

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC210006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.  
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

## Beschluss und Urteil vom 14. Juni 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 21.  
Januar 2021; Proz. FE190166**

**Verfügung des Bezirksgerichtes:**

1. Das Verfahren wird beschrieben.
2. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:  
Fr. 8'700.00 ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'912.50 Dolmetscher
3. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'400.– verrechnet. Der Restbetrag wird bei den Parteien gemäss ihrer tatsächlichen Zahlungspflicht nachgefordert.
4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin im Umfang von Fr. 6'806.25 und dem Beklagten im Umfang von Fr. 3'806.25 auferlegt, jedoch mit Bezug auf den Beklagten zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beklagte wird auf seine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf das Zusprechen einer Parteientschädigung für das Massnahmeverfahren betreffend Abänderung Kinderunterhalt wird Vormerk genommen.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beklagten (lic. iur. X.\_\_\_\_\_) eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'200.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'600.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.
8. Der Antrag von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_ um Zusprechung einer Akontozahlung für seine Aufwendungen und Auslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beklagten wird abgewiesen.

9. Mitteilungssatz
10. Rechtsmittelbelehrung

**Berufungsanträge:**

des Berufungsklägers und Beklagten (act. 124):

- "1. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirks Horgen vom 21. Januar 2021 sei aufzuheben.
2. Die Sache sei zur weiteren Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse, eventualiter zu Lasten der Berufungsbeklagten. Dem Berufungskläger sei aus der Staatskasse eine angemessene Prozessentschädigung (zzgl. 7.7% MwSt) zu bezahlen, eventualiter - im Falle durch die Berufungsbeklagte beantragte Abweisung der Berufung - zu Lasten der Berufungsbeklagten.

**prozessualer Antrag:**

Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

der Berufungsbeklagten und Klägerin:

---

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien heirateten am tt. September 2013. Am tt.mm.2014 kam der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_ zur Welt. Seit dem 6. Juli 2017 leben die Parteien getrennt. Mit Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Horgen vom 3. Januar 2018 wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt, und es wurden die Trennungsfolgen geregelt.

2. Das Scheidungsverfahren wurde am 30. August 2019 durch Einreichung einer Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Klägerin) beim Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, (Vorinstanz), anhängig gemacht. Nach zwei Einigungsverhandlungen (Prot. VI S. 5 ff., S. 40 ff.) vier Entscheiden bzw. Vereinbarungen betreffend vorsorgliche Massnahmen (Prot. VI S. 30, S. 36 ff., S. 61 f., S. 65 f.) und einem Entscheid betreffend Prozesskostenvorschuss (Prot. VI S. 34) erging die angefochtene Verfügung vom 21. Januar 2021 (act. 126 = act. 117 [= act. 125 A]; nachfolgend nur noch als act. 126 zitiert). Die Einzelrichterin schrieb mit der genannten Verfügung vom 21. Januar 2021 im Sinne von Art. 291 Abs. 3 Satz 2 ZPO die Scheidungsklage als gegenstandslos geworden ab, nachdem die mit Verfügung vom 14. Oktober 2020 der Klägerin angesetzte Frist von 40 Tagen, die Scheidungsklage schriftlich zu begründen (Prot. S. 63), unbenützt abgelaufen war.

Es kann im Übrigen, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, für die Prozessgeschichte vor Bezirksgericht auf die ausführliche Darstellung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 126 S. 1-5).

3. Mit Eingabe vom 4. Februar 2021 liess der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) innert Frist Berufung gegen die Verfügung des Bezirksgerichtes vom 21. Januar 2021 erheben (vgl. act. 124). Er beantragte Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides vom 21. Januar 2021, Rückweisung des Prozesses zur weiteren Beurteilung an das Bezirksgericht, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse, eventualiter zu Lasten der Klägerin (act. 124 S. 2). Sodann stellte der Beklagte für das Verfahren vor Obergericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 124 S. 2).

Es wurden im Folgenden die vorinstanzlichen Restakten samt einer Kopie des Protokolls (act. 131 S. 1-70) beigezogen (act. 107- 122; die übrigen Akten befinden sich am Bundesgericht). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden, nachdem sich die Berufung des Beklagten nach Prüfung seiner Rügen und in Würdigung der Akten als unbegründet erweist. Der Prozess ist spruchreif. Der Klägerin ist ein Doppel bzw. eine Kopie der Berufungsschrift, act.

124, zuzustellen. Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen ist sodann eine Kopie der Gefährdungsmeldung von Dr.med. D.\_\_\_\_\_, Kinderarztpraxis E.\_\_\_\_\_, [Ortschaft], vom 16. Mai 2021 (act. 132) zur Kenntnisnahme und zur weiteren Verwendung zukommen zulassen.

## II.

1. Es ist unbestritten, dass das Verfahren vor dem Bezirksgericht im Stadium der Einigungsverhandlung blieb.

Im dritten Abschnitt des Kapitels Scheidungsverfahren regelt die ZPO die Scheidungsklage (Art. 290 ff. ZPO). Die Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO tritt an die Stelle der im Scheidungsverfahren nicht vorgesehenen Schlichtung (Art. 198 lit. c ZPO). Bei der klageweisen Scheidung lädt das Gericht die Parteien zu einer Verhandlung vor und klärt ab, ob der Scheidungsgrund gegeben ist. Steht der Scheidungsgrund fest, so versucht das Gericht, zwischen den Parteien eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen (Art. 291 Abs. 1 und 2 ZPO). Steht der Scheidungsgrund nicht fest oder kommt keine Einigung zustande, setzt das Gericht der klagenden Partei Frist an, eine schriftliche Klagebegründung nachzureichen (Art. 291 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Bei Nichteinhalten der Frist wird die Klage als gegenstandslos abgeschrieben (Art. 291 Abs. 3 Satz 2 ZPO; anstatt vieler: KUKO ZPO-van de Graaf, Art. 291 N 7; FamKomm Scheidung/Fankhauser, Anh. ZPO Art. 291 N 9).

2. Die Einzelrichterin setzte die Frist zur Klagebegründung nach rund einem Jahr nach Rechtshängigkeit an; darauf weist der Beklagte zu Recht hin (act. 124 S. 4).

Die seit Anhängigmachung der Scheidung verstrichene relativ lange Zeit verlief nicht ungenützt, sondern wurde im Sinne beider Parteien (vgl. Prot. VI S. 59 unten) für das Finden einer Gesamtlösung gebraucht. Eine Einigung zu den Nebenfolgen der Scheidung konnte trotz Bemühungen der Einzelrichterin, die sich auch in der Anordnung verschiedener vorsorglicher Massnahmen (die bis an das Bundesgericht weitergezogen wurden; act. 124 S. 5 unten) zeigten, nicht erreicht werden. Ebenso verliefen die in Aussicht gestellten aussergerichtlichen Vergleichsbemühungen ergebnislos (Prot. VI S. 59). Aus dem Zeitablauf und der intensiv geführten Einigungsverhandlung (mit Erlass vorsorglicher Massnahmen) kann der Beklagte nichts zu seinen Gunsten ableiten (act. 124 S. 4).

3.1. Beide Parteien hielten anlässlich der ersten Einigungsverhandlung vom 12. Dezember 2019 fest, dass sie seit dem 6. Juli 2017 getrennt leben (Prot. VI S. 5). Die Parteien haben demzufolge im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Scheidungsklage Ende August 2019 bereits seit zwei Jahren getrennt gelebt. Dementsprechend steht nach Massgabe von Art. 292 Abs. 2 ZPO der Scheidungsgrund nach Art. 114 ZGB fest. Zu einem Verfahrenswechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren kann es gemäss Wortlaut von Art. 292 Abs. 2 ZPO nicht kommen (vgl. act. 124 S. 4 oben). Demzufolge ist der vom Beklagten referenzierte Entscheid nicht einschlägig, weil er sich auf den Scheidungsgrund des gemeinsamen Begehrens im Sinne von Art. 112 ZGB bezieht (act. 124 S. 4 Ziff. 3, 1. Absatz am Schluss).

3.2. Der Beklagte argumentiert, er habe seinerseits (anlässlich der Einigungsverhandlung) den Antrag auf Scheidung der Ehe gestützt auf Art. 114 ZGB gestellt (act. 124 S. 3 unten). Er habe einen eigenständigen Anspruch auf materielle Behandlung (act. 124 S. 5 ["actio duplex"]), weshalb die Vorinstanz das Verfahren nicht wegen Säumnis der Klägerin abschreiben dürfe. Es trifft zu, dass die Einzelrichterin anlässlich der Verhandlung vom 12. Dezember 2019 feststellte, dass der Scheidungsgrund gemäss Art. 114 ZGB gegeben sei, und überdies der Beklagte seinerseits den Antrag auf Scheidung der Ehe stellte (Prot. S. 5). Der Beklagte übersieht bei seiner Argumentation, dass seine Anträge in der Einigungsverhandlung, das heisst im Schlichtungsverfahren, erfolgten und – anders als im vom Berufungskläger angeführten höchstrichterlichen Entscheid (BGer 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016; act. 124 S. 5) – er seine Anträge noch nicht nach Massgabe der gesetzlichen Verfahrensordnung prozessual formgültig mittels einer Klageantwort in den Prozess eingebracht hat. Nur der Vollständigkeit halber ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass grundsätzlich die klagende Partei, die gestützt auf Art. 114 ZGB eine Scheidungsklage einreicht, den Scheidungsgrund zu begründen hat, denn die Einschätzung des Gerichts hinsichtlich des Scheidungsgrundes anlässlich der Einigungsverhandlung zeitigt keine materiellen Wirkungen (vgl. Prot. VI S. 5; FamKomm Scheidung/Fankhauser, Anh. ZPO Art. 291 N 9).

In der gegebenen prozessualen Situation – es lief der Klägerin die Frist für den ersten Parteivortrag (Klage), welche sie unbenützt ablaufen liess –, stand dem Beklagten entgegen seiner Ansicht (noch) nicht das Recht zu, über den Streitgegenstand (Scheidung der Ehe und Regelung der Scheidungsnebenfolgen) zu verfügen. Die Einigungsverhandlung dient im Scheidungsklageverfahren, wie erwähnt, vorrangig dazu, eine Einigung zwischen den Parteien zu finden. Misslingt wie hier die Einigung über die Scheidungsnebenfolgen, so ist darüber ein kontradiktorisches Verfahren (das Scheidungsklageverfahren) durchzuführen.

Damit ist auch gesagt, dass im Einigungsverfahren nicht Klagebegründung und Klageantwort erstattet werden. Die einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung sehen im Scheidungsverfahren für Klagebegründung und -antwort das schriftliche Verfahren vor (Art. 291 Abs. 3 i.V.m. Art. 221 f. ZPO). Es wäre dem Beklagten möglich gewesen, innert der ihm später anzusetzenden Frist zur Erstattung der Klageantwort eigene Begehren zu stellen, und die Klägerin hätte diesfalls nicht mehr alleine über den Scheidungsanspruch verfügen können. Dazu ist es aus dem bekannten Grund nicht gekommen. Die Verfahrensordnung gab der Klägerin die Möglichkeit, die Frist zur Begründung der Klage unbenützt ablaufen zu lassen. Entgegen entsprechenden sinngemässen Andeutungen des Beklagten traf die Klägerin keine sogenannte Fortführungslast (vgl. act. 124 S. 5 unten).

4. Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass die Berufung abzuweisen, und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz, das Verfahren abzuschreiben, zu bestätigen ist.

### III.

1. Die Prozesskosten werden nach Obsiegen und Unterliegen bzw. nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Beklagte unterliegt, so dass ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen sind. Für eine – wie hier – nicht vermögensrechtliche Streitsache ergibt sich aus § 5 GebV OG eine Grundgebühr in der Bandbreite von Fr. 300.-- bis Fr. 13'000.--. Bei der Festsetzung der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr ist zu berücksichtigen, dass

lediglich die prozessuale Zulässigkeit des Abschreibens des Verfahrens zu prüfen war. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür ist daher auf Fr. 700.-- festzusetzen.

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

3. Ob dem Beklagten ein Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zusteht, wie er verlangt (act. 124 S. 2, S. 6 ff.), beurteilt sich nach Art. 117 ZPO. Danach wird u.a. dessen Mittellosigkeit vorausgesetzt (Art. 117 lit. a ZPO). Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichtskosten verglichen werden; dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert rund eines Jahres zu tilgen (BGE 141 III 369 E. 4.1.; BGer 5A \_716/2018 e. 3.2.).

Die eigene Aufstellung des Beklagten über seine Einnahmen und Ausgaben weist einen Überschuss von Fr. 176.-- aus (act. 124 S. 8). In Frage zu stellen ist auf der Ausgabenseite vor allem der Zuschlag von 25 % auf den Grundbetrag (act. 124 S. 7). Nach dem Effektivitätsgrundsatz ist im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege nur derjenige Aufwand zu berücksichtigen, der tatsächlich für lebensnotwendige Güter und Dienstleistungen anfällt und welcher Aufwand auch bezahlt wird; Ausgaben mit Notorietät zu begründen, würde deshalb nicht genügen (vgl. act. 124 S. 5). Entgegen der Darstellung des Beklagten hat das Bundesgericht nicht einen minimalen Zuschlag als angemessen oder verbindlich erklärt, und die Zuschläge variieren ohnehin je nach Einzelfall. Einen Anspruch auf einen Zuschlag zum Grundbetrag besteht in diesem Sinne nicht. Die Berechnung des zivilprozessualen Existenzminimums erfolgt in Abhängigkeit der familiären Situation. Die vom Beklagten geltend

gemachten Bedarfspositionen tragen seiner finanziellen Situation angemessen Rechnung, weswegen darzulegen gewesen wäre, weshalb eine Pauschale zum Grundbetrag von 25 % einzuberechnen notwendig ist, um den individuellen Verhältnissen des Beklagten Rechnung zu tragen. Selbst aber bei einem Zuschlag von 15% auf den Grundbetrag ergibt sich immer noch ein monatlicher Freibetrag von Fr. 266.-- (Fr. 5'010.-- ./ Fr. 4'744.--). Dieser Betrag erlaubt es dem Beklagten die heute überschaubar anfallenden Gerichts- und Vertretungskosten innert eines Jahres zu bezahlen.

Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Berufungsklägers und Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 21. Januar 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.-- festgesetzt und dem Beklagten und Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels bzw. einer Kopie von act. 124 (Berufungsschrift), sowie an das Bezirksgericht Horgen, und an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen unter Beilage einer Kopie von act. 132, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw B. Lakic

versandt am: