

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC190033-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. LC190034

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss vom 10. Januar 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____,

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 18. Oktober 2019; Proz. FE190155**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 18. Oktober 2019 schied der Einzelrichter des Bezirksgerichts Bülach die Ehe der Parteien, so wie diese das übereinstimmend beantragt hatten (act. 17, act. 1). Das Urteil wurde dem Anwalt des Ehemannes am 25. Oktober 2019 zugestellt (act. 18). Der Ehefrau konnte es offenbar nicht zugestellt werden, weil sie einen "postlagernd"-Auftrag erteilt hatte und die Post nicht in der Lage war, die Sendung korrekt und gemäss der anwendbaren schweizerischen Zivilprozessordnung zu behandeln (act. 24). Die Sendung war vom Gericht am 24. Oktober 2019 spediert worden und dürfte in jedem Fall nicht vor dem 25. Oktober 2019 an die für die Ehefrau zuständige Poststelle gelangt sein. Ein Fall der aktiven Zurückweisung im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO liegt nicht vor. Eine Abholfrist wurde die Ehefrau nicht angesetzt (vgl. act. 24). Es ist unklar, wie das Bezirksgericht dazu kam, vom "Ablauf der siebentägigen Abholfrist" zu schreiben und die Ehefrau zu belehren, mit Ablauf dieser sieben Tage habe die "allfällige" Frist zu laufen begonnen (so act. 25). Mangels einer gesetzmässigen Zustellung hat der Ehefrau die Frist für die Berufung bis heute nicht zu laufen begonnen.

Am (Montag) 25. November 2019 gaben die Ehefrau und am selben Tag vermutlich auch der Anwalt des Ehemannes je eine Berufung zur Post mit dem Inhalt, die Eheleute möchten nicht geschieden sein. Diese Erklärungen waren auf jeden Fall die Berufungsfrist(en).

Die Akten des Scheidungsrichters wurden beigezogen, und die Eheleute wurden am 24. Dezember 2019 durch eine Delegation des Obergerichts gemeinsam und getrennt angehört (Prot. II S. 2 ff.)

Die beiden Berufungsverfahren wurden vereinigt (act. 31).

2.1 Das angefochtene Urteil erläutert im Rahmen der Rechtsmittelbelehrung, eine aufgrund eines gemeinsamen Begehrens ausgesprochene Scheidung könne nur wegen allfälliger Willensmängel angefochten werden (das heisst: wenn eine Partei die Scheidung verlangte und sich bei dieser Erklärung irrte, oder wenn

sie etwa zu der Erklärung gezwungen worden war). Das trifft zu – wenn es um eine Anfechtung des Urteils durch eine der beiden Parteien geht, und die andere aber an der Scheidung festhält. Hier ist es anders: beide Eheleute wollen, dass das Urteil aufgehoben und die Scheidung nicht rechtskräftig wird. Das ist keine eigentliche Anfechtung des Urteils, sondern der gemeinsame Rückzug des seinerzeit gemeinsam gestellten Scheidungsbegehrens. So wie jeder Kläger noch während der Berufungsfrist oder im Berufungsverfahren seine Klage zurückziehen kann, ist der (gemeinsame) Rückzug des Scheidungsbegehrens möglich.

Im Fall der Eheleute A. _____ & B. _____ war immerhin auffällig, dass beide dem Scheidungsrichter ihren klaren Willen zur Scheidung erklärt hatten, sie vorgängig auch eine umfassende Einigung über die finanziellen Folgen der Auflösung ihrer Ehe getroffen hatten und dann nur kurze Zeit nach dem "Erfolg" dieser Bemühungen, als die verlangte Scheidung auch ausgesprochen wurde, wieder zu einander fanden. Der Passus der alten kantonalen Prozessordnung, dass das Gericht sich vergewissern solle, ob eine Erklärung auch dem wahren Willen der Partei entspreche (§ 188 Abs. 3 ZPO/ZH), hat zwar keinen Eingang in die schweizerische Prozessordnung gefunden. Sie gibt aber ein allgemeines Prinzip wieder, und auch die neue Bestimmung zur richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) kann für den heute zu behandelnden Fall so ausgelegt werden, dass das Gericht sich bei widersprüchlichen Erklärungen der Parteien vergewissern soll, was denn nun der Wille des oder der Erklärenden ist.

2.2 Die Anhörung der Eheleute machte klar, dass sie jedenfalls heute beide an ihrer Ehe festhalten wollen (Prot. II S. 2 ff.). Die Befragung ergab im Rahmen dessen, was in kurzer Zeit möglich ist, dass keine Seite auf die andere Druck ausgeübt hat, und dass der Rückzug des Scheidungsbegehrens auf beiden Seiten aus freien Stücken erfolgt. Selbstredend ist es nicht ausgeschlossen, dass sich das gute Einvernehmen wieder einmal ändert. Wollen die Parteien das eheliche Zusammenleben aber ehrlich und ernsthaft noch einmal versuchen, ist es nicht am Gericht, dem im Weg zu stehen. Der Rückzug der Scheidungsbegehren ist protokolliert und gilt mit dem heutigen Tag.

3. Mit dem Rückzug des gemeinsamen Scheidungsbegehrens sind nicht nur die Berufungen, sondern ist der Prozess als solcher in der Sache erledigt. Das erstinstanzliche Urteil kann nicht mehr rechtskräftig werden und ist hinfällig.

Es bleiben somit die Kosten beider Instanzen zu regeln, da auch die Kostenregelung des angefochtenen Urteils dahin fällt (anders die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung; diese erfolgte mittels eines prozessleitenden Entscheides, der weiter gilt). Die Kosten sind von den Parteien zu tragen, weil ein Rückzug (eines Begehrens, einer Klage) einem materiellen Unterliegen gleichkommt.

Der Einzelrichter hatte in seiner ersten Verfügung Kosten von Fr. 2'400.-- bis Fr. 3'600.-- in Aussicht gestellt (act. 5), im Endentscheid setzte er Fr. 3'600.-- fest (act. 17). Das erscheint als zu viel. Die Gebühr hat namentlich dem tatsächlichen Aufwand Rechnung zu tragen, was nicht nur die Verordnung, sondern sogar die Verfassung verlangen (BGE 135 I 130 ff.). Hier war der Aufwand bescheiden: die Eheleute hatten keine Kinder, kein relevantes Einkommen, kein Vermögen, und sie verzichteten gegenseitig auf alle Ansprüche. Die Befragung war korrekt, aber nicht aufwändig (Prot. I S. 4 ff.). Andere Schwierigkeiten sind nicht zu erkennen, und das Urteil führt keine auf - im Gegenteil sagt es selbst (auf S. 8), der Zeitaufwand sei gering und die Sache nicht schwierig gewesen. Unter diesen Umständen ist die Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren in der vom Einzelrichter selber genannten Bandbreite auf Fr. 2'400.-- zu reduzieren. Das ist die unverkürzte Gebühr, welche zu reduzieren ist, wenn die Parteien auf die Begründung des einstweilen nur im Dispositiv zugestellten Urteils verzichten. Diese Reduktion beträgt nach ständiger Praxis der Bezirksgerichte die Hälfte. Da der Ehemann die Begründung verlangte, sind ihm also Fr. 1'800.--, der Ehefrau Fr. 600.-- aufzuerlegen. Die Dolmetscherkosten sind zu halbieren.

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist die Gebühr auf Fr. 750.-- festzusetzen.

Die Parteien haben auch für die Berufung um unentgeltliche Rechtspflege und (der Ehemann) um unentgeltliche Vertretung nachgesucht. Ihre finanziellen

Verhältnisse sind allerdings deutlich besser als noch vor erster Instanz. Der Ehemann wird ab dem neuen Jahr seine Erwerbstätigkeit auf 100% ausdehnen und Fr. 5'300.-- monatlich verdienen (die Ehefrau erzielt im 80%-Pensum Fr. 3'600.-- pro Monat), die Parteien leben wieder zusammen, und ihre Wohnung kostet bescheidene Fr. 690.-- im Monat (Prot. II S. 2 f.). Damit sind sie beide nicht prozessarm im Sinne des Gesetzes, und es ist insbesondere auch dem Ehemann zuzumuten, das voraussichtlich nicht sehr hohe Honorar seines Anwaltes selber zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche beider Parteien um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren werden abgewiesen.
2. Vom Rückzug des gemeinsamen Scheidungsbegehrens der Parteien wird Vormerk genommen, und das Verfahren wird als erledigt abgeschlossen.

Damit ist das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 18. Oktober 2019 aufgehoben.

3. Die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens FE190155 wird festgesetzt auf
Fr. 2'400.--; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 210.-- Dolmetscher
Fr. 2'610.-- total
Diese Kosten werden im Umfang von Fr. 705.-- der Gesuchstellerin und im Umfang von Fr. 1'905.-- dem Gesuchsteller auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.

5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innerhalb **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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: