

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC190006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 6. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 18. Oktober 2018 (FE090156-E)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 18. Oktober 2018 entschied die Vorinstanz über die von der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) angehobene Scheidungsklage (Urk. 505 S. 161 ff.).

1.2 Hiergegen erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 4. Februar 2019 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 5. Februar 2019) innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 504 S. 2):

- "1. Das Bezirksgericht Hinwil sei anzuweisen, mir eine fristauslösende Ausführung des Urteils vom 18. Oktober 2018 zuzustellen.
2. Es sei mir das Akteneinsichtsrecht auch in allen Nebenakten zu gewähren.
3. Das Urteil vom 18. Oktober 2018 des Bezirksgerichtes Hinwil sei aufzuheben.
4. Das Scheidungsverfahren sei an die materiell zuständige Instanz "Bezirksgericht Pfäffikon" zu verweisen.
5. Eventualiter sei die Scheidung auf gemeinsames Begehren hin von der materiell zuständigen Gerichtsinanz zu beurteilen.
6. Dem Berufungsverfahren sei zwingend die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
7. Es sei das gemeinsame Sorgerecht zu erteilen und es seien mir angemessene, freie Kontakte inklusive Ferien im Ausland zu gewähren, eventualiter sei mir die Obhut zuzuteilen.
8. Der Bedarf der Klägerin sei auf Fr. 2'600.– pro Monat festzulegen.
9. Der Unterhalt der beiden Kinder sei auf je Fr. 650.– pro Monat festzulegen.
10. Mein Bedarf sei auf Fr. 4'334.– pro Monat festzulegen.
11. Mein Einkommen sei auf Fr. 0 festzulegen.
12. Das Einkommen der Klägerin sei auf Fr. 27'433.– pro Monat festzulegen.
13. Das Arbeitspensum der Klägerin sei per Schulbeginn Sommer 2019 auf 80% zu erhöhen, eventualiter sei der Klägerin ein Vermögensverzehr zuzumuten, damit der Bedarf aller Beteiligten genügend abgedeckt ist.
14. Die berufliche Vorsorge sei per Scheidungsdatum auszugleichen, eventualiter sei der Pensionskassenausgleich per 1.1.2017 mit Fr. 86'389.15 zu meinen Gunsten zu erfolgen.

15. Das Errungenschaftsinventar sei mit Fr. 50'000.– auszugleichen zuzüglich der Herausgabe des C.____-Geschirrs und der Kristallglassachen an mich.
16. Die Klägerin sei anzuweisen, alle Kontoauszüge der UBS-Konti und des ... fortlaufend zwischen dem 14.7.2003 und dem 26.07.2007 ins Recht zu legen.
17. Mein untergegangenes Eigengut sei mir von der Klägerin mit Fr. 608'500.– auszugleichen.
18. Es sei mir von der Klägerin eine Errungenschaftsbeteiligung über mindestens Fr. 30'750.– auszuzahlen.
19. Die eheliche Liegenschaft sei über D.____-...[Ort] für mindestens Fr. 1,7 Mio zu verkaufen. Beide Parteien sollen ein Vorkaufsrecht über den gebotenen Verkaufspreis haben.
20. Eventualiter hat mich die Klägerin betreffend der ehelichen Liegenschaft mit Fr. 607'833.– auszuzahlen.
21. Es sei festzuhalten, dass die eheliche Liegenschaft zu je Fr. 189'500.– aus der Errungenschaft und zuzüglich Fr. 71'000.– aus meinem Eigengut finanziert wurde.
22. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

1.3 Am 11. März 2019 reichte der Beklagte eine weitere Eingabe ein, in welcher er sich zum Sorgerecht äusserte (Urk. 509; Urk. 510; Urk. 511).

1.4 Mit Beschluss vom 22. März 2019 wurde Rechtsanwalt MLaw X.____ Frist angesetzt, um zur Aussage des Beklagten Stellung zu nehmen, wonach er diesem mitgeteilt haben soll, sein Mandat gelte nur für das erstinstanzliche Verfahren, weshalb er für das Berufungsverfahren nicht tätig werden könne. Sodann wurde ihm Gelegenheit geben, zu den Ausführungen in diesem Beschluss bezüglich Mandatsbeendigung einer notwendigen Vertretung im Sinne von Art. 69 ZPO Stellung zu nehmen (Urk. 512 S. 8).

1.5 Die Stellungnahme von Rechtsanwalt MLaw X.____ vom 16. April 2019 erfolgte innert erstreckter Frist (Urk. 514).

2. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen war das vorinstanzliche Verfahren nach den bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) zu führen, während für die Zulässigkeit und das Verfahren

von Rechtsmitteln, mithin auch für das vorliegende Berufungsverfahren, das neue Recht zur Anwendung kommt (Art. 404 f. ZPO).

3.1 Mit Beschluss vom 22. März 2019 wurde unter anderem Folgendes festgehalten (Urk. 512 S. 3 ff.):

"3.1.1 Mit Verfügung vom 6. Oktober 2011 wurde dem Beklagten Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ als notwendige Rechtsbeiständin im Sinne von § 29 Abs. 2 ZPO/ZH bestellt (Urk. 60). Am 13. März 2014 stellte die Vertreterin des Beklagten ein Gesuch um Entlassung als notwendige Rechtsvertreterin (Urk. 221). Mit Eingaben vom 14. und 15. März 2014 stellte der Beklagte ebenfalls ein Gesuch um Aufhebung der notwendigen Vertretung (Urk. 222; Urk. 224). Die Vorinstanz wies beide Gesuche mit Verfügung vom 21. März 2014 ab (Urk. 226). Die vom Beklagten dagegen erhobene Beschwerde wurde von der angerufenen Kammer mit Urteil vom 19. Mai 2014 abgewiesen (Urk. 249; *OGer ZH PC140015 vom 19.05.2014, S. 7*). Das Bundesgericht trat auf die dagegen gerichtete Beschwerde des Beklagten mit Urteil vom 30. Juli 2014 nicht ein (Urk. 261; *BGer 5A_504/2014 vom 30. Juli 2014*).

3.1.2 Zwischenzeitlich hatte der Beklagte am 22. April 2014 erneut ein Gesuch um Aufhebung der notwendigen Vertretung gestellt (Urk. 239). Hierauf trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 24. April 2014 nicht ein, da die Beschwerde gegen das mit Verfügung vom 21. März 2014 gestellte Gesuch um Aufhebung der notwendigen Vertretung noch pendent war (Urk. 241). Auf die dagegen erhobene Beschwerde des Beklagten trat die angerufene Kammer mit Beschluss vom 19. Mai 2014 nicht ein (Urk. 251; *OGer PC140019 vom 19.05.2014, S. 3*).

3.1.3 Mit Eingabe vom 27. April 2015 stellte der Beklagte wiederum ein Gesuch um Aufhebung der notwendigen Vertretung (Urk. 283). Dieses Gesuch wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Mai 2015 ab (Urk. 284).

3.1.4 Am 3. Juni 2015 ersuchte der Beklagte um Auswechslung seiner bisherigen notwendigen Vertreterin und Ersatz durch Rechtsanwalt MLaw X. _____ (Urk. 288). Mit Verfügung vom 11. Juni 2015 wurde Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ mit sofortiger Wirkung als notwendige Vertreterin des Beklagten entlassen und Rechtsanwalt MLaw X. _____ als notwendiger Vertreter für das vorliegende Scheidungsverfahren bestellt (Urk. 289).

3.1.5 Am 21. September 2016 ersuchte der Beklagte um Überprüfung der notwendigen Vertretung sowie um psychologische Begutachtung von sich selbst (Urk. 361). Die Vorinstanz hielt mit Verfügung vom 28. September 2016 an der notwendigen Vertretung fest und wies das Gesuch um psychologische Begutachtung ab (Urk. 370). Die dagegen gerichtete Beschwerde wies die angerufene Kammer mit Urteil vom 10. November 2016 ab (Urk. 385; *OGer ZH PC160047 vom 10.11.2016, S. 7*).

4.1 Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen für das Rechtsmittel erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Hierzu gehört unter anderem die Frage, ob die Partei, welche das Rechtsmittel einlegt, dieses selber wirksam vornehmen kann (Postulationsfähigkeit).

4.2.1 Wie erwähnt, ist der Beklagte notwendig vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____. Die einmal festgestellte Postulationsunfähigkeit einer Partei hat zur Folge, dass von der Partei selber – ohne die notwendige Vertretung – vorgenommene Prozesshandlungen nichtig, d.h. vom Gericht nicht zu beachten sind (BSK ZPO-Tenchio, Art. 69 N 21; Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 69 N 8). Diese Einschränkung gilt nur dann nicht, wenn es um die Bestellung, Wirkung oder Abberufung der notwendigen Vertretung selbst geht (*OGer ZH PC150057 vom 30.09.015, E. 3.3.1, S. 4*).

4.2.2 Die vorliegende Berufung ist daher nur insoweit beachtlich, als es um die Aufhebung der notwendigen Vertretung ginge. Dies beantragt der Beklagte nicht. Er macht lediglich geltend, die notwendige Vertretung habe ihm mitgeteilt, dass ihr Mandat nur für das erstinstanzliche Verfahren gelte, weshalb er für das Berufungsverfahren nicht tätig werden könne. Er, der Beklagte, sei froh, endlich seine persönlichen Belange selbst und auch gründlich in die eigenen Hände nehmen zu können (Urk. 504 S. 3). Weiter hält der Beklagte die notwendige Vertretung für willkürlich; diese sei lediglich aus dem Grunde angeordnet worden, weil er sich auf das Scheidungsverfahren am Bezirksgericht Hinwil nicht habe einlassen wollen und dessen Zuständigkeit bestritten habe. Es sei nie eine notwendige Vertretung verfügt worden. Es sei ihm lediglich aufgetragen worden, einen Rechtsanwalt beizuziehen, was er auch getan habe. Bei seiner Vertretung handle es sich um eine ordentliche, normale anwaltliche Vertretung. Seine Postulationsfähigkeit sei dadurch in keiner Art und Weise beschränkt worden. Die Zürcherische Zivilprozessordnung kenne keine notwendige Vertretung (Urk. 504 S. 6 ff.).

4.2.3 Mit dieser Einwendung beantragt der Beklagte nicht, die notwendige Vertretung sei aufzuheben, sondern macht letztlich geltend, eine solche sei nie angeordnet worden. Der Beklagte irrt: Wie vorangehend aufgeführt, wurde dem Beklagten bereits mit Verfügung vom 6. Oktober 2011 eine notwendige Vertretung im Sinne von § 29 Abs. 2 ZPO/ZH bestellt (Urk. 60). An der festgestellten Postulationsunfähigkeit wurde denn auch in den diversen Rechtsmittelverfahren festgehalten (*OGer ZH PC180024 vom 12.07.2018, E. 3, S. 3 f.*; *OGer ZH PC160047 vom 10.11.2016, S. 7*; *BGer 5A_504/2014 vom 30. Juli 2014, E. 1.1*). Damit ist die Behauptung des Beklagten aktenwidrig.

4.2.4 Die Vorinstanz hat vorliegend nicht festgestellt, dass der gestützt auf § 29 ZPO/ZH ernannte notwendige Rechtsbeistand aus dem Mandat entlassen worden sei. Ebenso wenig sind vorliegend Gründe ersichtlich, welche die Annahme erlaubten, an der Feststellung der Postulationsunfähigkeit des Beklagten hätte sich etwas geändert. Dies zeigen auch die neuerlichen Begehren des Beklagten, wonach er einmal mehr die Feststellung der fehlenden Zuständigkeit der Vor-

instanz verlangt. Wie bereits mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 10. November 2016 festgehalten, steht die Frage der Zuständigkeit nicht mehr zur Diskussion; das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Pfäffikon vom 30. November 2010, mit welchem die Abweisung der Scheidungsklage erfolgt ist, ist in Rechtskraft erwachsen und kann heute nicht mehr überprüft werden. Der Beklagte hat seine dagegen erhobene Berufung zurückgenommen (*OGer ZH PC160047 vom 10.11.2016, S. 5 f.*). Ebenso zeugt die Eingabe des Beklagten davon, dass sich hinsichtlich seiner Haltung und emotionalen Einstellung im vorliegenden Verfahren nichts geändert hat. Der Beklagte ist nach wie vor emotional derart stark involviert, dass er nicht in der Lage ist, ohne fachliche Hilfe, d.h. anwaltliche Vertretung, seine Position in einer für ihn objektiv günstigen Weise darzulegen. Damit aber besteht auch für das vorliegende Rechtsmittelverfahren kein Anlass, von der Feststellung der Postulationsunfähigkeit abzuweichen.

4.2.5 Wie bereits mit Beschluss vom 12. Juni 2018 erwähnt, ist der Beklagte für das Scheidungsverfahren sowie dem mit diesem verbundenen Rechtsmittelverfahren postulationsunfähig (*OGer ZH PC180024 vom 12.07.2018, E. 3, S. 3 f.*). Weder hat eine notwendig vertretene Partei das Recht, ihre Vertretung des Amtes zu entheben, noch darf der Vertreter das Vertretungsverhältnis einseitig beenden, selbst nicht im Einverständnis der Partei. So begründet die Anordnung des Gerichts ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Staat, dem bezeichneten Vertreter und der Partei. Die Anordnung einer notwendigen Vertretung beschränkt die im Zivilprozess anerkannte Freiheit jeder Partei, persönlich und ohne Vertretung vor Gericht die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen, prozessuale Anträge zu stellen, schriftliche oder mündliche Parteivorträge zu halten etc. (*BGer 4A_410/2017 vom 24. August 2017 mit Verweis auf BGE 132 I 1 E. 3.2 und BGer 5A_618/2012 vom 23. Mai 2013, E. 3.1; BSK ZPO-Trenchio, Art. 69 N 24 ff.; E. Staehelin/Schwenzer in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 69 N 12 f. mit Hinweis auf die Botschaft zum BGG S. 4294; s. auch BSK BGG-Merz, Art. 41 N 26*). Entsprechend kann daraus geschlossen werden, dass der einmal bestellte Vertreter bis zum Abschluss des gesamten Verfahrens bzw. bis zum Zeitpunkt, in welchem ihn das Gericht aus seiner Stellung entlässt, Vertreter bleibt. Damit aber muss zweitinstanzlich nicht mehr neu ein Vertreter nach Art. 69 Abs. 1 ZPO bestellt werden, es sei denn, die Postulationsunfähigkeit ergebe sich erst zu diesem Zeitpunkt. Entsprechend aber stand es weder im Belieben des Beklagten noch des notwendigen Vertreters, das Vertretungsmandat zu beenden. So wurde der notwendige Vertreter denn auch für das vorliegende Scheidungsverfahren bestellt; dessen Mandatierung wurde zeitlich nicht befristet (vgl. Urk. 289 Dispositivziffer 2)."

3.2 Wie eingangs ausgeführt, wurde Rechtsanwalt MLaw X._____ unter Hinweis auf diese Erwägungen Frist zur Stellungnahme angesetzt. In seiner Stellungnahme vom 16. April 2019 hält Rechtsanwalt MLaw X._____ fest, dass er auf eine Stellungnahme zur Frage, was zwischen dem Beklagten und ihm bespro-

chen worden sei, in Absprache mit dem Beklagten verzichte (Urk. 514 S. 1). Weiter ist er der Ansicht, dass Gesetz, Lehre und Rechtsprechung die Frage offenliessen, ob eine vom erstinstanzlichen Gericht angeordnete notwendige Vertretung ohne Weiteres auch im Berufungsverfahren Geltung habe. Auch den Erwägungen des Beschlusses der angerufenen Kammer vom 22. März 2019 könne nicht entnommen werde, woraus das Gericht schliesse, die vom erstinstanzlichen Gericht eingesetzte notwendige Vertretung gelte zweifellos auch für das Berufungsverfahren (Urk. 514 S. 2 mit Verweis auf Urk. 512 S. 7 E. 4.2). Die im Zivilprozess vom erstinstanzlichen Gericht gewährte unentgeltliche Rechtspflege/verbeiständung habe im Berufungsverfahren ebenfalls nicht weiter Geltung, sondern müsse vielmehr neu beantragt werden. Weshalb es sich bei einer notwendigen Vertretung zwingend anders verhalten solle, sei nicht ersichtlich: Sowohl die Umstände, die zu einer unentgeltlichen Rechtspflege/-verbeiständung wie auch diejenigen, die zu einer notwendigen Vertretung/Postulationsunfähigkeit führten, seien nicht statisch bzw. sie seien nicht zwangsläufig über alle Instanzen hinweg gegeben. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass der Beklagte im Rahmen des erstinstanzlichen Scheidungsprozesses bereits mehrere Male (ohne notwendige Vertretung) ans Bundesgericht gelangt sei, wobei dieses offenkundig nicht von Postulationsunfähigkeit ausgegangen sei. Vor diesem Hintergrund sei auf die vom Beklagten erhobene Berufung einzutreten (Urk. 514 S. 2 mit Verweis auf BGer 5A_574/2014 vom 15. Januar 2015 und BGer 5A_699/2015 vom 2. Mai 2016).

Schliesslich ist Rechtsanwalt MLaw X._____ der Ansicht, dass auf die Berufung so oder anders einzutreten sei, soweit der Beklagte die Aufhebung der notwendigen Vertretung beantrage. Zumindest sinngemäss tue er dies offenkundig. Die gegenteilige Annahme erscheine gegenüber einem Laien überspitzt formalistisch (Urk. 514 S. 2 mit Verweis auf Urk. 512 E. 4.2.2). Gegebenenfalls – bzw. wenn der Antrag abgewiesen würde – wäre dem notwendigen Vertreter Frist anzusetzen, um eine Berufung einzureichen oder zu erklären, wie mit der vom Berufungskläger selber eingereichten Rechtsschrift zu verfahren sei (Urk. 514 S. 2 f.).

4.1 Den Ausführungen von Rechtsanwalt MLaw X._____ kann nicht gefolgt werden; es ist an den vorangehend zitierten Erwägungen der Kammer gemäss ihrem Beschluss vom 22. März 2019 aus nachfolgenden Gründen festzuhalten:

4.1.1 Richtig ist zwar, dass sich aus dem Gesetz nicht ergibt, wie es sich mit der Bestellung einer notwendigen Vertretung nach Art. 69 Abs. 1 ZPO für ein Rechtsmittelverfahren verhält. Indes kann dem Beschluss der angerufenen Kammer vom 22. März 2019 durchaus entnommen werden, woraus das Gericht seine Ansicht, die einmal bestellte notwendige Vertretung müsse nicht für jede Instanz neu bestellt werden, ableitet. So hielt das Gericht – wie vorangehend ausgeführt – mit Verweis auf die bundes- und obergerichtliche Rechtsprechung sowie unter Beizug der in der Lehre festgehaltenen Meinungen fest, dass weder die notwendig vertretene Partei das Recht habe, ihre Vertretung des Amtes zu entheben, noch der Vertreter das Vertretungsverhältnis einseitig beenden dürfe, dies auch nicht im Einverständnis der Partei. Die Anordnung des Gerichts begründe ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Staat, dem bezeichneten Vertreter und der Partei. Die Anordnung einer notwendigen Vertretung beschränke die im Zivilprozess anerkannte Freiheit jeder Partei, persönlich und ohne Vertretung vor Gericht die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen, prozessuale Anträge zu stellen, schriftliche oder mündliche Parteivorträge zu halten etc. (Urk. 512 S. 7 mit Verweis auf BGer 4A_410/2017 vom 24. August 2017 mit Verweis auf BGE 132 I 1 E. 3.2 und BGer 5A_618/2012 vom 23. Mai 2013, E. 3.1; BSK ZPO-Trenchio, Art. 69 N 24 ff.; E. Staehelin/Schwenzer, a.a.O., Art. 69 N 12 f. mit Hinweis auf die Botschaft zum BGG S. 4294; s. auch BSK BGG-Merz, Art. 41 N 26). Wenn aber weder die vertretene Partei noch der notwendig bestellte Rechtsvertreter das Recht haben, das Mandatsverhältnis von sich aus zu beenden und die Anordnung einer notwendigen Vertretung die Freiheit der vertretenen Partei beschränkt, persönlich und ohne Vertretung vor Gericht rechtsgültig Prozesshandlungen vorzunehmen, ist daraus zu schliessen, dass die notwendige Vertretung anhält, bis sie aufgehoben wird und die Postulationsfähigkeit als wiedererlangt festgestellt wird. Solange nämlich die notwendig bestellte Vertretung – wie im vorliegenden Fall – nicht aufgehoben wurde, ist die notwendig vertretene Partei nicht in der Lage, persönlich rechtsgültig ein Rechtsmittel einzulegen. Dies

hat das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 24. August 2017 auch so festgehalten (BGer 4A_410/2017 vom 24. August 2017): Gemäss diesem Entscheid hatte die Erstinstanz der damaligen Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 14. Juli 2015 gestützt auf Art. 69 Abs. 1 ZPO eine notwendige Vertretung bestellt. Die damalige Beschwerdeführerin erhob gegen den Beschluss der Erstinstanz vom 20. März 2017, mit welchem auf ihre Klage nicht eingetreten worden war, persönlich beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung. Dieses trat darauf mit Beschluss vom 24. Juli 2017 mit der Begründung nicht ein, die mit Beschluss vom 14. Juli 2015 einmal festgestellte Postulationsunfähigkeit habe zur Folge, dass von der Partei selber – ohne die notwendige Vertretung – vorgenommene Prozesshandlungen nichtig seien, soweit es – wie vorliegend – nicht um die Bestellung, Wirkung oder Abberufung der notwendigen Vertretung gehe; in diesem Bereich fehle es der Berufung an einer Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 60 ZPO. Gegen diesen Entscheid erhob die damalige Beschwerdeführerin wiederum persönlich Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht entschied wie folgt: Der Beschluss des Bezirksgerichts vom 14. Juli 2015, mit dem der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 69 ZPO ein notwendiger Rechtsbeistand ernannt worden sei, sei vor den kantonalen Gerichten unangefochten geblieben und stehe auch vorliegend nicht in Frage. Die genannte Bestimmung beschränke die im Zivilprozess anerkannte Freiheit jeder Partei, persönlich und ohne Vertretung vor Gericht die im Prozessrecht vorgezeichneten Rechte wahrzunehmen, prozessuale Anträge zu stellen, schriftliche oder mündliche Parteivorträge zu halten usw. (sog. Postulationsfähigkeit [hierzu verwies das Bundesgericht in seinem Entscheid auf BGE 132 I 1 E. 3.2 S. 5; vgl. BGer 5A_618/2012 E. 3.1]). Demnach fehle der Beschwerdeführerin im vorliegenden Prozess die Postulationsfähigkeit, bei der es sich um eine Prozessvoraussetzung handle. Die Vorinstanz habe auch nicht festgestellt, der gestützt auf Art. 69 ZPO ernannte notwendige Rechtsbeistand sei aus seinem Mandat entlassen worden. Demnach könne auf die von der Beschwerdeführerin persönlich eingereichte Beschwerdeeingabe nicht eingetreten werden (BGer 4A_410/2017 vom 24. August 2017). Darauf stützte sich die angerufene Kammer in ihrem Beschluss vom 22. März 2019, als sie zum Schluss kam, die notwendige Vertretung sei nicht für jede Instanz neu zu bestellen. So ging

auch das Bundesgericht in seinem zuvor zitierten Entscheid vom Fortbestand der vor Erstinstanz bestellten notwendigen Vertretung für die folgenden Rechtsmittelinstanzen (Ober- und Bundesgericht) aus.

Sodann überzeugt auch der Vergleich mit dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege nicht, deren Gewährung für jede Instanz neu beantragt werden muss: Die unentgeltliche Rechtspflege wird gewährt, wenn die Partei mittellos ist und ihre Begehren nicht aussichtslos sind. Daraus folgt, dass jede Instanz die Frage der Aussichtslosigkeit für das bei ihr hängige Verfahren neu zu beurteilen hat. So mag eine erstinstanzliche Klage nicht aussichtslos sein, indes das Rechtsmittel, welches gegen einen erstinstanzlich gefällten Entscheid erhoben wurde. Damit aber geht der Einwand von Rechtsanwalt MLaw X._____ fehl, wenn er ausführt, die Umstände, die zu einer unentgeltlichen Rechtspflege/-verbeiständung wie auch diejenigen, die zu einer notwendigen Vertretung/Postulationsunfähigkeit führten, seien nicht statisch bzw. sie seien nicht zwangsläufig über alle Instanzen hinweg gegeben. So kann die Frage der Aussichtslosigkeit durchaus zwischen den Instanzen variieren, je nach Verfahrensgegenstand. Von der einmal festgestellten Postulationsunfähigkeit hingegen ist im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis zu einem gegenteiligen Entscheid weiter auszugehen. Ist also keine Entlassung der notwendig bestellten Rechtsvertretung erfolgt, hat diese weiterhin Bestand. Selbstredend ist von der Rechtsmittelinstanz bei einem persönlich durch die notwendig vertretene Partei erhobenen Rechtsmittel zu prüfen, ob die Postulationsunfähigkeit nach wie vor anhält. Es bleibt denn auch darauf hinzuweisen, dass die angerufene Kammer in ihrem Beschluss nicht telquel von der weiterbestehenden Postulationsunfähigkeit des Beklagten ausgegangen ist, sondern diese erneut anhand seiner Eingabe geprüft hat. Sie gelangte dabei zum Schluss, dass für das vorliegende Rechtsmittelverfahren kein Anlass bestehe, von der Feststellung der Postulationsunfähigkeit abzuweichen (Urk. 512 S. 6, E. 4.2.4). Mit diesen Erwägungen hat sich Rechtsanwalt MLaw X._____ nicht auseinandergesetzt. Er zeigt nicht auf, aus welchen Gründen von einer allenfalls zwischenzeitlich wiedererlangten Postulationsfähigkeit des Beklagten – entgegen den Feststellungen der Kammer in ihrem Beschluss vom 22. März 2019 – ausgegangen werden muss. Nachdem die angeru-

fene Kammer nach Einsicht in die persönlich vom Beklagten verfasste und eingereichte Berufungsschrift zur Ansicht gelangte, die Postulationsunfähigkeit desselben bestehe fort (an welcher Feststellung nach wie vor festzuhalten ist) und Rechtsanwalt MLaw X._____ nicht aus seinem Mandat entlassen worden ist, ergibt sich, dass der Beklagte nach wie vor notwendig vertreten ist. Demzufolge ist ihm nach wie vor das Recht abgesprochen, eigenständig rechtsgültige Prozesshandlungen vorzunehmen. Demgemäss ist die von ihm eingereichte Berufung nicht beachtlich. Wie im Beschluss vom 22. März 2019 ausgeführt, ist demzufolge auf die Berufung nicht einzutreten.

4.1.2 Daran ändert auch der Einwand von Rechtsanwalt MLaw X._____ nichts, wonach der Beklagte bereits ohne notwendige Vertretung ans Bundesgericht gelangt sei, wobei dieses offenkundig nicht von dessen Postulationsunfähigkeit ausgegangen sei (Urk. 514 S. 2 mit Verweis auf BGer 5A_574/2014 vom 15. Januar 2015 und BGer 5A_699/2015 vom 2. Mai 2016). Diese Entscheide sind vor dem vorangehend zitierten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2017 ergangen. Zudem hat sich das Bundesgericht weder im einen noch im anderen Entscheid explizit zur Frage der Postulationsfähigkeit geäussert. Entsprechend kann hieraus nichts Gegenteiliges zu den vorangehenden Ausführungen der Kammer abgeleitet werden. Die im Beschluss der Kammer vom 22. März 2019 dargelegten Erwägungen folgen der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung; es ist vorliegend im Einklang mit derselben daran festzuhalten, zumal sich Rechtsanwalt MLaw X._____ hiermit nicht auseinandersetze.

4.1.3 Schliesslich hält Rechtsanwalt MLaw X._____ die Ausführungen im Beschluss vom 22. März 2019, wonach der Beklagte keinen Antrag auf Entlassung des notwendigen Rechtsvertreters gestellt habe, für überspitzt formalistisch (Urk. 514 S. 2 mit Verweis auf Urk. 512 E. 4.2.2). Es besteht vorliegend kein Anlass, von den entsprechenden Ausführungen abzuweichen. Nach wie vor ist an den vorangehend unter E. 3 zitierten Erwägungen gemäss Beschluss vom 22. März 2019 festzuhalten (Urk. 512 E. 4.2.2-4.2.3): So stützte der Beklagte seine Ansicht, nicht mehr notwendig vertreten zu sein, massgeblich auf die von ihm behauptete Aussage von Rechtsanwalt MLaw X._____, wonach seine Vertretung

nur für das erstinstanzliche Verfahren gegolten habe. Gerade hierzu aber will sich Rechtsanwalt MLaw X._____ in seiner Stellungnahme nicht äussern. Sodann zeigt er auch nicht auf, aus welchen Gründen zu einem gegenteiligen Schluss zu gelangen wäre. Der blosser Hinweis auf überspitzten Formalismus gibt keinen Anlass, die Ausführungen im Beschluss vom 22. März 2019 zu überdenken. Ohnehin aber änderte – entgegen der Ansicht von Rechtsanwalt MLaw X._____ – auch die Auffassung, der Beklagte habe mit seiner Eingabe um Abbestellung der notwendigen Vertretung ersucht, nichts am vorliegenden Ergebnis. So wäre der Beklagte lediglich fähig, diesbezüglich persönlich – ohne anwaltliche Vertretung – rechtsgültig tätig zu werden. Allein auf diesen Punkt wäre einzutreten, käme man zum Schluss, der Beklagte habe tatsächlich einen entsprechenden Antrag gestellt. Da – wie vorangehend ausgeführt – nach wie vor von dessen Postulationsunfähigkeit auszugehen ist, wäre dieser Antrag aber ohnehin abzuweisen, weshalb es beim Nichteintretensentscheid bezüglich der vorliegenden Berufung bliebe.

4.1.4 Entgegen der Ansicht von Rechtsanwalt MLaw X._____ besteht nämlich kein Anlass, ihm Frist anzusetzen, um eine Berufung einzureichen oder zu erklären, wie mit der vom Beklagten selber eingereichten Berufungsschrift zu verfahren sei. Solches wäre lediglich dann angezeigt, wenn ein Rechtsvertreter während eines Verfahrens neu als solcher in Anwendung von Art. 69 Abs. 1 ZPO bestellt würde. Dies resultiert daraus, dass der gerichtlich bestellte Vertreter die Prozessführung in dem Stadium zu übernehmen hat, in dem der Prozess sich befindet. Bisherige Eingaben der nunmehr vertretenen Partei sind nicht unbeachtlich, sondern können ergänzt bzw. verdeutlicht werden. Versäumte Handlungen sind jedoch – vorbehaltlich eines Wiederherstellungsgrundes – verwirkt (BK ZPO-Sterchi, Art. 69 N 12 f.; E. Staehelin/Schwenzer, a.a.O., Art. 69 N 14; BSK ZPO-Tenchio, Art. 69 N 27). Entsprechend muss die neu bestellte notwendige Vertretung die Gelegenheit erhalten, Ergänzungen bzw. Verdeutlichungen zum bis dahin bestehenden Prozessstoff einzureichen (vgl. hierzu auch BGer 2E_2/2013 vom 30. Oktober 2014 [hier wurde dem erstmals bestellten notwendigen Vertreter Frist zur Ergänzung der Eingaben seines Mandanten angesetzt. Dabei ist zu beachten, dass es sich beim genannten Entscheid um eine Klage

handelte, für welche nach Art. 120 BGG einzig das Bundesgericht zuständig war und demgemäss der notwendige Vertreter in diesem Verfahren erstmals bestellt wurde] mit Verweis auf BGE 95 II 280 [in welchem die erst nach Ablauf der Berufungsfrist erfolgte Ernennung des Vertreters nach Art. 29 Abs. 5 OG einen zusätzlichen Schriftenwechsel rechtfertige und auf die Ergänzung der Berufung einzugehen sei]; vgl. implizit auch BGer 4A_410/2017 vom 24. August 2017 [gemäss welchem der bereits vor Erstinstanz bestellten notwendigen Vertretung keine Nachfrist angesetzt wurde, um die persönlich von der damaligen Beschwerdeführerin eingereichte Beschwerdeschrift zu ergänzen]). Rechtsanwalt MLaw X. _____ wurde im vorliegenden Berufungsverfahren nicht neu bestellt, weshalb ihm auch keine Frist zur allfälligen Ergänzung bzw. Verbesserung der vom Beklagten persönlich eingereichten Berufungsschrift anzusetzen ist. Schliesslich hat Rechtsanwalt MLaw X. _____ kein Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist gestellt; dementsprechend erübrigen sich Weiterungen hierzu.

4.2 Da dem Beklagten – wie ausgeführt – im vorliegenden Verfahren nach wie vor die Postulationsfähigkeit fehlt, ist auf die Berufung nicht einzutreten; es handelt sich bei derselben um eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ZPO, BK ZPO-Zingg, Art. 59 N. 62).

4.3 Dementsprechend erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist nicht einzutreten. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag des Beklagten, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 504 S. 2). Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass der vorliegenden Berufung ohnehin von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

5.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

5.2 Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen; dem Beklagten zufolge seines Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage je eines Doppels der Urk. 504, Urk. 506, Urk. 507/1-14, Urk. 509 bis Urk. 511 und Urk. 514, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen in das parallel hängige Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LC190005-O.

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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. Mai 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc