

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC130022-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 1. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Hinwil vom 17. Januar 2013 (FE110003-E)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2, Urk. 17; Urk. 24 S. 2; Urk. 71 S. 2)

A. der Klägerin:

1. Es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Es sei der Sohn C._____, geb. tt.mm.1999, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen, unter Übernahme der von der Sozialbehörde D._____ festgelegten Betreuungsregelung.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- zu bezahlen, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- und/oder Familienzulagen, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zur Mündigkeit des Sohnes bzw. bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, zahlbar je monatlich und im voraus.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin persönlich angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zu ihrem Eintritt in das ordentliche AHV-Rentenalter, zahlbar je monatlich im voraus.
5. Es seien die Unterhaltsbeiträge für den Sohn und die Klägerin persönlich jährlich der Teuerung anzupassen, gemäss der gerichtsblichen Indexklausel.
6. Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Bestimmungen vorzunehmen.
7. Es sei von einer Teilung der Freizügigkeitsguthaben der beruflichen Vorsorge abzusehen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

B. des Beklagten:

1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte den Scheidungsanspruch der Klägerin anerkennt.
2. Es sei der Sohn C._____, geb. tt.mm.1999, unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien zu stellen.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte die von der Klägerin für C._____ geforderten Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- pro Monat zuzüglich vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen anerkennt.
4. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte für die Klägerin einen Unterhaltsbeitrag von höchstens Fr. 60.-- anerkennt.
5. Die Unterhaltsbeiträge seien zu indexieren, diejenigen für die Klägerin insoweit, als der Beklagte nicht nachweist, dass sich sein Einkommen nicht entsprechend der Teuerung erhöht hat.
6. Güterrechtlich seien die Parteien als auseinandergesetzt zu erklären.
7. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte damit einverstanden ist, wenn von einer Teilung der während der Ehe erworbenen Freizügigkeitsguthaben abgesehen wird.
8. Die Gerichtskosten seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen, und von der Zusprechung von Prozessentschädigungen sei abzusehen.

Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht
Hinwil vom 17. Januar 2013
(Urk. 71 S. 17 ff.)

- "1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Der Sohn C._____, geboren am tt.mm.1999, wird unter die elterliche Sorge der Klägerin gestellt.
3. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, C._____ jede Woche von Montagabend 18.00 Uhr bis Dienstagmorgen 7.30 Uhr, von Mittwochabend 18.00 Uhr bis Donnerstagmorgen 7.30 Uhr und jedes zweite Wochenende von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 17.00 Uhr sowie jeweils vom 25. Dezember 16.00 Uhr bis 26. Dezember 18.00 Uhr, vom 1. Januar 12.00 Uhr bis 2. Januar 17.00 Uhr und von Gründonnerstag 18.00 bis Ostersonntag 18.00 auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird ihm das Recht eingeräumt, C._____ jährlich in den Sportferien, in den Frühlingsferien und in den Herbstferien während je einer Woche und in den Sommerferien während zweier Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien sind verpflichtet, den anderen Elternteil so früh als möglich über die gewünschten Feriendaten zu informieren.

Es steht den Parteien frei, unter Berücksichtigung der Interessen von C._____ von Fall zu Fall Abweichungen von der vorliegenden Regelung zu vereinbaren.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, für C._____ von der Rechtskraft des Scheidungsurteils an bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung des Sohnes monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.-- zu bezahlen.

Gesetzliche oder vertragliche Kinder- und Ausbildungszulagen sind zusätzlich zu bezahlen, sofern die Klägerin diese nicht selber beziehen kann.

Die Unterhaltsbeiträge sind je monatlich im Voraus an die Klägerin zu bezahlen, auch über die Mündigkeit des Sohnes hinaus, sofern dieser bzw. sein gesetzlicher Vertreter nicht eigene Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht.

5. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 1'094.-- von der Rechtskraft des Scheidungsurteils an bis und mit Oktober 2017,
 - hernach Fr. 800.-- bis zum Eintritt der Klägerin ins ordentliche AHV-Alter zahlbar je monatlich im Voraus.

6. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 2 bis 4 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik vom Januar 2013 von 98.6 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Die Beiträge werden jeweils auf den 1. Januar, erstmals auf den 1. Januar 2014, nach folgender Formel der Veränderung des Indexstandes bis November des Vorjahres angepasst.

$$\text{Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{ursprünglicher Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Indexstand}}{98.6}$$

7. Es wird festgestellt, dass der Klägerin zur Deckung ihres gebührenden Bedarfs monatlich Fr. 1'200.-- fehlen.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die folgenden Gegenstände zurückzubringen oder zu veranlassen, dass sie ihr zurückgebracht werden: Badezimmer-schrank, Chromgestell, Gestell mit Kunststoffboxen und Bastelmaterial, Tumbler, zwei Büroschachteln, drei Koffer mit Kleidern, Zimmerbrunnen, Zelt, Bobschlitten, Lego-Steine, vier Campingstühle, Bohrmaschine, Akkuschauber, Safe mit weiterem Werkzeug.
- Im Übrigen behält jede Partei zu Eigentum, was sie zur Zeit besitzt, und übernimmt die auf sie lautenden Schulden zur alleinigen Bezahlung.
9. Vom Ausgleich der Freizügigkeitsguthaben der beruflichen Vorsorge wird abgesehen.
9. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird auf Fr. 3'600.-- angesetzt.
10. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchsteller werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
11. Die Parteientschädigungen werden gegenseitig wettgeschlagen.
12. (Schriftliche Mitteilung).
13. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist: 30 Tage).

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (Urk. 70 S. 2):

"Es sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten und Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

(Urk. 70 S. 2)

Es sei der Klägerin und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

Erwägungen:

1.1 Am 13. Januar 2011 ging bei der Vorinstanz die von der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) gegen den Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) erhobene Scheidungsklage ein (Urk. 1-3). Nach Durchführung des Verfahrens, dessen Verlauf im vorinstanzlichen Entscheid wiedergegeben ist und worauf zwecks unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 71 S. 4 f.), wurde die Ehe der Parteien in Gutheissung der von der Klägerin gestützt auf Art. 114 ZGB anhängig gemachten Scheidungsklage geschieden. Über die Nebenfolgen entschied die Vorinstanz wie eingangs dargestellt (Urk. 71 S. 17 ff.).

1.2 Mit Schreiben vom 25. April 2013 (Datum Poststempel), beim Obergericht eingegangen am 26. April 2013, erhob die Klägerin innert Frist Berufung mit eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 70 S. 2).

2.1 Die Klägerin begründet ihren Antrag damit, dass sich die ohnehin schon sehr komplexe und schwierige familiäre Situation seit Zustellung des Scheidungsurteils weiter verschärft habe. Aufgrund der Vorkommnisse der letzten Wochen fürchte sie, dass sie bei einer Scheidung endgültig jegliche Unterstüt-

zung durch den Beklagten verliere. Daher habe sie sich nach reiflicher Überlegung entschieden, die Scheidungsklage zurückzuziehen (Urk. 70 S. 3).

2.2 Aufgrund der Berufung der Klägerin ist das Urteil der Vorinstanz vom 17. Januar 2013 nicht in Rechtskraft erwachsen. Die Vorinstanz konnte nach der Eröffnung des Urteils indes keinen Klagerückzug mehr entgegennehmen. Eine Rückzugserklärung ist sodann auch in zweiter Instanz bis zur Eröffnung des Urteils möglich (Leumann Liebster, in Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 241 N 14). Gemäss den Anträgen des beklagischen Rechtsvertreters im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 24 S. 2) anerkannte zwar der Beklagte den Scheidungsanspruch der Klägerin. Indes hielt er persönlich stets fest, sich mit einer Scheidung nicht einverstanden zu erklären (Prot. I S. 3, S. 16 f.). Dies ist vorliegend jedoch in Anbetracht der Tatsache, dass die Parteien bereits seit Juni 2003 getrennt leben (Urk. 1 S. 3; Urk. 5/15) und mit Blick auf Art. 292 ZPO kein Wechsel mehr zur Scheidung auf gemeinsames Begehren stattfindet, irrelevant. Damit ist das Verfahren aufgrund der Erklärung der Klägerin, wonach sie ihre Klage zurückzieht, in Anwendung von Art. 241 Abs. 3 ZPO entsprechend abzuschreiben.

2.3 Das erstinstanzliche Scheidungsurteil ist daher – mit Ausnahme der Kostenfestsetzung – ersatzlos aufzuheben. Die Höhe der erstinstanzlichen Entsch eidgebü hr blieb unangefochten.

3.1 In Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen hält die Klägerin dafür, dass es sich rechtfertige, diese nach Art. 107 Abs. 1 lit. c und f ZPO festzusetzen, da der Beklagte mit dem Rückzug der Scheidungsklage erreicht habe, was er gewollt habe. Sodann seien seine wirtschaftlichen Verhältnisse wesentlich besser als diejenigen der Klägerin, gehe die Vorinstanz doch von einem theoretisch erzielbaren Nettoeinkommen von Fr. 7'595.– aus, auch wenn die wahre finanzielle Situation des Beklagten letztlich im Dunkeln geblieben sei. Die Klägerin verdiene hingegen als Verkäuferin zusammen mit der Hilflosenentschädigung für den behinderten Sohn ein monatliches Einkommen von rund Fr. 3'500.– netto. Ihr monatlicher Bedarf belaufe sich im Gegensatz dazu auf Fr. 6'704.– (mit Verweis auf Urk. 71 S. 11 f.). Aus diesem Grund werde die Kostenaufgabe an den Beklagten beantragt (Urk. 70 S. 3).

3.2 Für den Fall der Kostenaufgabe an sie beantragt die Klägerin die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

3.3.1 Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Verfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

3.3.2 Bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn "andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen." Der Scheidungsanspruch der Klägerin ist unbestritten (vgl. Urk. 24 S. 2), doch wollte sich der Beklagte nicht scheiden lassen (vgl. Prot. I S. 16). Mit dem Klagerückzug erreicht er dieses Ziel. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die erstinstanzlichen Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wobei die Kostenanteile der Parteien zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht.

3.3.3 Zwar kann den vorinstanzlichen Akten wie auch dem Urteil der Vorinstanz vom 17. Januar 2013 entnommen werden, dass sich die Situation zwischen den Parteien – insbesondere betreffend die Betreuung des gemeinsamen Sohnes C._____ sowie die lediglich unregelmässigen Unterhaltszahlungen des Beklagten – sehr schwierig gestaltet (Urk. 71). So kann den vorinstanzlichen Akten entnommen werden, dass die Klägerin ihrer Sorge, der Beklagte könnte sich nach einer Scheidung von der Familie zurückziehen und ihr die Unterstützung für den Sohn gänzlich entziehen, bereits im vorinstanzlichen Verfahren sowohl anlässlich der Einigungsverhandlung vom 15. März 2011 als auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. April 2012 Ausdruck gab (Prot. I S. 3, S. 8). Anlässlich letzterer wies der zuständige Einzelrichter sie auf die Möglichkeit des Klagerückzugs hin, den sich die Klägerin denn auch vorbehalten hatte (Prot. I S. 8 f.). So dann hat die Klägerin dem Beklagten anlässlich der Einigungsverhandlung vom 25. September 2012 erneut zwei Monate Zeit eingeräumt, um die Situation zu klä-

ren (Prot. I S. 17). Mit Datum vom 17. Januar 2013 liess die Klägerin schliesslich ihren Scheidungswillen durch ihre Rechtsvertreterin ausrichten (Prot. I S. 19). Inwiefern sich die familiäre Situation seit dem Erhalt des vorinstanzlichen Scheidungsurteils vom 17. Januar 2013 weiter verschärft hat, zeigt die Klägerin indes nicht auf. Sie beschränkt sich darauf zu wiederholen, dass sie aufgrund der Vorkommnisse fürchte, die Unterstützung des Beklagten endgültig zu verlieren (Urk. 70 S. 3). Unter diesen Umständen rechtfertigt sich aber keine Kostenaufgabe an den Beklagten. Entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Klägerin aufzuerlegen.

3.4.1 Aufgrund der verfahrensrechtlichen Natur des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege herrscht eine (zumindest beschränkte) Officialmaxime und die Voraussetzungen sind grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Diese beschränkte Officialmaxime gilt auch bezüglich der Vorfragen, ob und wieweit die Prozesskosten im Rahmen des erweiterten Bedarfs (im Rahmen von Unterhaltsansprüchen) hätten geltend gemacht werden können, ob die Gesuchstellerin den verbleibenden Betrag aus ihrem eigenen Vermögen aufbringen könnte und ob sie letztlich nicht gestützt auf die allgemeine eheliche Beistandspflicht vom Ehepartner einen angemessenen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag erhältlich machen könnte (ZR 90 Nr. 82 Erw. II.1.2.2. a.E. m.w.H.).

3.4.2 Vorliegend hat die Klägerin zwar keinen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages gestellt. Indes ergibt sich bereits aus dem vorinstanzlichen Verfahren, dass auch der Beklagte nicht in der Lage ist, einen entsprechenden Beitrag zu leisten: nachdem das Scheidungsurteil vorliegend aufzuheben ist, bleiben die mit Verfügung vom 7. November 2003 (Urk 5/15) angeordneten Eheschutzmassnahmen weiterhin in Kraft (FamKomm Scheidung/Vetterli, Vorbem. zu Art. 175-179, N 22). Gemäss Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 7. November 2003 wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin persönlich sowie für den gemeinsamen Sohn C._____ monatlich insgesamt Fr. 3'715.– an Unterhalt zu bezahlen (Urk. 5/15 S. 13). Sodann ging die Vorinstanz im vorliegenden Scheidungsverfahren von einem derzeitigen Einkommen des Beklagten in der Höhe

von monatlich rund Fr. 6'000.– sowie einem Bedarf von Fr. 3'706.– pro Monat aus (Urk. 71A S. 12). Damit ist der Beklagte nicht in der Lage, mit seinem Einkommen der Klägerin einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen.

3.4.3 Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Klägerin ist nachgewiesenermassen mittellos: selbst wenn der Beklagte die zugesprochenen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'715.– bezahlen würde (was nachweislich nicht der Fall ist, vgl. Urk. 71 S. 7 mit Verweis auf Urk. 17 S 5 und Urk. 12/19), blieben ihr bei einem aktuellen Einkommen von insgesamt Fr. 3'500.– netto (Lohn zuzüglich Hilflosenentschädigung für den Sohn C._____, Urk. 12/1-3) und einem Bedarf von Fr. 6'704.– lediglich Fr. 511.–. Dieser Überschuss wäre ihr ohnehin als Notgroschen mit Blick auf die ständige Praxis der Kammer (ZR 88 [1989] Nr. 88) zu belassen, zumal die Klägerin über kein ausreichendes Vermögen verfügt (Urk. 43/5). Sodann ist die Berufung der Klägerin nicht aussichtslos, stand ihr doch nach Erlass des vorinstanzlichen Scheidungsurteils keine andere Möglichkeit offen, um die Scheidungsklage zurückziehen zu können. Demnach ist der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, und es ist ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

3.5 Dem Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Das Verfahren wird abgeschrieben.

Damit wird das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 17. Januar 2013 mit Ausnahme der Kostenfestsetzung (2. Dispositivziffer 9) aufgehoben.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
4. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 70, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
dz