



Geschäfts-Nr. LQ090053/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Obergerichter Dr. G. Hug-
Beeli und Ersatzoberrichterin lic. iur. I. Erb-Frischknecht sowie der
juristische Sekretär lic. iur. R. Kokotek

Beschluss vom 17. Juni 2010

in Sachen

A. _____

Kläger und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____

Beklagte und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eintreten, Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 23. Juni 2009 (FE050952)**

Das Gericht erwägt:

I.

1. Vorab ist auf die in der vorinstanzlichen Verfügung vom 23. Juni 2009 dargestellte Prozessgeschichte zu verweisen (Urk. 3 S. 2 f.). Nachfolgend finden nur die für das Rekursverfahren bedeutsamen Prozesshandlungen Erwähnung.
2. Der Kläger machte mit Einreichung einer vom 6. Juni 2005 datierenden Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise... und ... am 30. Juni 2005 ein Scheidungsverfahren vor Vorinstanz anhängig (Vi Urk. 1). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2005 sistierte die Vorinstanz – unter Hinweis auf ein am Rabbinischen Bezirksgericht Jerusalem hängiges Scheidungsverfahren (Vi Urk. 24 S. 7) – das Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 9 Abs. 1 IPRG (Vi Urk. 24).
3. Am 16. März 2007 reichte die Beklagte eine Kopie eines am 31. Januar 2007 ergangenen Urteils des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem mit einer amtlich beglaubigten Übersetzung ein (Vi Urk. 35 und 36). Mit Verfügung vom 10. Oktober 2007 nahm die Vorinstanz das Verfahren wieder auf (Vi Urk. 52) und führte am 17. April 2008 eine Hauptverhandlung durch (Vi Prot. S. 8 ff.). In derselben Verfügung gewährte die Vorinstanz der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege (Vi Urk. 52).

4. Mit Verfügung vom 23. Juni 2009 trat die Vorinstanz auf die Scheidungsklage nicht ein, gewährte dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und verpflichtete ihn, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.- (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,6%) zu bezahlen (Urk. 3).

5. Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Juni 2009 erhob der Kläger fristgerecht Rekurs und stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 2):

- „1. Ziffer 4 der Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 23. Juni 2009 im Prozess Nr. FE050952 sei aufzuheben und es sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, auf die Scheidungsklage von A. _____ gegen B. _____ einzutreten und (ohne Sistierung) zu behandeln.
2. Insbesondere sei der Entscheid des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 (Akte Nr. 327103990-21-1) nicht zu anerkennen.
3. Dementsprechend seien die Ziffern 5-7 der angefochtenen Verfügung betreffend Gerichts- und Parteikosten ersatzlos aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

6. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Beklagten erhob Rekurs gegen die in der vorinstanzlichen Verfügung vom 23. Juni 2009 zugesprochene Prozessentschädigung (Dispositiv-Ziffer 7, Urk. 3 S. 22) und verlangte die Zusprechung einer Prozessentschädigung von Fr. 17'468.15 (Urk. 2 in LQ090054). Für diesen Rekurs wurde das Rekursverfahren LQ090054 angelegt. Mit Beschluss der Kammer vom 16. Oktober 2009 wurde das Rekursverfahren LQ090054 bis zum Abschluss des vorliegenden Rekursverfahrens sistiert (Urk. 13).

7. Am 26. August 2009 reichte der Kläger eine Ergänzung des Rekurses ein (Urk. 7 und 9).

8. Am 19. Oktober 2009 verzichtete die Vorderrichterin auf Vernehmlassung (Urk. 14).

9. Innert einmal erstreckter Frist reichte die Beklagte die Rekursantwort ein und beantragte, der Rekurs sei vollumfänglich abzuweisen (Urk. 16 S. 2). Des Weiteren beantragte die Beklagte, Dispositiv-Ziffer 7 der vorinstanzlichen Verfügung (Prozessentschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Beklagten im

Betrag von Fr. 3'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer von 7,6%, Urk. 3 S. 22) sei aufzuheben und der Kläger sei zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 17'468.15 (inklusive Mehrwertsteuer von 7,6%) zu bezahlen (Urk. 16 S. 2). Letzteren Antrag zog die Beklagte am 26. November 2009 zurück (Urk. 23), wovon mit Präsidialverfügung vom 30. November 2009 Vormerk genommen wurde (Urk. 24).

10. Mit Eingabe vom 19. November 2009 beantragte die Beklagte, dem Kläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen und es sei die Nachzahlungspflicht für die bisherige unentgeltliche Rechtspflege anzuordnen (Urk. 20).

11. Es folgte ein Schriftenwechsel betreffend Noven (Urk. 19; Urk. 25-42).

II.

1. Die Vorinstanz erachtete alle Voraussetzungen für die Anerkennung des Urteils des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 gemäss Art. 25 ff. und 65 IPRG als erfüllt (Urk. 3 S. 5 ff.) und trat in Anwendung Art. 9 Abs. 3 IPRG auf die Scheidungsklage nicht ein (Urk. 3 S. 15).

2. Der Kläger bestreitet rekursweise, dass das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 eine anerkennbare Entscheidung im Sinne von Art. 25 ff. und Art. 65 Abs. 1 IPRG ist (Urk. 2 S. 7 ff.; Urk. 9 S. 2 ff.).

Diese Frage ist im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 IPRG zu prüfen. Art. 9 IPRG ist eine der Vorschriften des IPRG über die Zuständigkeit (Art. 2-12 IPRG). Die Zuständigkeit ist eine Prozessvoraussetzung, deren Vorhandensein von Amtes wegen geprüft wird (§ 108 ZPO). Noven sind daher unbeschränkt zulässig (§ 115 Ziff. 4 ZPO; vgl. diesbezüglich Urk. 28 S. 3 f.).

Auf Vorbringen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

3. Der bei den Akten liegenden Übersetzung des Urteils des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem ist wörtlich zu entnehmen (Vi Urk. 36 S. 3):

„Das Gericht fällt hiermit das Urteil, dass der Ehemann zur Scheidung zu zwingen ist mit allen gesetzlichen Mitteln, wie es vom Gesetz aus verpflichtet wird [...].“

Dieser Wortlaut ist so zu verstehen: Dem jüdischen Scheidungsrecht liegt das Prinzip der Privatscheidung zugrunde (CHRISTOPH HERFARTH, Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht, Heidelberg 2000, S. 5 und S. 37 f.). Die Ehe wird durch die Ehegatten selbst geschieden, indem der Ehemann der Frau einen Scheidebrief – den sog. Get – übergibt (HERFARTH, S. 5). Die Übergabe des Scheidebriefes hat zwar grundsätzlich unter Aufsicht eines Rabbinatsgerichts zu erfolgen (zum detaillierten Ablauf siehe HERFARTH, S. 27 f.; vgl. auch SCHEFTELOWITZ, S. 109 in: BERGMANN/FERID, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 93. Lieferung, 1987), die Ehe wird aber nicht durch dessen Urteil geschieden: Der konstitutive Scheidungsakt ist allein die Übergabe des Scheidebriefes durch den Mann an die Frau (HERFARTH, S. 5 und S. 190 f.). Das Rabbinatsgericht kann diesen Akt nicht durch ein Urteil ersetzen (HERFARTH, S. 38, 190 f. und 439 f.). Weigert sich der Ehemann, den Scheidebrief zu übergeben, bleibt die Ehe bestehen (HERFARTH, S. 11 und S. 275 f.). Das Gericht kann die Übergabe des Scheidebriefes erzwingen, indem es gegenüber dem Ehemann Zwangsmassnahmen in Form von höheren Unterhaltsleistungen oder Beugehaft anordnet (HERFARTH, S. 32 f.). Weigert sich der Ehemann trotz dieser Massnahmen, den Scheidebrief zu übergeben, bleibt die Ehe dennoch bestehen (HERFARTH, S. 33).

Der Kläger hat sich bis anhin geweigert, den Scheidebrief zu übergeben (Urk. 3 S. 5). Damit ist der konstitutive Scheidungsakt noch nicht vollzogen und die Ehe der Parteien ist noch nicht geschieden. Das Rabbinische Bezirksgericht Jerusalem entschied zwar, der Kläger sei zur Übergabe des Scheidebriefes zu zwingen (Vi 36 S. 3), und verurteilte ihn mit Urteil vom 2. September 2007 zu einem Jahr Beugehaft (Vi Urk. 51/4), aber das vermag nichts daran zu ändern, dass das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 als solches keine eheauflösende Wirkung hat und daher keine ausländische Entscheidung über die Scheidung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 IPRG ist (HERFARTH,

S. 84, S. 420 ff. und 439 f.; SCHEFTELOWITZ, S. 109; KURT SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 55 ff.; BOPP, Basler Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 65 N 5; VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, Art. 65 N 16; so auch im deutschen Recht: Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 28. Mai 2008, XII ZR 61/06, in: IPRax 2009, S. 347-351, Urk. 11/1). Damit erweisen sich die Vorbringen des Klägers in Urk. 2 S. 12 f. und Urk. 9 S. 2 f. als richtig.

Das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 kann somit nicht als ausländisches Scheidungsurteil im Sinne von Art. 65 Abs. 1 IPRG anerkannt werden.

4. Zu prüfen ist, ob das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem als ausländische Entscheidung im Sinne von Art. 25 ff. IPRG anerkannt werden kann. Das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 verpflichtet den Kläger, den Scheidebrief zu übergeben und ordnet dazu Zwangsmassnahmen an (Vi Urk. 36 S. 3). Damit das Urteil seine Wirkung in der Schweiz entfalten kann, bedarf es der Vollstreckbarerklärung im Sinne von Art. 28 IPRG (sog. rechtsbegründendes Gestaltungsurteil; GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozess der Schweiz, 4. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien, S. 378). Die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils in der Schweiz bedeutet, dass der Kläger mit gerichtlich anzuordnenden Massnahmen zur Übergabe des Scheidebriefes in der Schweiz zu zwingen ist. Als solche Massnahmen kommen die Vollstreckungsmittel gemäss § 306 ZPO (Ordnungsbusse oder Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB) und § 308 ZPO (Abgabe einer Willenserklärung) in Frage.

a) Auf die Übergabe des Scheidebriefes zielende Zwangsmassnahmen gemäss § 306 ZPO (Ordnungsbusse oder Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB) sind nicht zum Vornherein auszuschliessen: Das jüdische Recht lässt Zwangsmassnahmen eines nichtjüdischen Gerichts zu, sofern – wie vorliegend (Vi Urk. 36 und 51/4) – ein Rabbinatsgericht den Ehemann vorgängig zur Übergabe des Scheidebriefes verurteilt hat (HERFARTH, S. 406 mit zahlreichen Hinweisen auf jüdische Rechtsquellen).

Der Kläger machte vor Vorinstanz und im Rekursverfahren sinngemäss geltend, er wolle – unter Berufung auf Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV und Art. 9 EMRK – keine Scheidung nach jüdischem Recht und verweigere daher die Übergabe des Scheidebriefes (Urk. 2 S. 8 ff.; Urk. 3 S. 11).

In der Lehre ist es umstritten, ob es sich beim blossen Übergabeakt des Scheidebriefes innerhalb des gesamten Scheidungsverfahrens nach jüdischen Recht um einen religiösen Akt handelt (HERFARTH, S. 71 ff. und S. 242 ff.). Unbestritten ist indessen, dass das jüdische Recht eine „theonome, ganzheitliche Rechtsordnung und durch die Einheit von Recht und Religion gekennzeichnet ist“ und es sich daher bei der Scheidung nach jüdischem Recht um einen religiösen Vorgang handelt (so HERFARTH, S. 75, nach eingehender Analyse der Religiosität des jüdischen Scheidungsrechts aus der Perspektive des säkularen Rechts, S. 53 ff.). Da die Übergabe des Scheidebriefes der konstitutive Scheidungsakt nach jüdischem Recht ist, ist jeder auf die Übergabe des Scheidebriefes zielende Zwang nicht nur ein Zwang zu einem (privaten) Rechtsakt, sondern auch ein Zwang zu einer Scheidung nach jüdischem Recht und damit zu einem religiösen Vorgang. Ein solcher von Seiten des Staates ausgeübter Zwang ist mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV und Art. 9 EMRK nicht vereinbar, da diese dem Einzelnen das Recht verschafft, „sich eine religiöse Überzeugung frei von jeglicher staatlichen Beeinflussung zu bilden, zu wählen und zu wechseln, zu praktizieren und zu verbreiten oder auch abzulehnen und nach der gewonnenen Einsicht sein Leben zu gestalten“ (CAVELTI/KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 15 BV, Rz. 10 und 12 f.; BGE 97 I 221 E. 4d, 230). Die Glaubens- und Gewissensfreiheit verpflichtet den Staat zu einem religiös neutralen Verhalten, da Erstere nicht nur ein Individualrecht ist, sondern auch eine objektivrechtliche Norm ist, an der sich die gesamte Staatstätigkeit zu orientieren hat (Art. 35 Abs. 1 BV; CAVELTI/KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 15 BV, Rz. 17).

Der Kläger hat nach jüdischem Recht in Zürich geheiratet (Urk. 16 S. 13 f. und S. 24; Urk. 18/4); jüdisches Eheschliessungs- und Ehescheidungsrecht ist religiöses Recht (HERFARTH, S. 50 ff. und S. 75; SCHEFTELOWITZ, S. 109). Er verhält sich zwar widersprüchlich, wenn er die Scheidung nach jüdischem

Recht nun aus religiösen Gründen verweigert, aber daraus kann nichts abgeleitet werden, weil der Schutzbereich des Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV und Art. 9 EMRK auch das Recht beinhaltet, die religiöse Überzeugung zu wechseln (CAVELTI/KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 15 BV, Rz. 10; vgl. dazu die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten in Urk. 16 S. 7 ff. und 13 f.).

Auf die Übergabe des Scheidebriefes zielende Zwangsmassnahmen in Form von Ordnungsbusse oder Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB verstossen somit gegen Art. 15 BV und Art. 9 EMRK (so auch HERFARTH für das deutsche Recht, S. 412). Die Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention sind grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung und gehören daher zum schweizerischen Ordre public im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG (BOPP, Basler Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 27 N 5).

b) Die Anwendung von § 308 ZPO bei der Vollstreckung des Urteils des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 bedeutet, dass die Übergabe des Scheidebriefes durch richterlichen Entscheid ersetzt wird. Eine solche Vollstreckung lässt sich sowohl mit dem Schweizer Recht als auch mit dem jüdischen Recht nicht vereinbaren: Nach bundesgerichtlicher Praxis gilt die Klage auf Ehescheidung als absolut höchstpersönliches Recht (BGE 78 II 101; BGE 85 II 223; BGE 116 II 387), so dass auch die Übergabe des Scheidebriefes als konstitutiver Scheidungsakt als absolut höchstpersönlich zu qualifizieren ist. Nach jüdischem Recht kann die Übergabe des Scheidebriefes nicht durch ein Urteil ersetzt werden (HERFARTH, S. 38, 190 f. und 439 f.). Die Vollstreckung nach § 308 ZPO vermag also den nach jüdischem Recht konstitutiven Scheidungsakt nicht herbeizuführen und ist daher eine untaugliche Vollstreckungsmassnahme.

5. Das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 kann somit in der Schweiz nicht vollstreckt werden, da die in Frage kommenden Vollstreckungsmittel entweder mit dem schweizerischen Ordre public nicht zu vereinbaren (§ 306 ZPO) oder untauglich (§ 308 ZPO) sind. Da das Urteil als rechtsbegründendes Gestaltungsurteil ohne Vollstreckbarkeit keine Wirkungen

in der Schweiz entfalten kann, bedarf es auch keiner Anerkennung (WALTER, S. 378).

6. Das jüdische Recht unterscheidet sich im Zusammenhang mit der Vollstreckung des Urteils des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem also nur hinsichtlich der auf die Übergabe des Scheidebriefes zielenden Zwangsmassnahmen vom schweizerischen Recht. Selbst wenn das Schweizer Recht solche Zwangsmassnahmen zulassen würde, so würde dieselbe Situation wie nach jüdischem Recht resultieren, wenn der Kläger trotz solcher Zwangsmassnahmen die Übergabe des Scheidebriefes weiterhin verweigert: Die Ehe zwischen den Parteien bliebe bestehen. Diese Situation ist allein im jüdischen Recht begründet. Soweit die Beklagte diese Situation als völkerrechtswidrig kritisiert (Urk. 16 S. 9 ff.), so richtet sich diese Kritik an das jüdische, und nicht an das schweizerische Recht.

III.

1. Da die Ehe zwischen den Parteien noch besteht und das Urteil des Rabbinischen Bezirksgerichts Jerusalem vom 31. Januar 2007 nicht anerkannt werden kann, ist Art. 9 Abs. 3 IPRG nicht anwendbar. Es besteht vielmehr ein Rechtsschutzinteresse des Klägers für die von ihm vor Vorinstanz angehobene Scheidungsklage. Die Vorinstanz ist – auch wenn der Kläger seit 30. Juni 2008 in Frankreich lebt (Urk. 18/3; Urk. 28 S. 12) – örtlich und sachlich zuständig und Schweizer Recht ist anwendbar (Art. 1 IPRG; Art. 59 lit. a IPRG; Art. 61 Abs. 1 IPRG; § 21 Abs. 2 Ziff. 4 GVG). Der Rekurs des Klägers ist daher gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 23. Juni 2009 vollumfänglich aufzuheben und der Prozess zur Anhandnahme und Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Der Kläger lässt in der Rekurschrift ausführen, dass er den Scheidebrief auch in Zukunft nicht übergeben werde, und zwar unter Berufung auf Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäss Art. 15 BV und Art. 9 EMRK (Urk. 2 S. 8 f.; Urk. 3 S. 11). Tatsache ist aber, dass er den Scheidebrief nach wie vor übergeben und damit die Scheidung nach jüdischem Recht vollziehen kann. Das ist angesichts

der Tatsache, dass die Rabbinatsgerichte in Israel eine ausländische Zivilscheidung nicht anerkennen (eine solche wird nur in das staatliche Bevölkerungsregister eingetragen), nicht undenkbar (HERFARTH, S. 39 f.; SCHEFTELOWITZ, S. 42). Die Parteien müssen zwingend nach jüdischem Recht geschieden werden (also durch Übergabe des Scheidebriefes vor einem Rabbinatsgericht), wenn sie religionsgesetzlich wieder heiraten wollen (HERFARTH, S. 39 f.; SCHEFTELOWITZ, S. 42)

Übergibt der Kläger den Scheidebrief vor Abschluss des von der Vorinstanz durchzuführenden Scheidungsverfahrens, wird dieses dadurch gegenstandslos; der Anerkennung einer nach jüdischem Recht (vollständig) vollzogenen Scheidung steht nichts entgegen (SIEHR, S. 55 ff.; BOPP, Art. 65 N 6). Übergibt der Kläger hingegen den Scheidebrief nachdem das von der Vorinstanz durchzuführende Scheidungsverfahren mit einem rechtskräftigen Scheidungsurteil abgeschlossen ist, bestehen zwei – sich allenfalls hinsichtlich der Nebenfolgen widersprechende – Scheidungsurteile. Diese Situation lässt sich aufgrund der dargelegten Rechtslage nicht vermeiden. Der Kläger ist daher an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das Scheidungsverfahren vor Vorinstanz zur Wahrung seiner Glaubens- und Gewissensfreiheit durchgeführt wird und er sich rechtsmissbräuchlich verhielte, wenn er nach Abschluss des hiesigen Scheidungsverfahrens den Scheidebrief übergäbe, um sich hinsichtlich der Nebenfolgen auf die nach jüdischem Recht vollzogene Scheidung zu berufen.

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren zu regeln (§ 64 Abs. 2 und § 66 Abs. 2 ZPO). Da der Kläger vollständig obsiegt und die Beklagte sich mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert hat, sind ihr die Kosten des Rekursverfahrens aufzuerlegen. Die Beklagte ist zudem zu verpflichten, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.– zuzüglich Fr. 266.– (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

V.

1. Die Beklagte beantragte, dem Kläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen und es sei die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO anzuordnen (Urk. 20 S. 2). Zur Begründung liess sie unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 5. August 2009 (5A_396/2009, nunmehr publiziert: BGE 135 I 288) im Wesentlichen ausführen, dass der Kläger nach Frankreich gezogen sei und sein Freizügigkeitsguthaben beziehen könne (Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG).

2. Der Kläger liess dagegen ausführen, dass einerseits er die Schweiz nicht endgültig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a FZG verlassen habe und andererseits in Frankreich weiterhin pflichtversichert sei, so dass er gemäss Art. 25f Abs. 1 lit. a FZG die Barauszahlung des Freizügigkeitsguthabens nicht verlange könne (Urk. 29 S. 5).

3. a) Über die Zulässigkeit von Noven (vgl. dazu die Vorbringen der Parteien in Urk. 20 S. 1 und Urk. 29 S. 2 f.) ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen des Armenrechts aufgrund der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruchs grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen sind. Es gilt die *Offizialmaxime* (ZR 90 Nr. 57), weswegen Noven im Rechtsmittelverfahren uneingeschränkt zulässig sind (§ 115 Ziff. 4 ZPO).

b) Die Vorderrichterin bewilligte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Dispositiv-Ziffern 1-3 der Verfügung vom 23. Juni 2009, Urk. 3 S. 21; Vgl. Urk. 52). Dem Kläger wurden für das vorinstanzliche Verfahren Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ und Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreter bestellt (Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 23. Juni 2009, Urk. 3 S. 21). Da die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters *ad personam* erfolgt (ZR 102 Nr. 37), erstreckt sich die von der Vorderrichterin bewilligte unentgeltliche Rechtsverteiständung nicht auf die im vorliegenden Rekursverfahren als Rechtsvertreterin des Klägers auftretende Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

Da der Kläger die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin nicht beantragte (Urk. 2 S. 2; Urk. 29 S. 4), ist

vorliegend nur der Entzug der dem Kläger gewährten unentgeltlichen Prozessführung zu prüfen.

c) Aus Urk. 18/3 geht hervor, dass der Kläger seit 30. Juni 2008 in Frankreich wohnt (... [Adresse]) Der Kläger reichte keinen Beleg ein, aus welchem hervorgeht, dass er in Frankreich pflichtversichert im Sinne von Art. 25f Abs. 1 lit. a FZG ist. In der Eingabe vom 11. Februar 2010 liess er ausführen, dass er versucht habe, eine Bestätigung der Caisse nationale de l'assurance vieillesse (CNAV) zu erhalten, welche seine obligatorische Versicherung aufzeige (Urk. 37 S. 1). Die CNAV habe ihm jedoch mitgeteilt, dass ihnen ein Fehler betreffend das Geburtsdatum unterlaufen sei, was dazu führe, dass die Sozialversicherungsnummer angepasst werden müsse und er eine Bestätigung somit erst in ca. 3 Monaten erhalten könne (Urk. 37 S. 1 f.). Die Bestätigung könne dann nachgereicht werden (Urk. 37 S. 2).

d) Der Kläger hat im vorliegenden Rekursverfahren keine Kosten zu tragen, so dass ein allfälliger Entzug der unentgeltlichen Prozessführung keine Bedeutung für die anfallenden Kosten des vorliegenden Rekursverfahrens hat. Die Frage des Entzuges der unentgeltlichen Prozessführung spielt vielmehr in dem vor Vorinstanz durchzuführenden Scheidungsverfahren eine Rolle. Es rechtfertigt sich daher, die vom Kläger erwähnte Bestätigung der CNAV nicht einzuholen und die Frage des Entzuges der unentgeltlichen Prozessführung der Vorinstanz im Rahmen des durchzuführenden Scheidungsverfahrens zu überlassen. Auf die Anträge der Beklagten auf Entzug der dem Kläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege und auf Anordnung der Nachzahlung der bisherigen unentgeltlichen Rechtspflege ist daher nicht einzutreten.

4. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Begründung der der Beklagten gewährten unentgeltlichen Rechtspflege erweisen sich als zutreffend, weswegen auf dieselben verwiesen werden kann (Vf Urk. 52; § 161 GVG). Die der Beklagten von der Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege gilt grundsätzlich auch für das Rekursverfahren (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 90 N 3). Es besteht vorliegend

kein Anlass für einen (abweichenden) selbstständigen Entscheid im Sinne von § 90 Abs. 2 ZPO.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Anträge der Beklagten auf Entzug der dem Kläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege und auf Anordnung der Nachzahlung der dem Kläger bis anhin gewährten unentgeltlichen Rechtspflege wird nicht eingetreten.
2. In Gutheissung des Rekurses des Klägers wird die Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 23. Juni 2009 vollumfänglich aufgehoben und der Prozess zur Anhandnahme und Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Beklagten auferlegt, jedoch infolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'766.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Dop-

pel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

Zulässigkeit und Voraussetzungen einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen diesen Entscheid richten sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, insb. Art. 72 ff., 90 ff. und 113 ff.). Eine allfällige Beschwerde wäre innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne einzureichen. Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, läuft die Frist zur bundesrechtlichen Beschwerde gegen den vorliegenden Entscheid erst ab Eröffnung des Entscheides des Kassationsgerichtes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der juristische Sekretär:



lic. iur. R. Kokotek

versandt am:

mc

18. Juni 2010