwiegende Gründe im Sinne von Art. 115 ZGB geltend gemacht. Sie habe vorgebracht, der Beklagte sei – jeweils in Anwesenheit der Kinder – diverse Male körperlich gegen sie vorgegangen, weswegen zweimal Fernhaltemassnahmen ergriffen worden seien. Da sie sich derart vor weiteren Übergriffen fürchte, wolle sie jeglichen Kontakt mit dem Beklagten vermeiden. Ausserdem habe er sie sowie ihre Familie mit dem Tod bedroht (act. 2 Rz. 12, Rz. 20). Sodann habe der Beklagte mehrfach Geld, welches für die Familie bestimmt gewesen sei, für seine persönlichen Bedürfnisse bzw. Vergnügen verwendet, mithin im Casino verspielt. Dies habe teilweise dazu geführt, dass die Klägerin die Miete nicht habe fristgerecht bezahlen können (act. 2 Rz. 13). Hinzukomme, dass der Beklagte die Klägerin unter Druck dazu veranlasst habe, einen Kredit aufzunehmen, den sie alleine zurückzahlen müsse. Gemäss ihrem Betreibungsregisterauszug sei auch belegt, dass sie in diesem Zusammenhang beträchtliche Schulden aufweise (act. 2 Rz. 14). Weiter habe sie vorgebracht, sie könne sich nicht wehren, wenn der Beklagte sie unter Druck setze oder körperlich gegen sie vorgehe (act. 2 Rz. 15), der Beklagte kümmere sich nicht um die gemeinsamen Kinder (act. 2 Rz. 16), sie wisse nicht, wo sich der Beklagte jeweils aufhalte (act. 2 Rz. 17, Rz. 23), und der Beklagte habe nichts unternommen, um seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber der Familie nachzukommen (act. 2 Rz. 18, Rz. 21).

2.3.3. Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (BGE 131 I 113 E. 3.7.3). Die Beantwortung der Frage, ob ein schwerwiegender Grund im Sinne von Art. 115 ZGB gegeben ist, erfordert eine Gesamtbeurteilung aller massgebenden Umstände im konkreten Einzelfall. Der Richter wird damit auf eine Entscheidung nach Recht und Billigkeit verwiesen (Art. 4 ZGB; BGE 127 III 129 E. 3b; 127 III 342 E. 3a und 128 III 1 E. 3a/cc). Die Bestimmung von Art. 115 ZGB wurde bewusst offen formuliert, damit die Gerichte diesen Vorgaben Rechnung tragen können. An das Vorliegen eines schwerwiegenden Grundes dürfen jedoch auch keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Der gegenüber Art. 114 ZGB subsidiäre Scheidungsgrund von Art. 115 ZGB soll andererseits dennoch zurückhaltend herangezogen werden und insbeson-

dere nur dann als "Notventil" zur Anwendung gelangen, wenn es gilt, in einem Härtefall doch den (vorzeitigen) Ausstieg aus der Ehe zu ermöglichen (BGE 126 III 407 mit ausführlichen Hinweisen zur Lehre). Es braucht zwei Komponenten für die Gutheissung einer entsprechenden Klage: einmal den Anlass als solchen und sodann dessen unrettbar zerstörerische Auswirkung auf die Gemeinschaft. Dabei wird eine nur rein subjektiv von der klagenden Partei empfundene Unzumutbarkeit nicht genügen; sie muss vielmehr aufgrund der gegebenen Verhältnisse objektivierbar sein (Rumo-Jungo, Die Scheidung auf Klage, AJP 1999, S. 1536; BSK ZGB I-Steck, Art. 115 N 7, N 9).

2.3.4. Bei körperlicher Misshandlung ist das Weiterbestehen der rechtlichen Bande regelmässig psychisch unzumutbar, selbst wenn durch die Aufnahme des Getrenntlebens die Gefahr weiterer physischer Übergriffe gebannt sein sollte (Fam Komm-Fankhauser, 2. Aufl., Art. 115 N 7). Die Klägerin führt lediglich pauschal aus, der Beklagte sei diverse Male körperlich gegen sie vorgegangen und habe sie sowie ihre Familie mit dem Tod bedroht. Dass für die Klägerin deswegen die Fortsetzung der Ehe – trotz Getrenntleben – psychisch unzumutbar sein soll, behauptet sie nicht. Aktenkundig sind zwei Fernhaltemassnahmen. Was die genauen Gründe dieser Massnahmen waren, erläutert sie nicht. Zur Intensität der von ihr vorgebrachten Vorfälle äussert sie sich ebenfalls nicht. Dass die Klägerin jeweils Verletzungen erlitt oder ihre Gesundheit in Gefahr stand, macht sie nicht geltend. Es dürfte sich daher um singuläre Übergriffe handeln, die das erforderliche Mass der Unzumutbarkeit im Sinne des Gesetzes nicht zu erreichen vermögen. Im Zusammenhang mit den geltend gemachten Vorwürfen ist sodann zu berücksichtigen, dass der Beklagte derzeit in Deutschland wohnhaft ist, weshalb sich die Gefahr weiterer Übergriffe zumindest vermindert hat. Im Übrigen macht die Klägerin eine solche Gefahr auch nicht geltend. Was die Unterhaltspflichten des Beklagten anbelangt, so wird nicht dargetan, in welchem Zeitraum bzw. für welche Dauer er diesen nicht nachgekommen oder von welchen Beträgen auszugehen ist. Zu den teilweise verspäteten Begleichungen des Mietzinses vermag die Klägerin einzig den Monat Oktober 2012 zu nennen. Einen Beleg der verspäteten Mietzinsüberweisung oder eine Mahnung des Vermieters reicht sie dazu nicht ein. Inwiefern von einem "grob finanziell schädigenden Verhalten" (act. 2 Rz. 22) aus-

zugehen ist, zeigt die Klägerin daher nicht annähernd auf. Die Klägerin erwähnt zur Begründung der Unzumutbarkeit vielmehr die in der Praxis entwickelten Kriterien, ohne dabei auszuführen, inwiefern dies in ihrem Fall zutrifft.

Auch mit ihrem Vorbringen zur alleinigen Kreditaufnahme kann die Klägerin kaum etwas für sich gewinnen. Obwohl der Privatkredit undatiert ist, ist davon auszugehen, dass dieser noch vor der Eheschliessung mit dem Beklagten abgeschlossen wurde, da erstens das "Berechnungsblatt Kreditfähigkeit" am 24. Mai 2012 erstellt wurde (vgl. act. 6/4/10), zweitens die Klägerin damals angab, ledig zu sein, und drittens die Parteien erst am tt. September 2012 geheiratet haben (act. 6/1 S. 2 Ziff.1). Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb der Beklagte die im klägerischen Betreibungsregisterauszug ersichtliche Schuldensumme verursacht haben soll. Die Klägerin führt – mit Ausnahme des erwähnten Kredites – auch nicht aus, um was für Schulden es sich dabei handeln soll. Inwiefern sich durch eine Scheidung eine starke Verbesserung der (finanziellen) Situation einstellen soll (vgl. act. 2 Rz. 22) bzw. sie sich positiv auf die Schulden bzw. deren Rückzahlung auswirken soll, wird von der Klägerin ebenfalls nicht dargetan. Sollte die Klägerin damit wichtige Gründe i.S.v. Art. 185 ZGB geltend machen wollen, so stünde ihr das Begehren um Anordnung der Gütertrennung offen. Schliesslich kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, indem sie ausführt, der Beklagte kümmere sich nicht um die Kinder (act. 2 Rz. 16). Auch hier ist nicht ersichtlich, inwiefern dies das Band der Ehe tangiert.

2.3.5. Die von der Klägerin angeführten Gründe vermögen auch insgesamt keine objektiv schwerwiegenden Gründe im Sinne von Art. 115 ZGB zu begründen, die dazu führen, dass es der Klägerin nicht zugemutet werden kann, bis zum Ablauf der Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB weiter rechtlich gebunden zu bleiben, d.h. das Band der Ehe noch bis zum Ablauf der Trennungsfrist erdulden zu müssen. Entscheidend ist vorliegend sodann, dass die Klägerin mit keinem Wort ausführt, inwiefern das Zuwarten der zweijährigen Trennungsfrist seelisch nicht zumutbar sei. Die Vorinstanz ist demnach zu Recht davon ausgegangen, dass eine Scheidung gestützt auf Art. 115 ZGB als aussichtslos zu bezeichnen ist.

2.3.6. Auf die klägerischen Ausführungen, wonach es prozessökonomischer sei, die unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, da ansonsten die Klägerin zunächst ein Eheschutzbegehren anhängig machen müsse und ihre Scheidungsklage erst nach Ablauf von zwei Jahren einreichen könne (act. 2 Rz. 27), ist nicht weiter einzugehen. Diese Überlegungen haben mit den hier zu klärenden Fragen nichts zu tun und vermögen am vorliegenden Ausgang des Verfahrens nichts zu ändern.

2.3.7. Ebenso wenig Einfluss auf den vorliegenden Entscheid haben die Ausführungen der Klägerin, sie habe der Vorinstanz ihre Parteibefragung offeriert und es werde in der Regel erst bei Abschluss des Verfahrens über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege entschieden (act. 2 Rz. 28). Die tatsächlichen Voraussetzungen sind gestützt auf die Glaubhaftigkeit der Ausführungen des Gesuchstellers unter Berücksichtigung der Aktenlage zu prüfen, ohne dass gerichtliche Beweiserhebungen vorzunehmen sind (BGer 4A\_471/2011 E. 4.3). Entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 2 Rz. 28) liegt demzufolge keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Sodann ist das Vorgehen der Vorinstanz bzw. der Zeitpunkt des Entscheids um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht zu beanstanden. Der Gesuchsteller hat Anspruch darauf, dass die Erfolgsaussichten seiner Rechtsbegehren umgehend nach Einreichung des Gesuchs und auf Grundlage der in diesem Zeitpunkt gegebenen Rechts-, Sach- und Aktenlage vorläufig und zum Voraus beurteilt werden, mithin bevor der Gesuchsteller weitere in erheblichem Mass (Anwalts-)Kosten verursachende Schritte unternimmt (BGer 1P.345/2004 E. 4.3; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 253 m.w.H. und Art. 119 N 55).

### 3. Gesamtwürdigung

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung zu bestätigen. Der Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen wird – soweit es nicht den Kostenvorschuss betrifft – damit gegenstandslos und ist abzuschreiben. Die innert der Rechtsmittelfrist erhobene Beschwerde ist sinngemäss als Fristerstreckungsgesuch für den Fall der Beschwerdeabweisung zu betrachten. Die Vorinstanz wird

der Klägerin eine neue Frist zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses anzusetzen haben.

4. Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren

4.1. Die Klägerin stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2). Da in diesem Verfahren nach Praxis der Kammer keine Kosten zu erheben sind (vgl. E. 4.1. unten), erweist sich das Gesuch bezüglich der Gerichtskosten als gegenstandslos; diesbezüglich ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

4.2. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erwies sich die Beschwerde der Klägerin als aussichtslos im Sinne des Gesetzes, weshalb ihr Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren abzuweisen ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit werden im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Das gilt nach Auffassung der Kammer – entgegen der in BGE 137 III 470 vertretenen Auffassung – auch für das Rechtsmittelverfahren (vgl. dazu OGer ZH, NQ110017 vom 8. September 2011; OGer ZH PC110052 vom 23. November 2011).

5.2. Am Beschwerdeverfahren musste sich der Beklagte nicht beteiligen, weshalb ihm keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es ist ihm deshalb auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgeschrieben, soweit er nicht den Prozesskostenvorschuss betrifft.

2. Das Gesuch der Klägerin um Befreiung von den Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
3. Das Gesuch der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 17. März 2015 wird bestätigt.
2. Die Neuansetzung einer Frist zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses erfolgt durch das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
  - die Klägerin,
  - das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon,
  - an die Obergerichtskasse,je gegen Empfangsschein,
  - sowie an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 2 und act. 4/2-3 (einstweilen zuhanden der vorinstanzlichen Akten).

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.  
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: