Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5D 164/2015

Urteil vom 11. Januar 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Beat Wieduwilt,
Beschwerdeführer,

gegen

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
unentgeltliche Rechtspflege (Ehescheidung),

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 31. August 2015.

Sachverhalt:

A.
B._____ und A._____ heirateten am 26. März 2004 in U._____. Sie haben die beiden gemeinsamen Söhne C._____ (geb. 2004) und D._____ (geb. 2006). Seit dem 27. März 2009 leben die Parteien getrennt.
Im August 2010 verbrachte A._____ die beiden Kinder nach Tunesien, wo sie seither bei seinen Eltern (Grosseltern der Kinder) aufwachsen. In diesem Zusammenhang wurde A._____ (wegen mehrfacher qualifizierter Freiheitsberaubung und Entführung, mehrfachem Entziehen von Unmündigen sowie versuchter Erpressung) zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt, welche er zur Zeit in der Strafvollzugsanstalt E._____ absitzt.

B.
Am 21. Juli 2012 reichte B._____ beim Bezirksgericht Winterthur die Scheidungsklage ein. Mit Urteil vom 6. März 2015 wurde die Ehe geschieden. Das Gericht stellte die beiden Söhne unter die elterliche Sorge der Mutter, räumte dem Vater einstweilen kein Besuchsrecht ein und sah vorläufig von einer Verpflichtung zur Leistung von Kindesunterhalt ab. Ferner sah es vom Zuspruch nachehelichen Unterhaltes ab, stellte die vollzogene güterrechtliche Auseinandersetzung fest und regelte die Überweisung der Freizügigkeitsguthaben.
Gegen dieses Urteil reichte A._____ beim Obergericht Zürich eine Berufung ein. Beide Parteien verlangten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Beschluss vom 31. August 2015 bewilligte

das Obergericht A._____ die unentgeltliche Rechtspflege für die Frage der Zuständigkeit sowie die Teilung der Vorsorgeguthaben; hingegen verweigerte es die unentgeltliche Rechtspflege für die übrigen Streitpunkte (elterliche Sorge, Besuchsrecht, Kindesunterhalt, nachehelicher Unterhalt).

C.
Gegen diesen Beschluss hat A._____ am 25. September 2015 eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben mit dem Begehren, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren umfassend zu erteilen. Ferner verlangt er auch für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Stempel vom 7. Dezember 2015 hat das Obergericht auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG), mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege teilweise verweigert worden ist. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 129 I 129 E. 1.1 S. 131). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg jenem der Hauptsache (BGE 137 III 380 E. 1.1 S. 382). Bei dieser geht es um Nebenfolgen einer Scheidung, welche teilweise nicht vermögensrechtlicher Natur sind. Folglich wäre insgesamt streitwertunabhängig die Beschwerde in Zivilsachen gegeben (Urteil 5D 41/2007 vom 27. November 2007 E. 2.3), welche demnach auch im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege offen steht. Die als subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereichte Eingabe ist somit als Beschwerde in Zivilsachen entgegenzunehmen (BGE 136 II 497 E. 3.1 S. 499; 134 III 379 E. 1.2 S. 382). Mithin sind für den zu beurteilenden Anspruch des Beschwerdeführers die Art. 117 ff. ZPO relevant, mit welchen der als verfassungsrechtliche Minimalgarantie verankerte Anspruch gemäss Art. 29 Abs. 3 BV auf Gesetzesstufe geregelt wird (BGE 138 III 217 E. 2.2.3 S. 218). Dies ändert vorliegend
insofern nichts, als die vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis auch für die Auslegung von Art. 117 lit. b ZPO zu berücksichtigen ist (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218).

2.
Der Beschwerdeführer behauptet im kantonalen Verfahren die tunesische Zuständigkeit für die Kinderbelange. Das Obergericht kam nach langen Ausführungen zum Schluss, dass die Frage der internationalen Zuständigkeit komplex sei, so dass die Berufung diesbezüglich nicht als aussichtslos gelten könne. In Bezug auf die elterliche Sorge ging das Obergericht davon aus, dass der Beschwerdeführer den Kindern schwerstes Leid zufüge, indem er sie in Tunesien ohne Zugangsmöglichkeit für die Mutter bei den Grosseltern aufwachsen lasse und eine Rückkehr der Kinder in die Schweiz verhindere; er habe sich somit als Mitinhaber der elterlichen Sorge disqualifiziert und es sei auch nicht vorstellbar, wie die Eltern die Verantwortung über die Kinder gemeinsam wahrnehmen könnten, so dass sein Begehren trotz des Grundsatzes des gemeinsamen Sorgerechtes (Art. 296 Abs. 2 ZGB) in Anbetracht von Art. 298 Abs. 1 ZGB und mit Blick auf Art. 311 ZGB aussichtslos sei. Auch sein Antrag auf ein Besuchsrecht müsse als aussichtslos bezeichnet werden, weil die Kinder in Tunesien seien, so dass es keine Gelegenheit für Besuche gebe; sodann müsste bei einer allfälligen Rückkehr der Kinder in die Schweiz die Besuchsrechtsfrage ohnehin neu beurteilt werden. Aussichtslos
sei auch das Begehren um Verurteilung der Mutter zu Kindesunterhalt, denn solcher sei an den Inhaber der Obhut zu leisten und damit an die Regelung der Obhut geknüpft (Art. 276 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 289 Abs. 1 ZGB), welche dem Beschwerdeführer nicht zustehe. Was den nachehelichen Unterhalt anbelange, liege mit den Straftaten des Beschwerdeführers ein Unbilligkeitsgrund im Sinn von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB vor, welcher einem allfälligen Anspruch gemäss Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB entgegenstünde und das betreffende Begehren als aussichtslos erscheinen lasse.

3.
Der Beschwerdeführer macht geltend, von der Zuständigkeitsfrage hänge auch das anwendbare Recht ab. Mithin sei auch diese Frage komplex und es lasse sich deshalb nicht von Aussichtslosigkeit sprechen. Im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge werde er als Kindesentführer disqualifiziert und ausser Acht gelassen, dass

die Mutter als streng gläubige Christin den Kontakt zwischen ihm und seinen Kindern immer mehr habe einschränken wollen. Den Kindern gehe es in Tunesien gut, sie seien dort integriert und hätten kaum mehr Bezüge zur Schweiz. Die Übertragung der elterlichen Sorge auf die Mutter würde zu einer erneuten Entwurzelung der Kinder führen, was nicht in deren Interesse sei. Zudem stelle sich die Frage, ob sie nicht (rechtshilfeweise) angehört werden müssten. Vor diesem Hintergrund sei sein Begehren nicht aussichtslos. Dies gelte auch für das Besuchsrecht; auch hier würden zwei Massstäbe angewendet, indem der Mutter das Sorgerecht zugesprochen werden solle, obschon dieses lediglich auf dem Papier bestehen könnte, während ihm mit der gleichen Begründung, wonach er es momentan nicht ausüben könnte, ein Besuchsrecht abgesprochen werden solle. Im Zusammenhang mit dem Kinderunterhalt lägen die Tatsachen so, dass er nicht für die
Kinder aufkommen könne, aber bei den Grosseltern effektiv Kosten anfallen würden. Das Obergericht habe die Unterhaltsfrage nicht aus der Perspektive des Wohles der Kinder geprüft, welche unter den fehlenden Zahlungen leiden würden; vielmehr habe es die Abstrafung des Beschwerdeführers über das Kindeswohl gestellt. Gleiches gelte im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt, welcher nur dann ausgeschlossen werden dürfte, wenn dadurch die Interessen der gemeinsamen unmündigen Kinder nicht beeinträchtigt würden. Seine Begehren könnten mithin selbst dann nicht als aussichtslos betrachtet werden, wenn schweizerisches Recht zur Anwendung käme.

4.
Vorab stellt sich die Frage, ob die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur in Bezug auf bestimmte Rechtsbegehren oder Rechtsfragen möglich ist.
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes war nicht restlos einheitlich. Es wurde sowohl der Standpunkt vertreten, dass bei teilweiser Aussichtslosigkeit die unentgeltliche Rechtspflege nur für den nicht aussichtslosen Teil zu gewähren sei (z.B. Urteil 5P.432/2006 vom 14. Mai 2007 E. 5.4 m.w.H.), als auch die gegenteilige Auffassung, wonach auf die Erfolgschancen insgesamt abzustellen (z.B. Urteil 4C.222/2005 vom 27. Oktober 2005 E. 9.2) und höchstens in speziell gelagerten Fällen eine Ausnahme zu machen sei, weil das Gesetz die Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren und nicht einzelner Rügen verlange (z.B. Urteile 6B 588/2007 vom 11. April 2008 E. 6.2; 5A 264/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2).
Neulich hatte das Bundesgericht in BGE 139 III 396 die Gelegenheit, die Frage für das bundesgerichtliche Verfahren zu vertiefen; diesem in Fünferbesetzung gefällten Entscheid (Art. 20 Abs. 2 BGG) ging ein Beschluss der Vereinigung der Abteilungen im Sinn von Art. 23 BGG voraus. Als Grundsatz wurde festgehalten, dass die unentgeltliche Rechtspflege aus Gründen der Praktikabilität im Regelfall vollumfänglich gewährt wird, jedoch ausnahmsweise eine nur teilweise Erteilung möglich ist und ein solcher Ausnahmefall vorliegt bei mehreren selbständigen Rechtsbegehren, die unabhängig voneinander beurteilt werden können (E. 4.1). Dieser zu Art. 64 Abs. 1 BGG festgehaltene Grundsatz kann aufgrund der analogen Formulierung in Art. 117 lit. b ZPO auf das kantonale Rechtsmittelverfahren übertragen werden.
Vorliegend stehen verschiedene Rechtsbegehren zur Debatte, welche Nebenfolgen der Scheidung betreffen. Die Kinderbelange sind untereinander verknüpft; namentlich hängt das Besuchsrecht und die Verpflichtung zu Unterhalt in erster Linie von der Sorgerechts- bzw. Betreuungsfrage ab. Vorliegend ist sodann zu beachten, dass aufgrund der ungewöhnlichen Ausgangslage eine verstärkte Interdependenz zwischen den einzelnen Begehren besteht (siehe unten). Letztlich lässt sich einzig die Frage des nachehelichen Unterhaltes halbwegs unabhängig von den anderen Streitpunkten beurteilen, wobei auch hier eine Interdependenz insofern besteht, als der Umfang der Leistungsmöglichkeit von der Belastung durch Kindesunterhalt beeinflusst werden kann. Jedenfalls erscheint eine Abspaltung des nachehelichen Unterhaltes in Bezug auf die Beurteilung der Aussichtslosigkeit künstlich und nicht angezeigt, zumal in diesem Punkt im Vergleich zu den anderen Fragen auch nur untergeordneter Aufwand anfallen dürfte.
Nach dem Gesagten ist in einer Einheitsbetrachtung zu beurteilen, ob die Berufung insgesamt aussichtslos erscheint.

5.
Als aussichtslos im Sinn von Art. 117 lit. b ZPO (und von Art. 29 Abs. 3 BV) sind 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 (zuletzt BGE 139

III 475 E. 2.2 S. 476; 140 V 521 E. 9.1 S. 537). Geht es um die Frage, ob die unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren gewährt wird, ist massgebend, ob das Rechtsmittel aus Sicht einer vernünftigen Partei hinreichend erfolgversprechend war. Die Prognose ist vom Inhalt des angefochtenen Entscheides sowie davon abhängig, in welchen Punkten sowie mit welchen Rügen und (allenfalls neuen) Tatsachen der Gesuchsteller sich gegen diesen Entscheid wendet und ob die Vorbringen im Rechtsmittel zulässig sind. Wird dem erstinstanzlichen Urteil nichts Substanzielles entgegengesetzt, besteht die Gefahr, dass das Rechtsmittel als aussichtslos beurteilt wird (Urteile 5A 145/2010 vom 7. April 2010 E. 3.3; 4A 193/2012 vom 20. August 2012 E. 2.2; 5D 76/2015 vom 5. Oktober 2015 E. 4.3).
Vorliegend stellen sich nicht nur im Zusammenhang mit der internationalen Entscheidzuständigkeit, für welche das Obergericht angesichts der Komplexität die unentgeltliche Rechtspflege erteilt hat, sondern auch in Bezug auf das anwendbare Recht komplizierte Fragen. Der Beschwerdeführer und das Obergericht scheinen von einem Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht auszugehen. Dies ist aber keineswegs zwingend und im Übrigen ist auch nicht klar, wo der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz hat (der Aufenthalt in einer Vollzugsanstalt begründet i.d.R. keinen Wohnsitz, vgl. Art. 23 Abs. 1 ZGB und BGE 141 V 255 E. 4.1 S. 262; Relevanz der Frage ggf. bei Art. 82 Abs. 2 IPRG). Aufgrund des Vorbehaltes betreffend Kinderbelange in Art. 63 Abs. 2 IPRG wären - die Bejahung der schweizerischen Zuständigkeit vorausgesetzt - für das Sorge- und Besuchsrecht (je nach Charakter als reine Scheidungsnebenfolge oder als Kindesschutzmassnahme) der Art. 82 Abs. 1 und 2 IPRG bzw. kraft Verweises in Art. 82 Abs. 3 i.V.m. Art. 85 Abs. 1 IPRG die Art. 15 ff. HKsÜ (Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.230.02, anwendbar auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten, vgl. BGE 140 V 136 E. 4.2.2 S. 141 sowie zur Publikation bestimmtes Urteil 5A 202/
2015 vom 26. November 2015 E. 2.1) und für den Kindesunterhalt kraft Verweises in Art. 83 IPRG die Art. 4 ff. HUÜ (Haager Unterhaltsübereinkommen, SR 0.211.213.01, gemäss Art. 3 HUÜ anwendbar auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten, wobei zu prüfen bleibt, ob der schweizerische Vorbehalt im Sinn von Art. 15 i.V.m. 24 HUÜ zum Tragen kommt) zu beachten. Die Frage des anwendbaren Rechtes, welche sich für die verschiedenen Begehren unterschiedlich stellt, ist mithin keineswegs einfach und es könnte aufgrund der vorstehenden Hinweise für verschiedene Aspekte tunesisches Recht zur Anwendung kommen. Was für Auswirkungen dies hätte, muss insofern als offen bezeichnet werden, als sich das Obergericht hierzu bislang nicht geäussert hat.
Soweit die schweizerische Entscheidzuständigkeit gegeben wäre, gälte es sodann im Rahmen des anwendbaren Rechtes zu beurteilen, ob und in welcher Weise die zwischenzeitlich in Tunesien ergangenen Urteile im Zusammenhang mit den Elternrechten zu berücksichtigen wären (nach den Ausführungen im angefochtenen Entscheid hat offenbar das Berufungsgericht von El Kef mit Entscheid vom 21. Januar 2013 der Mutter die Obhut über die Kinder übertragen und das Recht zur Ausreise in die Schweiz erteilt, wobei dieser Entscheid vom Kassationsgericht in Tunis am 22. Juli 2013 aufgehoben worden und bislang vor dem Berufungsgericht keine Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt ist, weil die Mutter wegen geringer Erfolgsaussichten, hoher Kosten und mutmasslicher Prozessdauer darauf verzichtet hat) und ob die Tatsache, dass die Mutter auf unabsehbare Zeit faktisch keinen physischen Zugang zu den Kindern haben wird, für die Sorgerechtsfrage eine Bedeutung haben könnte oder müsste. Ausgehend von der genannten faktischen Tatsache, dass die Kinder wohl noch länger in Tunesien sein werden, drängt sich auch in Bezug auf den Kindesunterhalt der Gedanke auf, ob und in welcher Weise dieser Umstand allenfalls zu berücksichtigen wäre. Der Unterhaltsanspruch steht
jedenfalls dem Kind zu und nicht dem Obhutsinhaber; die obergerichtliche Begründung hätte zur Folge, dass z.B. bei fremdplatzierten Kindern nie Unterhalt durch die Eltern geschuldet wäre.
Mit den vorstehenden Überlegungen - welche bewusst nicht vertieft werden - soll keinerlei Präjudizierung der Beurteilung der einzelnen Aspekte durch das im Rahmen des Rechtsmittelzuges momentan funktionell zuständige Obergericht verbunden sein. Hervorzuheben ist einzig, dass es vorliegend um einen Fall geht, bei welchem die Zuständigkeit, das anwendbare Recht und angesichts der komplexen tatsächlichen Ausgangslage auch die materielle Entscheidfindung mit vielen Unbekannten und mit verschiedenen Interdependenzen behaftet sind. Dazu ist materiell Stellung zu nehmen, bevor von einer Aussichtslosigkeit der Berufungsbegehren gesprochen werden kann.

6.
Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen ist, unter Verbeiständung durch den ihn vertretenden Rechtsanwalt.

Dem Gemeinwesen werden im bundesgerichtlichen Verfahren keine Gerichtskosten auferlegt (Art. 66 Abs. 4 BGG). Indes hat der Kanton Zürich den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG), womit dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird als Beschwerde in Zivilsachen entgegengenommen. In deren Gutheissung wird der Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 31. August 2015 aufgehoben und dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren erteilt, unter Beigabe von Beat Wieduwilt als Vertreter.

2.
Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'000.– zu entschädigen.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Januar 2016
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli