

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC230003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiber MLaw A. Eggenberger

Beschluss und Urteil vom 3. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw et lic. rel. int. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Dietikon

betreffend **Ehescheidung (Kosten- und Entschädigungsfolgen,
unentgeltliche Rechtspflege)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung und ein Urteil des Bezirksgerichts
Dietikon, Einzelgericht, vom 24. November 2022 (FE220166-M)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) und der Gesuchsteller und Beschwerdegegner 1 (fortan: Gesuchsteller) heirateten am tt. Juli 2007. Aus der Ehe sind die beiden gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt. mm.2010, und D._____, geboren am tt. mm.2014, hervorgegangen. Die Parteien haben sich im November 2021 getrennt (vgl. Prot. I S. 5; Urk. 4 und Urk. 30 Rz. 7).

2. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2022 reichte der Gesuchsteller eine Scheidungsvereinbarung vom 1. August 2022 in Kopie ein, worin die Parteien die Scheidung ihrer Ehe, die Genehmigung der Vereinbarung und einen Entscheid über die Unterhaltsbeiträge für die Kinder ab 1. November 2022 beantragten; dies mit dem Hinweis, dass sich das Original bei den Akten des Verfahrens FE220458 des Bezirksgerichts Zürich befinde (Urk. 1 und Urk. 2). Diese Akten wurden antragsgemäss beigezogen (Urk. 12). In der Folge wurden die Parteien zur Anhörung auf den 23. November 2022 vorgeladen (vgl. Urk. 13). Der Gesuchsteller bestätigte bei der Anhörung seinen Scheidungswillen und hielt am Scheidungsbegehren fest. Die Gesuchstellerin hingegen führte anlässlich der Anhörung aus, sie wolle sich nicht mehr scheiden lassen, weil sie mit der Scheidungsvereinbarung – obwohl sie diese unterzeichnet habe – nicht einverstanden sei (Prot. I S. 4 f.). Der weitere Prozessverlauf kann den Erwägungen im angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 28 S. 2 = Urk. 31 S. 2). Mit Verfügung und Urteil vom 24. November 2022 wies die Vorinstanz das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien ab, auferlegte der Gesuchstellerin die Gerichtskosten und verpflichtete sie darüber hinaus, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen (Urk. 31 S. 6).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 24. November 2022 erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 30. Januar 2023 inklusive Beilagen rechtzeitig (vgl. Art. 321 Abs. 2 ZPO; Urk. 29) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 30 S. 2 f. und Urk. 34/1-2, 4-8):

- "1. Es seien die Ziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. November 2022 (Geschäfts-Nr. FE220166-M) aufzuheben und es seien die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner 1 je zur Hälfte aufzuerlegen und es sei festzustellen, dass keine Parteientschädigungen geschuldet sind.
2. Es sei Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. November 2022 (Geschäfts-Nr. FE220166-M) aufzuheben und es sei der Beschwerdegegner 1 zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von CHF 6'000.00 an die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren zu verpflichten.
3. Eventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. November 2022 (Geschäfts-Nr. FE220166-M) aufzuheben und sei der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren die Unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zu ernennen.
4. Subeventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. November 2022 (Geschäfts-Nr. FE220166-M) aufzuheben und es sei die Sache zur Beurteilung des Prozesskostenvorschusses sowie zur Neubeurteilung des Eventualbegehrens um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeiständin an die Vorinstanz zurückzuweisen, wobei davon Vormerk zu nehmen sei, dass die Rechtsbegehren im vorinstanzlichen Verfahren nicht aussichtslos sind.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Beschwerdegegner 1 und 2."

Weiter stellte die Gesuchstellerin mit vorgenannter Eingabe vom 30. Januar 2023 folgende prozessuale Anträge für das Beschwerdeverfahren (Urk. 30 S. 3 f.):

- "1. Es sei der Beschwerdegegner 1 zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von einstweilen CHF 3'000.00 an die Beschwerdeführerin zu verpflichten.

2. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Beschwerdegegner 1 und 2."
4. Mit Verfügung vom 3. Mai 2023 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um die Beschwerdeantwort einzureichen (Urk. 36). Mit Eingabe vom 5. Juni 2023 reichte der Gesuchsteller seine Beschwerdeantwort samt Beilagen fristgerecht mit nachfolgenden Anträgen ein (Urk. 37 S. 2 und Urk. 40/1-15):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7.% MWST zulasten der Beschwerdeführerin."

Weiter stellte der Gesuchsteller mit vorgenannter Eingabe vom 5. Juni 2023 den folgenden prozessualen Antrag (Urk. 37 S. 2):

- "1. Für das Beschwerdeverfahren sei dem Beschwerdegegner die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren."

5. Mit Eingabe vom 7. Juni 2023 reichte der Gesuchsteller weitere Dokumente im Nachtrag zur Beschwerdeantwort vom 5. Juni 2023 zu den Akten (Urk. 41 und Urk. 43/1-2). Die Beschwerdeantwort sowie die weitere Eingabe des Gesuchstellers wurden der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 27. Juni 2023 inklusive Beilagen zugestellt (Urk. 44). In der Folge reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme mit Datum vom 17. Juli 2023 inklusive Beilagen ein (Urk. 45 und Urk. 47/9-14), welche dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 48). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-29). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar. Sein Zweck beschränkt sich darauf, den erstinstanzlichen Entscheid auf bestimmte, in der Beschwerde zu beanstandende Mängel hin zu überprüfen. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Offensichtlich unrichtig bedeutet willkürlich (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5; BSK ZPO-Spühler, Art. 320 N 3). Die Beschwerdeinstanz verfügt hinsichtlich der unrichtigen Rechtsanwendung über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz und hat nötigenfalls (auch) eine uneingeschränkte Angemessenheitskontrolle vorzunehmen sowie ihr (Rechtsanwendungs-)Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 36; KUKO ZPO-Brunner/Vischer, Art. 320 N 2). Die beschwerdeführende Partei hat im Sinne einer Eintretensvoraussetzung hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, das heisst, an einem Mangel im Sinne von Art. 320 ZPO leidet. Dazu hat sie die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die sie anfecht, sich inhaltlich konkret mit diesen auseinanderzusetzen und mittels präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, dass und wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Beschwerdegrund ergeben soll. Es ist nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Beschwerdegrundes zu suchen. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu *OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2*). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; *OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. 1.4*). Abgesehen von dieser Relativierung gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ("iura novit curia"; Art. 57 ZPO). Die Beschwerdeinstanz ist deshalb

weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1; *OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2*; *OGer ZH RT200124 vom 03.11.2020, E. 2.2*). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4 m.w.H.; BGE 134 I 83 E. 4.1).

2. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (Noven) ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen, weil solche keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO sind (vgl. BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 6; BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1 [betreffend Art. 317 Abs. 1 ZPO]) und die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; *OGer ZH RT180059 vom 24.05.2018, E. II.4.1*; *OGer ZH RT150086 vom 17.08.2015, E. 4.1*). Wer sich auf Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (*OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4.*).

3. Der Gesuchsteller hat mit seiner Beschwerdeantwort beziehungsweise mit Eingabe vom 7. Juni 2023 eine von den Parteien unterzeichnete Vollmacht vom 19. März 2022 sowie E-Mail-Korrespondenzen mit dem Advokaturbüro E._____ vom 9. März 2022 inklusive Anhänge eingereicht (Urk. 43/1-2). In der Beschwerdeantwort wird dazu lediglich ausgeführt, die Parteien seien sich einig gewesen, dass die Ehe gescheitert sei und es keinen Sinn mache, daran festzuhalten. Sie hätten am 16. November 2021 gemeinsam das Advokaturbüro E._____ mandatiert, um das Scheidungsgesuch vorzubereiten. Der Gesuchsteller habe vereinbarungsgemäss die Hälfte des Vorschusses in der Höhe von Fr. 2'000.– an die Rechtsanwältin bezahlt. Am 9. März 2022 hätten die Parteien von ihrer Anwältin einen ersten Entwurf für eine Scheidungsvereinbarung gestützt auf die Instruktionen zusammen mit einer Frageliste erhalten (vgl. Urk. 37 Rz. 3 f.). Inwiefern der

Entscheid der Vorinstanz Anlass für das Einreichen der vorgenannten Schriftstücke gegeben haben soll, wird nicht genügend vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich. Der Gesuchsteller hat die Zulässigkeit der vorgenannten Noven nicht weiter dargetan, weshalb nachfolgend nicht darauf abzustellen ist.

III. Materielle Beurteilung der Beschwerde

1. Auferlegung der Prozesskosten bei gemeinsamem Scheidungsbegehren

1.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, das Gericht weise ein gemeinsames Scheidungsbegehren ab, wenn die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt seien. Dies sei der Fall, wenn die Scheidungsbegehren anlässlich der Anhörung nicht bekräftigt beziehungsweise diese nicht auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen würden. Die Gründe für die fehlende Bestätigung des Scheidungswillens würden keine Rolle spielen. Insbesondere müsse es auch zulässig sein, aus vorwiegend materiellen Gründen an einer Ehe festzuhalten und dementsprechend die Scheidung abzulehnen, wenn subjektiv kein Einverständnis mit der einmal abgeschlossenen Scheidungskonvention bestehe. Der Gesuchsteller habe bei der Anhörung seinen Scheidungswillen bestätigt und am Scheidungsbegehren festgehalten. Die Gesuchstellerin habe demgegenüber anlässlich der Anhörung ausgeführt, dass sie sich nicht scheiden lassen wolle, weil sie mit der Scheidungsvereinbarung – obwohl sie diese unterschrieben habe – nicht einverstanden sei. Damit habe sie zum Ausdruck gebracht, dass sie mit einer Scheidung nicht mehr einverstanden sei. Das gemeinsame Scheidungsbegehren sei deshalb abzuweisen. Zur Begründung habe die Gesuchstellerin ausführen lassen, sie habe sich in der Situation unter Druck gefühlt, habe das Gefühl gehabt, sie müsse die Scheidungsvereinbarung unterzeichnen und habe ihre Rechte nicht gekannt. Die Gesuchstellerin habe jedoch weder eine eigentliche Nötigungssituation bei der Unterzeichnung der Scheidungsvereinbarung, noch einen Grundlagenirrtum, noch eine Urteilsunfähigkeit geltend gemacht. Seitens des Gesuchstellers sei eine Drucksituation verneint und es sei darauf hingewiesen worden, dass die bilateralen Verhandlungen unter Bezug einer Anwältin lange gedauert hätten, sodass die Gesuchstellerin genug Be-

denkzeit gehabt habe. Dies sei unbestritten geblieben, wobei die Gesuchstellerin geltend gemacht habe, sie habe sich nicht gut vertreten gefühlt. Im Ergebnis sei festzuhalten, dass von voller Urteilsfähigkeit der Gesuchstellerin auszugehen sei, zumal die Vorinstanz auch keinen anderen Eindruck habe gewinnen können. Davon ausgehend sei festzustellen, dass auch kein Willensmangel bei der Unterzeichnung der Scheidungsvereinbarung dargetan worden sei. Somit habe die Nichtbestätigung des Scheidungswillens und das Zurücktreten von der Scheidungskonvention auf einem Sinneswandel der Gesuchstellerin beruht. Damit aber habe diese die Abweisung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens verursacht und es seien ihr die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b, lit. c und lit. f ZPO aufzuerlegen, zumal sich der Gesuchsteller aufgrund der unterzeichneten Scheidungskonvention in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst habe sehen dürfen und die Abweisung des Gesuchs nicht zu vertreten habe. Die Gesuchstellerin sei gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO sowie § 6 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; LS 215.3) in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2, § 11 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 AnwGebV antragsgemäss zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine in Anbetracht des vorprozessualen Aufwands angemessene Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.– inklusive Mehrwertsteuer zu bezahlen. Nachdem eine Anhörung durchgeführt und in der Sache habe entschieden werden müssen, sei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 6 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; LS 211.11) in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'800.– festzusetzen (Urk. 31 S. 2 ff.).

1.2. Die Gesuchstellerin rügt zusammengefasst, gemäss Art. 111 ZGB habe sich das Gericht anlässlich der Anhörung davon zu überzeugen, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen würden. Der persönlichen Überzeugung durch das Gericht komme eine Schutzfunktion zu. Mit dem Erfordernis der reiflichen Überlegung solle sichergestellt werden, dass die Ehegatten den Entschluss zur Scheidung nach gründlichem Abwägen der Vor- und Nachteile gefasst hätten. Gemäss Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich seien bei einem Rückzug des gemeinsamen Scheidungsbegehrens in Verfahren nach Art. 111 ZGB und Art. 112 ZGB die

Kosten auch dann beiden Gesuchstellern aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn der Rückzug nur durch einen Ehepartner erfolgt sei. Dieses Vorgehen werde gewählt, um Umständen entgegenzuwirken, welche geeignet wären, die Freiheit des Scheidungswillens einzuschränken. Würde der Rückzug des Einverständnisses zur Scheidung durch einen Ehepartner mit einer Kostenaufgabe diesem gegenüber sanktioniert, stünde die Partei allenfalls unter Druck, ihren einmal geäußerten Willen aufrecht erhalten zu müssen, um nicht die finanziellen Folgen tragen zu müssen. Da ausserdem die Aufwände des Gerichts durch die zuvor erfolgte Einreichung des Scheidungsbegehrens durch die Parteien gemeinsam verursacht worden seien, sei gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO die hälftige Teilung der Aufwände eher angezeigt. Diese Auffassung werde auch in der Lehre vertreten. Indem die Vorinstanz die Prozesskosten nicht praxisgemäss hälftig geteilt habe, habe sie Art. 111 ZGB unrichtig angewendet und ihr Ermessen missbraucht. Die Vorinstanz habe unmassgebliche Gesichtspunkte beim Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen miteinbezogen. Dies habe zur ungerechtfertigten Zuschreibung der Kostenverursachung an die Gesuchstellerin geführt, was die Ermessensausübung der Vorinstanz willkürlich und rechtsungleich mache. So verkenne die Vorinstanz bei ihren Ausführungen zum Sinneswandel der Gesuchstellerin, dass ein Rücktritt vom Scheidungswillen nicht nur bei Vorliegen der Urteilsunfähigkeit, einer Nötigungshandlung oder eines Willensmangels im Sinne des Obligationenrechts erfolgen könne. Es reiche vielmehr, wenn die Freiwilligkeit und Ernsthaftigkeit – mithin die reife Überlegung – des Scheidungsbegehrens in Frage gestellt seien. Anlässlich der Anhörung im erstinstanzlichen Verfahren könne bereits die Feststellung, dass die eine Partei die andere emotional unter Druck setze, der Genehmigung entgegenstehen. Für den Rücktritt vom Scheidungswillen reiche es, dass der Scheidungswille nicht gefestigt scheine und der Abschluss der Scheidungsvereinbarung nicht auf freiem Willen und nicht auf reiflicher Überlegung zu beruhen scheine. Folglich könne die Kostenfolge beim Rücktritt vom Scheidungswillen beziehungsweise von der Scheidungsvereinbarung nicht vom Grund des Rückzugs abhängen. Es liege gerade im Sinn und Zweck von Art. 111 ZGB, dass sich das Gericht vergewissere, dass solche Verunsicherungen und Zweifel in Bezug auf den Scheidungspunkt

nicht vorlägen. Die Ausführungen der Gesuchstellerin anlässlich der Anhörung würden das Fehlen eines gefestigten, freien Willens in Bezug auf die Scheidung klar aufzeigen. Es sei unverständlich, weshalb die Nichtbestätigung des Scheidungswillens sowie das Zurücktreten von der Scheidungskonvention von der Vorinstanz als Sinneswandel der Gesuchstellerin erachtet werde, der zur Kostentragung des Scheidungsverfahrens verpflichte. Es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb vorliegend entgegen der Rechtsprechung und Lehre von einer hälftigen Teilung der Gerichtskosten und einem Verzicht auf gegenseitige Parteientschädigungen abgesehen werden solle. Der Gesuchsteller habe der Gesuchstellerin anlässlich der Anhörung unterstellt, dass es sich bei ihrem Rückzug des Scheidungswillens um reine Schikane handle. Diese Aussage zeige auf, wie die Gesuchstellerin durch den Gesuchsteller unter Druck gesetzt worden sei. Ihre Zweifel sowie ihre Bestrebungen, ihre Rechte und diejenigen der Kinder geltend zu machen, seien ihr stets als schlechtes Verhalten vorgehalten und mit Schuldzuschreibungen verbunden worden. Auch könne ihr entgegen der Behauptung des Gesuchstellers nicht vorgehalten werden, es habe keine Anzeichen dafür gegeben, dass sie nicht mit der Scheidung beziehungsweise der Scheidungsvereinbarung einverstanden gewesen sei, habe sie doch von der Doppelvertretung Abstand genommen und die erste Scheidungsvereinbarung, welche der zweiten, eingereichten Vereinbarung geglichen habe, während Monaten nicht unterschreiben wollen. Im Übrigen könne aus der Tatsache, dass seit der Trennung und Unterschrift auf der Scheidungsvereinbarung viel Zeit verstrichen sei, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass der Entscheid zur Scheidung reiflich überlegt worden sei. Die Gesuchstellerin sei nicht genügend über ihre Rechte aufgeklärt worden und habe sich von der doppelvertretenden Rechtsanwältin nicht genügend vertreten gesehen. Ihr Wille habe sich unter diesen Umständen gar nicht festigen können. Es entspreche auch nicht den Tatsachen, dass die Verneinung der Druckausübung durch den Gesuchsteller und seine Behauptung der langen Bedenkzeit unbestritten geblieben seien. Es sei anlässlich der Anhörung entgegnet worden, dass die Gesuchstellerin unter Druck gesetzt worden sei sowie dass sie sich hilflos und durch die Doppelvertretung nicht beraten gefühlt habe. Schliesslich sei im Einklang mit der Rechtsprechung des Obergerichts des Kan-

tons Zürich in Erwägung zu ziehen, dass die Aufwände des Gerichts durch die zuvor erfolgte Einreichung des Scheidungsbegehrens durch die Parteien gemeinsam verursacht worden seien. Bereits aus diesem Grund tue es nichts zur Sache, ob sich der Gesuchsteller aufgrund der unterzeichneten Scheidungskonvention in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst habe sehen dürfen und die Abweisung des Gesuchs nicht zu vertreten habe. Ausserdem habe die geleistete Vorarbeit aller Beteiligten nahtlos in das anschliessend an die Scheidungsverhandlung eröffnete Eheschutzverfahren überführt werden können. Die Aufwendungen seien somit nicht vergeblich gewesen (vgl. Urk. 30 Rz. 12 ff.).

1.3. Der Gesuchsteller hält dem entgegen, er könne nicht wissen, weshalb die Gesuchstellerin ihren Scheidungswillen an der Scheidungsverhandlung nicht mehr bestätigt habe, da es sich um einen inneren Vorgang handle. Nicht glaubhaft sei allerdings, dass sie über ihre Ansprüche und Möglichkeiten im Unklaren gewesen sei, nachdem sie mindestens bei drei Rechtsanwälten gewesen sei. Dass die Gesuchstellerin das Recht gehabt habe, sowohl die Einigung über die Nebenfolgen als auch den Scheidungswillen zu widerrufen, sei unbestritten. Über die Kostenfolgen bei einem Widerruf eines Scheidungsgesuchs spreche sich das Gesetz allerdings nicht aus. Die Gesuchstellerin stütze sich für ihre Anträge einer hälftigen Auferlegung der Gerichtskosten und des Wettschlagens der Parteikosten auf eine Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich. Diese Praxis werde damit begründet, dass ein vorgängig geäussertes Scheidungswille unter dem Druck des Kostenrisikos entgegen dem wahren Willen aufrechterhalten werden könnte. Ausserdem lasse sich argumentieren, dass die Aufwände des Gerichts durch ein gemeinsames Gesuch verursacht worden seien. Dagegen lasse sich einwenden, dass auch bei einer hälftigen Kosten- und Entschädigungsregelung Aufwendungen entstehen würden, wenn auch geringere. Dass die Auferlegung der gesamten Prozesskosten tatsächlich zu einer Art. 111 ZGB verletzenden Drucksituation führen würde, sei nicht naheliegend, zumindest wenn die Parteikosten wie vorliegend moderat seien. Sodann prüfe das Gericht nach Art. 111 Abs. 1 ZGB, ob der Scheidungswille auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhe. Nicht bei jedem Rückzug des Scheidungsgesuchs beziehungsweise nicht immer, wenn der Scheidungswille vor Schranken nicht mehr bestätigt werde, sei dies eine Folge

eines mangelhaft gebildeten Willens. Art. 111 Abs. 1 ZGB habe nicht den Zweck, einer Partei die Mittel zu geben, um ein Eheschutzverfahren zu verzögern oder die Gegenseite zu zermürben, indem für diese unnötige Anwaltskosten produziert würden. Die Gesuchstellerin habe bisher keine eigenen Parteikosten gehabt, weil sie entgegen der Abmachung ihren Teil der Scheidungsvorbereitung durch Rechtsanwältin E'._____ nicht bezahlt habe und sich auch an den Kosten für die erneute Scheidungsvorbereitung nicht beteiligt habe. Eine hälftige Auferlegung der Parteikosten sei daher nach Ansicht des Gesuchstellers nur möglich, wenn der Richter überzeugt sei, dass der Scheidungswille einer Partei nicht auf freiem Willen und reiflicher Überlegung fusse und nur wegen der Kosten aufrechterhalten würde. Die Gesuchstellerin mache zwar eine Drucksituation und damit einen mangelhaften Willen geltend, allerdings weder substantiiert noch nachvollziehbar. Unter den konkreten Umständen sei der Widerruf des Scheidungswillens durch die Gesuchstellerin vielmehr ein Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn nicht gar ein Rechtsmissbrauch. Die Gesuchstellerin habe zum Zeitpunkt der Scheidungsverhandlung bereits ein Jahr mit ihrer neuen Liebe zusammengelebt und mache heute im Eheschutzverfahren geltend, dass sie die gemeinsamen Kinder fortan mit ihrem neuen Partner betreuen wolle. Sie habe folglich seit der Trennung bis und mit der Beschwerde nie Zweifel darüber aufkommen lassen, dass die Ehe definitiv gescheitert sei und sie sich in ihrem Leben neu orientiert habe. Es sei ihr letztlich nur um die vereinbarten Nebenfolgen gegangen. Warum die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin dennoch auch den Scheidungswillen widerrufen habe und dies erst anlässlich der Scheidungsverhandlung selbst, bleibe ein Rätsel. Es hätte zur Verfolgung ihrer Interessen vollkommen ausgereicht, wenn sie die Vereinbarung hinsichtlich der Nebenfolgen der Scheidung widerrufen beziehungsweise die entsprechende Einigung nicht bestätigt hätte. Die naheliegendste Schlussfolgerung sei, dass sie den Gesuchsteller mit dem Widerruf, mit dem sie den Scheidungsprozess zu Fall gebracht habe, habe zermürben wollen. Sodann verdiene auch der Gesuchsteller gestützt auf Art. 111 ZGB Schutz seines Anspruchs, dass die Gesuchstellerin nach Treu und Glauben handle. Die Gesuchstellerin habe ein gemeinsames Scheidungsgesuch durch einseitiges Handeln im zuletzt möglichen Zeitpunkt zu Fall gebracht, ohne dass objektiv ein schutzwürdiges Inte-

resse erkennbar sei, habe damit das Vertrauen des Gesuchstellers verletzt und für diesen unnötige Kosten verursacht. Es sei insbesondere nicht nachvollziehbar, weshalb das Gericht und der Gesuchsteller nicht noch vor der Scheidungsverhandlung informiert worden seien. Der Gesuchstellerin seien daher gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b und lit. f ZPO, eventuell Art. 108 ZPO, in Übereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Entscheid die Prozesskosten für das Scheidungsverfahren inklusive eine angemessene Parteientschädigung aufzuerlegen (Urk. 37 Rz. 9 ff.).

1.4. Die Gesuchstellerin erwidert in ihrer Stellungnahme vom 17. Juli 2023, die vorgenannten Ausführungen des Gesuchstellers seien mehrheitlich unsubstantiiert und nicht belegt. Weiter bringt sie zusammengefasst vor, für die Kostenverteilung im Scheidungsverfahren sei es irrelevant, welche genauen Umstände zur Trennung geführt hätten. Die Gesuchstellerin habe sich durch das gemeinsam beauftragte Advokaturbüro E._____ nicht in ihren Interessen vertreten gefühlt, weshalb sie sich eine andere Rechtsvertretung gesucht habe (Urk. 45 Rz. 4 ff.). Der Widerruf des Scheidungswillens durch die Gesuchstellerin sei kein Verstoss gegen Treu und Glauben oder Rechtsmissbrauch. Die entsprechenden Behauptungen des Gesuchstellers seien haltlos und würden darauf hindeuten, dass dieser die Gesuchstellerin in ihren Zweifeln nie ernst genommen habe. Die Gesuchstellerin habe versucht, dem Gesuchsteller ihre Zweifel am gemeinsamen Scheidungsbegehren nahezubringen. Es sei stets mit Unterstellungen und Schuldzuweisungen an sie reagiert worden. So habe der Gesuchsteller ihr auch unterstellt, ihn zermürben zu wollen und sei er der Ansicht, dass das Eheschutzverfahren einzig aufgrund ihrer Anträge hochstrittig sei. Die Gesuchstellerin habe versucht, die Scheidungsverhandlung zu verschieben. Dem entsprechenden Antrag sei nicht stattgegeben worden, weshalb sie an der Gerichtsverhandlung zu erscheinen gehabt habe. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers habe sie ein objektiv schutzwürdiges Interesse gehabt, an der Gerichtsverhandlung vom 23. November 2022 ihr Unwohlsein in Bezug auf die Scheidung mitzuteilen (Urk. 45 Rz. 33 ff.).

1.5. Die Verteilung der Prozesskosten stellt eine Rechtsfrage dar. Bei Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz die gleiche Kognition wie die Vorinstanz (ZK

ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 1). Gemäss Art. 111 Abs. 2 ZGB spricht das Gericht bei einem gemeinsamen Scheidungsbegehren die Scheidung aus, wenn es sich davon überzeugt hat, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung über die Nebenfolgen auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen. Nach Art. 112 Abs. 1 ZGB können die Ehegatten gemeinsam die Scheidung verlangen und erklären, dass das Gericht die Scheidungsfolgen beurteilen soll, über die sie sich nicht einig sind. Das Gericht hört sie wie bei der umfassenden Einigung zum Scheidungsbegehren, zu den Scheidungsfolgen, über die sie sich geeinigt haben, sowie zur Erklärung, dass die übrigen Folgen gerichtlich zu beurteilen sind, an (Art. 112 Abs. 2 ZGB). Den einzuhaltenden Verfahrensregeln kommt eine Schutzfunktion zu, zumal die Scheidung und auch die Zustimmung zur Nebenfolgenvereinbarung nicht unter Druck und übereilt erfolgen sollen (FamKomm Scheidung/Fankhauser, Art. 111 ZGB N 3 m.w.H.). Bis zur Beendigung der Anhörung darf jeder Ehegatte von der Scheidung zurücktreten oder das Einverständnis zur Vereinbarung widerrufen (vgl. FamKomm Scheidung/Meyer Honnegger, Anh. ZPO Art. 274 N 14; KUKO ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 288 N 7; Maier, Kostenfolgen in familienrechtlichen Prozessen, FamPra 2019, S. 1121 ff., S. 1145). Die Kosten- und Entschädigungsregelung in Verfahren im Sinne von Art. 111 ZGB richtet sich nach Art. 104 ff. ZPO. Eine Nichtbestätigung von Scheidungswillen und Scheidungsvereinbarung darf nicht zu einer einseitigen Kostenfolge für den betreffenden Ehegatten führen, da er nur von einem ihm gesetzlich zustehenden Recht Gebrauch gemacht hat und damit der freie Wille betreffend die Zustimmung zur Scheidung gewährleistet werden kann. Ein anderer Entscheid würde der freien Widerrufbarkeit von Scheidungswillen und Scheidungskonvention widersprechen und wäre nur haltbar, wenn eine Partei ihre Mitwirkungspflicht trotz ausdrücklicher gerichtlicher Aufforderung verletzt hätte. Zieht eine Partei vor Beendigung der Anhörung ihr Scheidungsbegehren zurück, sind die Gerichtskosten den Parteien entsprechend je hälftig aufzuerlegen (vgl. BSK ZGB I-Gloor, Art. 111 N 18 m.w.H.; Maier, Kostenfolgen in familienrechtlichen Prozessen, FamPra 2019, S. 1121 ff., S. 1145). Falls eine Seite die Vereinbarung anlässlich der Anhörung nicht bestätigt und das Verfahren gemäss Art. 288 Abs. 3 ZPO nicht in ein solches nach Art. 290 ff. ZPO mündet, ist die für den Fall der Scheidung ge-

troffene Kostenregelung in der Scheidungsvereinbarung unbeachtlich, denn die Nichtbestätigung der Konvention führt zu deren vollständigen – nicht nur teilweisen – Unbeachtlichkeit. Anders kann es sich verhalten, wenn in der Konvention gerade für den Fall des Rücktritts von der Scheidungsvereinbarung ausdrücklich Abreden getroffen worden sind. Betreffend die Durchsetzbarkeit solcher Abreden muss allerdings erneut auf die Problematik verwiesen werden, dass die Vereinbarung, wenn sie nicht mehr gewollt ist, grundsätzlich insgesamt als unbeachtlich zu betrachten ist (FamKomm Scheidung/Mordasini, Anh. K N 312 f.). Neben der vorgenannten Ansicht in der Lehre sind die Kosten bei einem Rückzug des gemeinsamen Scheidungsbegehrens in Verfahren nach Art. 111 und Art. 112 ZGB auch gemäss konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich dann beiden Geschlechtern aufzuerlegen, wenn der Rückzug nur durch einen der Ehepartner erfolgt. In diesen Fällen werden ebenso die Parteientschädigungen wettgeschlagen. Dieses Vorgehen wird gewählt, um Umständen entgegenzuwirken, welche geeignet wären, die Freiheit des Scheidungswillens einzuschränken. Würde der Rückzug des Einverständnisses zur Scheidung durch einen Ehepartner mit einer Kostenaufgabe diesem gegenüber sanktioniert, stünde er allenfalls unter dem Druck, seinen einmal geäusserten Scheidungswillen aufrecht erhalten zu müssen, um sich nicht mit negativen finanziellen Folgen konfrontiert zu sehen. Ist die Voraussetzung für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren zufolge Rückzugs des Einverständnisses durch einen Ehepartner nicht mehr erfüllt, ist somit – auch wenn zum Beispiel Art. 106 Abs. 1 ZPO für den Fall eines Klagerückzugs direkte Kostenfolgen vorsieht (vgl. hierzu BGE 139 III 358 E. 3) – gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO eine hälftige Verteilung der Aufwände eher angezeigt (vgl. *OGer ZH PC170005 vom 07.02.2018, E. II.3.5*; *OGer ZH PC140009 vom 15.04.2014, E. III.2.*; ZR 100 [2001] Nr. 37 S. 119 ff.).

1.6. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Dieser Grundsatz ermöglicht es, die Wirkungen des Gesetzes in bestimmten Fällen zu korrigieren, wo die Ausübung eines Rechts eine offensichtliche Ungerechtigkeit schaffen würde. Ob eine Berechtigung missbräuchlich ausgeübt wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Verwendung des Begriffs «offenbar» im Gesetzestext macht deutlich, dass Rechtsmissbrauch nur

mit Zurückhaltung angenommen werden darf. Zu den typischen Fällen zählen namentlich fehlendes Interesse an der Rechtsausübung, zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts, krasses Missverhältnis der Interessen, schonungslose Rechtsausübung sowie widersprüchliches Verhalten (BGE 143 III 279 E. 3.1; BGE 140 III 583 E. 3.2.4; BGE 138 III 425 E. 5.2; BGE 137 III 625 E. 4.3; BGE 135 III 162 E. 3.3.1). Einen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht. Vielmehr ist in einem Widerspruch zu früherem Verhalten nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn dieses ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird (BGE 143 III 666 E. 4.2 m.w.H.). Der Vertrauende muss Dispositionen getroffen haben, die sich angesichts der neuen Situation nunmehr als nachteilig erweisen (BGE 121 III 350 E. 5b; BSK ZGB I-Lehmann/Honsell, Art. 2 N 43a). Die Partei, die der anderen Rechtsmissbrauch vorwirft, hat die besonderen Umstände nachzuweisen, auf Grund derer anzunehmen ist, dass Rechtsmissbrauch vorliegt (BGE 134 III 52, E. 2.1; BGE 133 III 61 E. 4.1 m.w.H.).

1.7. Vorliegend hat die Gesuchstellerin anlässlich der Anhörung vom 23. November 2022 vor Vorinstanz ihren Scheidungswillen nicht bestätigt (vgl. Prot. I S. 4). Ausser Frage steht, dass die Gesuchstellerin dadurch ein ihr gesetzlich zustehendes Recht ausgeübt hat. Der Gesuchsteller konnte aufgrund der Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens sowie der unterzeichneten Teilvereinbarung zwar davon ausgehen, dass der Scheidungsprozess relativ rasch vonstattengehen könnte. Bedingungslos darauf vertrauen durfte er aufgrund der vorgenannten Schutzfunktion der gerichtlichen Anhörung beziehungsweise der Berechtigung jedes Ehegatten, bis zur Beendigung der Anhörung vom Scheidungswillen zurücktreten oder das Einverständnis zur Vereinbarung zu widerrufen, hingegen nicht. Ein schutzwürdiges Vertrauen konnte durch die Handlungen der Gesuchstellerin damit weder begründet noch enttäuscht werden. Darüber hinaus hat der Gesuchsteller keine Dispositionen getroffen, die sich angesichts der widerrufenen Zustimmung als nachteilig erweisen würden, zumal die bis dahin aufgelaufenen Anwalts- und Gerichtskosten ohnehin angefallen wären und in der Folge ein Eheschutzverfahren angelegt wurde (vgl. Prot. I S. 8; Geschäfts-Nr. EE220084-M). Indem die Vorinstanz die Prozesskosten infolge des Widerrufs

des Scheidungswillens vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt hat, hat sie einen Umstand geschaffen, der – wäre eine entsprechende Kostenaufgabe üblich beziehungsweise für eine Partei vorhersehbar – geeignet ist, die Freiheit des Scheidungswillens einzuschränken. Wie in der vorstehend zitierten Lehre und Rechtsprechung ausgeführt, sind sämtliche Umstände, welche geeignet wären, die Freiheit der Bestätigung einzuschränken, zu verhindern und die freie Widerrufbarkeit soll unter keinen Umständen in Frage gestellt werden. Entsprechend sind gemäss konstanter Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich die Gerichtskosten auch in vorliegendem Fall beiden Gesuchstellern je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen. In der Scheidungskonvention vom 1. August 2022 wurden für den Fall des Rücktritts von der Scheidungsvereinbarung keine ausdrücklichen Abreden getroffen (vgl. Urk. 2 S. 8), weshalb eine von den vorgenannten Grundsätzen abweichende Kostenaufgabe auch aus diesem Gesichtspunkt nicht zu diskutieren ist.

1.8. Zusammenfassend erweist sich das Verhalten der Gesuchstellerin nicht als rechtsmissbräuchlich. Die in ihrer Höhe zu Recht nicht beanstandeten Prozesskosten sind nach konstanter Praxis trotz einseitigem Rückzug des Scheidungsbegehrens seitens der Gesuchstellerin hälftig auf die Gesuchsteller zu verteilen und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Die Rüge der Gesuchstellerin ist somit begründet und die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids sind in vorgenanntem Umfang abzuändern.

2. Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Die Gesuchstellerin stellte vor Vorinstanz anlässlich der Anhörung ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.–; eventualiter ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Prot. I S. 6, Urk. 23 S. 2). Die Vorinstanz behandelte das Gesuch um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses im angefochtenen Entscheid nicht, wie die Gesuchstellerin zu Recht bemerkt (Urk. 30 Rz 27). Die Vorinstanz ging von der Stellung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege aus und wies dieses zufolge Aussichtslosigkeit ab (Urk. 31 S. 2 und S. 4 f.). Eine Rückweisung der Sache an die

Vorinstanz zur Behandlung des unbehandelten Gesuchs um Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses kann aus nachfolgenden Gründen unterbleiben.

2.2. Die Vorinstanz erwog, der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Grundsatz, wonach familienrechtliche Verfahren nie aussichtslos seien, möge als Grundsatz zutreffen, wenn es um die Behandlung von Scheidungsnebenfolgen oder Trennungsfolgen gehe, sofern keine trölerische, rechtsmissbräuchliche oder offensichtlich überrissene Anträge gestellt würden. Gänzlich anders stelle sich die Lage aber dar, wenn eine Partei ein von ihr unterzeichnetes gemeinsames Scheidungsbegehren einreiche beziehungsweise ein solches nach der Unterzeichnung in guten Treuen vom Ehegatten eingereicht werde, welches in der Folge aufgrund eines Sinneswandels abgewiesen werden müsse. Die Gesuchstellerin habe nicht geltend gemacht, dass sich zwischen der Gesuchseinreichung und der Nichtbestätigung des Scheidungswillens in tatsächlicher Hinsicht etwas geändert habe, was sie zu ihrem Sinneswandel bewogen habe. Entsprechend erweise sich die Sache bereits im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung als aussichtslos. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei deshalb infolge Aussichtslosigkeit ihres Rechtsbegehrens abzuweisen (vgl. Urk. 31 S. 5).

2.3. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz schliesse aus dem Umstand, dass sie ihren "Sinneswandel" nicht mit einer Änderung einer Sache in tatsächlicher Hinsicht habe begründen können, darauf, dass im vorliegenden Scheidungsverfahren nicht genügend Erfolgsaussichten bestanden hätten. Damit begründe die Vorinstanz die Aussichtslosigkeit mit einem inneren Zustand der Gesuchstellerin. Es werde offen gelassen, ob die Prozessaussichten anhand des inneren Zustands einer Partei geprüft werden könnten. Es hätten zwar seitens der Gesuchstellerin von Anfang an Unsicherheiten und Zweifel in Bezug auf den Scheidungswillen und die Scheidungsvereinbarung bestanden, es sei aber nicht so gewesen, dass sie – wie die Vorinstanz ihr zu unterstellen scheine – die Scheidungsvereinbarung mit der Absicht unterschrieben habe, davon vor Gericht zurückzutreten. Der Umstand, dass sie betreffend das Scheidungsbegehren unsicher gewesen sei, mache das Verfahren entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht aussichtslos. Folge man der Argumentation der Vorinstanz, würde das heis-

sen, dass das Gericht im Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren vor Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege immer zunächst prüfen müsste, ob der Scheidungswille bei Gesuchseinreichung gefestigt gewesen sei und dass im gegenteiligen Fall die unentgeltliche Rechtspflege immer abgewiesen werden müsste, ausser die betroffene Person könnte den Rücktritt vom Scheidungswillen "in tatsächlicher Hinsicht" begründen. Damit würde eines der Ziele des Verfahrens der Scheidung auf gemeinsames Begehren nach Art. 111 ZGB in Verbindung mit Art. 287 ZPO, wonach das Gericht sich anlässlich der Anhörung davon zu überzeugen habe, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen würden, verfehlt. Vor dem Hintergrund, dass es sich hier um einen erstinstanzlichen familienrechtlichen Prozess handle sowie kein trölerisches oder rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens der Gesuchstellerin vorgelegen habe, könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Verfahren von vornherein aussichtslos gewesen sei. Damit habe die Vorinstanz Art. 29 Abs. 3 BV sowie Art. 117 lit. b ZPO verletzt (Urk. 30 Rz. 31 ff.).

2.4. Der Gesuchsteller äussert sich in seiner Beschwerdeantwort nicht ausdrücklich zu den Vorbringen der Gesuchstellerin betreffend die Aussichtslosigkeit des Scheidungsverfahrens (vgl. Urk. 37). Hinsichtlich des von der Gesuchstellerin für das Verfahren vor der Vorinstanz verlangten Prozesskostenvorschusses führt der Gesuchsteller zusammengefasst aus, die Gesuchstellerin folgere aus den Erwägungen der Vorinstanz, dass er in der Lage sei, ihr im Eheschutzverfahren einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– zu zahlen. Den Ausführungen der Vorinstanz sei zwar zu entnehmen, dass ihm nach Zahlung des Lebensunterhalts für sich und die beiden Kinder ein monatlicher Überschuss von Fr. 638.– beziehungsweise pro Jahr Fr. 7'656.– verbleiben würde. Die Schlussfolgerung, dass ihm dieser Überschuss reiche, um seine Prozesskosten innert eines Jahres zu zahlen, liege jedoch keineswegs auf der Hand. Die Hypothekarverpflichtung und die Nebenkosten der Parteien für eine gemeinsame Wohnung in F._____ seien bei den Auslagen nicht berücksichtigt worden, obwohl die Liegenschaft zu 100% belehnt sei. Weder ein ausreichender Erlös zur Finanzierung der Prozesskosten noch eine Erhöhung der Hypothek sei nach einer Trennung der Ehegatten wahrscheinlich, zumal der Gesuchsteller auch nicht alleine über die

gemeinsame Wohnung verfügen könne. Der tatsächliche Überschuss des Gesuchstellers betrage folglich gerade einmal Fr. 150.– pro Monat. Sodann erscheine es auch mehr als fraglich, dass Fr. 7'700.– für die Gerichts- und Anwaltskosten des Gesuchstellers im Eheschutzverfahren reichen würden. Der Gesuchsteller sei nicht in der Lage, auch noch der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss zu zahlen, weder für das Eheschutz- noch für das Beschwerdeverfahren (Urk. 37 Rz. 15 f.).

2.5. 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). Ist es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Wegen der Waffengleichheit gilt dies insbesondere, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zum Zeitpunkt der Gesuchstellung (vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.3; BGE 135 I 221 E. 5.1) zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38).

2.6. Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege geht jedoch der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor. Eine gesuchstellende Partei hat deshalb entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, sodass das Gericht diese Auffassung

vorfrageweise überprüfen kann (BGE 138 III 672 E. 4.2.1, BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1, m.w.H.). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen (*OGer ZH LY160046 vom 05.12.2017, E. IV.3.2.3*).

2.7. Aussichtslosigkeit eines Begehrens liegt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann vor, wenn dessen Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist dabei, ob eine Partei, welche über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem solchen Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil sie – zumindest vorläufig – dessen Kosten nicht zu tragen hat. Ob im Einzelfall genügend Erfolgsaussichten vorhanden sind, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Erfolgchancen, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (vgl. BGE 142 III 138 E. 5.1; BGE 139 III 475 E. 2.2; BGE 138 III 217 E. 2.2.4, m.w.H.; BGE 124 I 304 E. 2c; BGE 122 I 267 E. 2b, m.w.H.). Allerdings ist dem Kriterium der Aussichtslosigkeit in Scheidungsverfahren mit Zurückhaltung zu begegnen, denn in erstinstanzlichen familienrechtlichen Verfahren wird die fehlende Aussichtslosigkeit grundsätzlich vermutet beziehungsweise kann in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein (vgl. *OGer ZH LY220002 vom 31.05.2022, E. III.1.5*; *OGer ZH PC150024 vom 23.06.2015, E. 3.1.2.*; *OGer ZH PC120021 vom 07.06.2012, E. II.4.*).

2.8. Gemäss Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 9. Januar 2023 im Eheschutzverfahren zwischen den Parteien (Geschäfts-Nr. EE220084-M) sei beim Gesuchsteller von einem monatli-

chen Nettoeinkommen in der Höhe von Fr. 6'450.– auszugehen. Den gemeinsamen Kindern seien Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 250.– respektive Fr. 200.– pro Monat anzurechnen. Diesem monatlichen Gesamteinkommen stehe ein erweiterter Gesamtbedarf in der Höhe von Fr. 6'262.– gegenüber, womit ein Überschuss von Fr. 638.– pro Monat beziehungsweise Fr. 7'656.– pro Jahr resultiere. Dies ermögliche es dem Gesuchsteller ohne Weiteres für die Gerichtskosten sowie die Kosten für seinen Rechtsvertreter aufzukommen und diese innert eines Jahres zurückzuerstatten (vgl. Urk. 34/5 E. 2.2.). Die der vorgenannten Verfügung zugrunde liegenden Dokumente betreffend die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers entsprechen denjenigen im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren. Gestützt auf die von der Vorinstanz berücksichtigten Dokumente verbleiben dem Gesuchsteller nach Deckung dessen Gesamtbedarfs inklusive der gemeinsamen Kinder rund Fr. 600.– Überschuss pro Monat (vgl. Urk. 34/5 E. 2.2.3. f.; Urk. 9/2-19; Urk. 9/21-26 und Urk. 9/28-31). Den Akten kann zudem entnommen werden, dass dem Gesuchsteller Hypothekarkosten in der Höhe von EUR 240.– pro Monat anfallen (vgl. Urk. 9/29), weshalb sich der vorgenannte Überschuss im entsprechenden Umfang verringert. Zudem erscheint aufgrund der eingereichten Dokumente glaubhaft, dass die Liegenschaft in F. _____ vollständig belehnt ist und eine gewinnbringende Veräusserung beziehungsweise eine Erhöhung der Hypothek nicht möglich ist (vgl. Urk. 9/2a; Urk. 9/28; Urk. 9/29; Urk. 30 Rz. 69 und Urk. 37 Rz. 16). Der Gesuchsteller ist nach Deckung des vorgenannten Bedarfs sowie seiner eigenen Prozesskosten für das vorinstanzliche Verfahren – welche gemäss der Festlegung in vorliegendem Rechtsmittelentscheid höher ausfallen als von der Vorinstanz festgelegt – und unter Berücksichtigung eines angemessenen Notgrochens folglich nicht in der Lage, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.

2.9. Die Gesuchstellerin hat ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege anlässlich der Anhörung vom 23. November 2022 gestellt. Festzustellen ist, dass das vorgenannte Gesuch erst eingereicht wurde, nachdem die Gesuchstellerin zu Beginn der Anhörung ihren Scheidungswillen nicht bestätigt hatte (vgl. Prot. I S. 5; Urk. 23 und Urk. 24). Aufgrund der vorliegenden Umstände war somit bereits bei Gesuchseinreichung klar, dass das gemeinsame Scheidungsbegehren abzu-

weisen sein wird, was von der Vorinstanz noch vor Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege auch festgehalten wurde (vgl. Prot. I S. 5). Zum für die Beurteilung des Gesuchs massgebenden Zeitpunkt ist von der Aussichtslosigkeit des Scheidungsbegehrens auszugehen. Im Weiteren legt die Gesuchstellerin im Beschwerdeverfahren auch nicht dar, warum der Beizug einer Rechtsvertreterin für die Anhörung, in der sie lediglich die Nichtzustimmung zur Scheidung erklärte, notwendig gewesen wäre (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die unentgeltliche Rechtspflege nur in Ausnahmefällen rückwirkend bewilligt wird (Art. 119 Abs. 4 ZPO). Die Gesuchstellerin hat weder ein Gesuch um rückwirkende Bewilligung gestellt, noch dargelegt, warum einem entsprechenden Gesuch stattzugeben gewesen wäre. Zukünftige anwaltliche Bemühungen fielen bei der gegebenen Ausgangslage von vornherein ausser Betracht. Wie die Vorinstanz – wenn auch mit einer anderen Begründung – richtigerweise festgestellt hat, ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen.

2.10. Zusammenfassend war das Scheidungsbegehren im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aussichtslos. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege damit zu Recht abgewiesen. Die Beschwerde der Gesuchstellerin erweist sich insoweit als unbegründet.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens

1.1. Für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; LS 211.11) eine Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 1'500.– festzusetzen.

1.2. Die Gesuchstellerin obsiegt in vorliegendem Beschwerdeverfahren ungefähr zur Hälfte, zumal ihrem Antrag betreffend die vorinstanzliche Kostenverlegung stattgegeben wird, ihre übrigen Begehren betreffend die Leistung eines Prozesskostenvorschusses sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

vor Vorinstanz hingegen abzuweisen sind. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind ausgangsgemäss den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. E. IV.2. hiernach) jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen.

2. Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Die Gesuchstellerin verlangt vom Gesuchsteller vorliegend einen Prozesskostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von einstweilen Fr. 3'000.–. Die Parteien haben zudem beide – die Gesuchstellerin eventualiter – je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung ersucht (vgl. Urk. 30 S. 3 und Urk. 38).

2.2. Betreffend die rechtlichen Prämissen hinsichtlich des Prozesskostenvorschusses und der unentgeltlichen Rechtspflege kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen in den Erwägungen III.2.5. ff. hiervoor verwiesen werden.

2.3. Soweit sich die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers verändert haben, wurden diese belegt (vgl. Urk. 38 und Urk. 40/1-15). Unter Berücksichtigung des Gesamtbedarfs des Gesuchstellers und der gemeinsamen Kinder (vgl. hierzu E. III.2.8.) sowie der für das vorinstanzliche Verfahren anfallenden Prozesskosten verbleiben dem Gesuchsteller nicht mehr genügend Mittel zur Tragung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens, weshalb er für dieses als mittellos zu gelten hat. Da das Verfahren nicht aussichtslos ist und der Gesuchsteller zur Bewältigung des Prozesses auf anwaltliche Unterstützung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO angewiesen ist, ist ihm im Sinne von Art. 117 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

2.4. Die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin sind ebenfalls ausgewiesen. Dem Einkommen der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 2'594.75 steht

ein monatlicher familienrechtlicher Notbedarf in der Höhe von Fr. 2'950.70 gegenüber (vgl. Urk. 9/24; Urk. 24/1-9; Urk. 30 Rz. 56 ff.; Urk. 34/7 f.). Der Gesuchsteller ist nicht in der Lage, ihr einen Prozesskostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren zu leisten. Das entsprechende Begehren der Gesuchstellerin ist daher abzuweisen. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist damit glaubhaft. Das Verfahren erweist sich als nicht aussichtslos. Auch die Gesuchstellerin ist zur Bewältigung des Prozesses auf anwaltliche Unterstützung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO angewiesen, weshalb ihr im Sinne von Art. 117 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw et lic. rel. int. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen ist. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Der Gesuchstellerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin MLaw et lic. rel. int. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
Die Gesuchstellerin wird auf die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO hingewiesen.
3. Dem Gesuchsteller wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
Der Gesuchsteller wird auf die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht, vom 24. November 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'941.25. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. Oktober 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw A. Eggenberger

versandt am:

ip