

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC210011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss und Urteil vom 18. Juni 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 16. November 2020; Proz. FE200107

Rechtsbegehren:
(act. 2 sinngemäss)

Es sei die Ehe der Gesuchsteller gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden unter gerichtlicher Regelung der Scheidungsfolgen.

Urteil und Verfügung des Einzelgerichtes:

(act. 62)

"Es wird verfügt:

1. Beiden Gesuchstellern wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Dem Gesuchsteller wird Rechtsanwältin lic.iur. J. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Vom Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird Vormerk genommen.
4. Beide Gesuchsteller werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
2. Die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2008, und D. _____, geboren am tt.mm.2012, werden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Gesuchsteller belassen.
3. Die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2008, und D. _____, geboren am tt.mm.2012, werden unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt. Der Wohnsitz der Kinder befindet sich bei der Gesuchstellerin.
4. Die nachfolgende Vereinbarung der Gesuchsteller über die Scheidungsfolgen vom 16. Oktober 2020 wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"1. Elterliche Sorge, Obhut und Betreuung

a) Elterliche Sorge

Die Parteien beantragen dem Gericht, die elterliche Sorge für die Kinder

- C. _____, geboren am tt.mm.2008 und
- D. _____, geboren am tt.mm. 2012

beiden Parteien gemeinsam zu belassen.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass

ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

b) Obhut

Die Parteien beantragen, die Kinder C._____ und D._____ seien unter die Obhut der Mutter zu stellen. Die Kinder haben den gesetzlichen Wohnsitz bei der Mutter.

c) Betreuung

Die Parteien einigen sich über die Betreuung und Betreuungsverantwortung der Kinder in gemeinsamer Absprache und unter Berücksichtigung des Alters und der Wünsche der Kinder.

Grundsätzlich ist der Vater berechtigt und verpflichtet, die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen bzw. übernimmt die folgende Betreuungsverantwortung:

- an jedem Wochentag jeweils während der Mittagspause;
- an jedem Donnerstagnachmittag;
- an jedem dritten Wochenende; erstmals am 8. und 9. Januar 2021.

Die Aufteilung der Ferienbetreuung bzw. -verantwortung wird wie folgt geregelt:

- Sportferien: jeweils eine Woche durch die Mutter, eine Woche durch den Vater;
- Frühlingsferien: jeweils eine Woche durch die Mutter, eine Woche durch den Vater;
- Sommerferien: jeweils drei Wochen durch die Mutter, zwei Wochen durch den Vater;
- Herbstferien: jeweils eine Woche durch die Mutter, eine Woche durch den Vater;
- Weihnachtsferien: jeweils eine Woche durch die Mutter, eine Woche durch den Vater.

Die Parteien verpflichten sich, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn miteinander abzusprechen. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien in Jahren mit gerader Jahreszahl zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

Der Vater verpflichtet sich, eine allenfalls jeweils im Frühling stattfindende Afrikareise frühzeitig, mindestens bis Ende Dezember des Vorjahres, mit der Mutter abzusprechen. Diesfalls übernimmt er die Ferienbetreuung der Kinder für beide Frühlingsferienwochen.

In der übrigen Zeit werden die Kinder durch die Mutter betreut bzw. übernimmt die Mutter die Betreuungsverantwortung.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

2. Erziehungsgutschrift

Die Parteien vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten ihnen je zur Hälfte angerechnet werden. Die Parteien werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

3. Kinderunterhalt

a) Grundsatz

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter für die Kinder je monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats die gesetzlichen und vertraglichen Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen von derzeit CHF 400.– zu bezahlen, solange die Mutter diese Zulagen nicht selber bezieht.

Die Parteien halten fest, dass der Vater zur Zeit für die Mobiltelefonkosten der Kinder aufkommt und sie vereinbaren, dass der Vater die Mobiltelefonabos der Kinder bei der nächsten vertraglichen Möglichkeit ordentlich kündigt und die Mutter die Verantwortung über die Mobiltelefonkosten der Kinder übernimmt.

Die Parteien halten fest, dass derzeit mangels Leistungsfähigkeit der Parteien kein Kinderunterhalt geschuldet ist.

Der gebührende Unterhalt der Kinder ist nicht gedeckt. Es fehlt monatlich ein Betrag von CHF 400.– für D. _____ und CHF 550.– für C. _____.

b) Weitere Kosten

An ausserordentlichen Kinderkosten (z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Förderungsmassnahmen, Schullager etc.), welche den Betrag von CHF 100.– übersteigen und über welche sich die Parteien vorgängig verständigt haben, beteiligen sie sich je zur Hälfte (soweit nicht Dritte, insbesondere Versicherungen, für diese Kosten aufkommen).

4. Nachehelicher Unterhalt

Die Parteien verzichten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt.

5. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

– Gesuchstellerin: CHF 4'085.– (ca. 90 % Pensum)

– Gesuchsteller: CHF 4'763.– (100 % Pensum)

– Kinder: je die Familienzulage von derzeit CHF 200.–

6. Vorsorgeausgleich

Zum Ausgleich der während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen beantragen die Parteien dem Gericht gemeinsam, die Pensionskasse des Gesuchstellers anzuweisen, von seinem Vorsorgekonto bei der E. _____ 2. Säule AG, F. _____-strasse ..., G. _____ (AHV Nr. 1) den Betrag von CHF 18'836.–, zuzüglich Zins von 5% ab 4. Juni 2020, auf das Vorsorgekonto der Gesuchstellerin bei der H. _____-Pensionskasse, Postfach, 8010 Zürich (AHV Nr. 2; Vers Nr. 3) zu übertragen.

7. Güterrecht

Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, dem Gesuchsteller zur Abgeltung seiner güterrechtlichen Ansprüche eine Ausgleichszahlung in der Höhe von CHF 3'400.– zu bezahlen. Mangels Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin vereinbaren die Parteien, dass diese Schuld bis zur Volljährigkeit von D. _____ gestundet wird.

Abgesehen davon behält jede Partei, was sie zurzeit besitzt respektive was auf ihren Namen lautet. Die übrigen Schulden verbleiben im internen Verhältnis bei derjenigen Partei, auf welche sie lauten.

Die bis zum Eintritt der getrennten Besteuerung noch anfallenden Steuerverbindlichkeiten (ordentliche Steuern und allfällige Nachsteuern von Bund, Kanton und Gemeinde)

übernehmen die Parteien im Verhältnis der je bei ihnen endgültig veranlagten Einkommen und Vermögen.

8. Saldoklausel

Mit Vollzug dieser Vereinbarung sind die Parteien in ehe-, scheidungs- und güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Verlangt eine Partei die Begründung des Scheidungsurteils, trägt sie die dadurch entstehenden Mehrkosten allein."

5. Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der AHV/IV-Renten werden den Gesuchstellern je zur Hälfte angerechnet. Es ist Sache der Gesuchsteller, die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung zu informieren.
6. Die Pensionskasse E. _____ 2. Säule AG, F. _____-strasse ..., G. _____, wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Vorsorgekonto des Gesuchstellers (AHV-Nr. 1) CHF 18'836.– auf das Vorsorgekonto der Gesuchstellerin (Name, Vorname, AHV-Nr. 2; Vers.-Nr. 3) bei der H. _____-Pensionskasse, Postfach, 8010 Zürich, zu überweisen.
7. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 3'600.– (Pauschalgebühr) festgesetzt.
8. Die Kosten des begründeten Urteils werden dem Gesuchsteller zu einem Drittel und der Gesuchstellerin zu zwei Dritteln auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchsteller werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. Ein allfälliger Fehlbetrag wird von den Gesuchstellern gemäss ihrer tatsächlichen Zahlungspflicht nachgefordert.
9. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsteller einen Vorschuss in Höhe von CHF 1'200.– geleistet hat. Dem Gesuchsteller wird der nicht beanspruchte Teil des von ihm geleisteten Kostenvorschusses – CHF 1'200.– im Falle eines rechtskräftigen unbegründeten Urteils – zurückerstattet.
10. Vom gegenseitigen Verzicht der Gesuchsteller auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
- 11./12. [Mitteilungen/Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

Der Berufungsklägerin (act. 59):

- "1. Die Genehmigung der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen vom 16. Oktober 2020 gemäss Dispositiv-Ziff. 4 des angefochtenen Urteils bzw. das Urteil selbst sei wie folgt aufzuheben:
- 1.1. Es sei Dispositiv-Ziff. 4 / Vereinbarungs-Ziff. 3 lit. a des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für die Kinder D._____, geboren tt.mm.2012, und C._____, geboren tt.mm.2008, Unterhaltsbeiträge, zzgl. die gesetzlichen und vertraglichen Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen mindestens wie folgt zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, auch über die Volljährigkeit der Kinder hinaus, bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung im Sinne von Art. 277 Abs. 3 ZGB:
- Für D._____ monatlich CHF 400.00, sowie ab Mai 2022 CHF 550.00 monatlich, und
 - für C._____ CHF 550.00 monatlich.

Ein ev. Manko sei neu festzulegen.

Die Unterhaltsbeiträge seien vom Berufungsbeklagten auch über die Volljährigkeit hinaus an die Berufungsklägerin zu bezahlen, solange die Kinder in deren Haushalt leben und keine andere Zahlungsempfängerin bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnen.

Die Unterhaltsbeiträge seien gerichtsüblich zu indexieren.

- 1.2. Es sei Dispositiv Ziff. 4 / Vereinbarungs-Ziff. 7 des angefochtenen Urteils aufzuheben und neu wie folgt zu fassen:

Die Parteien sind güterrechtlich auseinandergesetzt und schulden sich gegenseitig keine güterrechtlichen Ausgleichszahlungen.

Jede Partei behält, was sie derzeit besitzt respektive was auf ihren Namen lautet. Die Schulden verbleiben im internen Verhältnis bei derjenigen Partei, auf welche sie lauten.

Die bis Eintritt der getrennten Besteuerung noch anfallenden Steuerverbindlichkeiten (ordentliche Steuern und allfällige Nachsteuern von Bund, Kanton und Gemeinde) übernehmen die Parteien im Verhältnis der je bei ihnen endgültig veranlagten Einkommen und Vermögen.

- 1.3. Subeventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Streitsache mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge und das Güterrecht, subsubeventualiter betreffend sämtlicher Scheidungsfolgen an die Vorinstanz zwecks Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens und Erlass einer neuen Entscheidung in der Sache zurückzuweisen.

2. Es sei festzustellen, dass die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 4. Januar 2021, G-Nr. FE200107-F, nichtig sei, eventua-
liter sei sie aufzuheben. Für den Fall der Rückweisung der Sache
an die Vorinstanz sei dieselbe anzuweisen, über die Frage der
unentgeltlichen Rechtsvertretung für das vorinstanzlichen Verfah-
ren neu zu entscheiden.
3. Dispositiv-Ziff. 7 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und
die Entscheidgebühr sei, soweit sie die Berufungsklägerin betrifft,
auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dispositiv-Ziff. 8 des angefoch-
tenen Urteils sei mit Bezug auf die Kostenverteilung zwischen den
Parteien aufzuheben, nicht jedoch mit Bezug auf die Anordnun-
gen zur unentgeltlichen Rechtspflege.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten
des Berufungsbeklagten."

Des Berufungsbeklagten (act. 66):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und
Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin. "

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Die Parteien haben am tt. Januar 2005 geheiratet. Sie haben – nebst einem
bereits Jahre vor der Heirat geborenen volljährigen Kind (act. 1 S. 1) – gemein-
sam die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren
am tt.mm.2012.

2.1. Mit Eingabe vom 1. Juni 2020 machte der Gesuchsteller und Berufungsbe-
klagte (nachfolgend Gesuchsteller) ein nur von ihm unterzeichnetes "Gemeinsa-
mes Scheidungsbegehren" (Formular samt Beilagen) bei der Vorinstanz anhängig
(act. 1-3). Die Vorinstanz machte den Gesuchsteller auf die fehlende Unterschrift
der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) auf-
merksam, woraufhin der Gesuchsteller das an ihn retournierte Formular am 1. Juli
2020 erneut einreichte, diesmal versehen mit der Unterschrift der Gesuchstellerin
(act. 4, act. 2). Mit Verfügung vom 6. Juli 2020 wurde daraufhin beiden Parteien
eine Frist von 14 Tagen zur Leistung je eines Kostenvorschusses gesetzt, und es
wurde auf den 16. Oktober 2020 zur Anhörung und Vergleichsverhandlung vorge-

laden (act. 6 Disp.-Ziff. 1 und 2). Der Gesuchsteller leistete den Kostenvorschuss am 30. Juli 2020, wie sich einer im Nachhinein den vorinstanzlichen Akten eingefügten "Eingangsanzeige Kostenvorschuss § 98" entnehmen lässt (act. 8A [wer die Eingangsanzeige vom 21. Dezember 2020 erstellte und unterzeichnete und welcher § 98 gemeint sein sollte, ist nicht ersichtlich]; vgl. auch die nachträglich als act. 41A akturierte Kostenerfassung). Am 17. September 2020 rief die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz an und teilte mit, den Vorschuss nicht leisten zu können (act. 10). Mit Eingabe vom selben Datum liess der nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchsteller ein Gesuch um umfassende unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von Verfahrenskosten sowie unentgeltliche Rechtsverbeiständung) stellen (act. 12). Am 22. September 2020 reichte (auch) die Gesuchstellerin ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege inklusive unentgeltliche Rechtsverbeiständung ein, dies mittels handschriftlich ausgefülltem Formular samt Beilagen (act. 19 f.). Mit Verfügung vom 23. September 2020 wurde daraufhin den Parteien die längst nicht mehr laufende Frist zur Leistung der Kostenvorschüsse abgenommen und es wurde darauf hingewiesen, dass am 16. Oktober 2020 auch über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege verhandelt würde (act. 21).

2.2. Am 28. September 2020 gingen bei der Vorinstanz die Akten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen ein, betreffend das bis zur Einreichung des Scheidungsverfahrens dort hängige Kindesschutzverfahren (act. 23, act. 24/1-67). Zur Anhörung und Vergleichsverhandlung vom 16. Oktober 2020 erschienen beide Parteien ohne anwaltliche Vertretung und schlossen eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen (Prot. Vi S. 6; act. 35).

2.3. Am 2. November 2020 rief die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz an, um sich zu erkundigen, ob die geschlossene Vereinbarung schon durchgesetzt werden könne, was der Gerichtsschreiber unter Hinweis auf die ausstehende Antwort auf den Kinderbrief verneinte. Die Gesuchstellerin trug sodann vor, ihr Mann schulde ihr Fr. 950.– monatlich; was sie machen könne, um das Geld zu erhalten. Der Gerichtsschreiber wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass gemäss Konvention (lediglich) ein Manko in der Höhe von Fr. 950.– festgestellt worden sei, und nicht eine Unterhaltspflicht. Auf den Einwand, das nicht so verstanden zu haben

und auf die Frage, was sie dagegen tun könne, verwies der Gerichtsschreiber auf die Möglichkeit einer anwaltlichen Beratung (act. 38). Nachdem die ältere Tochter am 4. November 2020 auf eine persönliche Anhörung verzichtet hatte (act. 39), genehmigte die Vorinstanz unter dem Datum vom 16. November 2020 mit unbegründetem Urteil die Vereinbarung der Gesuchsteller vom 16. Oktober 2020, schied die Ehe der Gesuchsteller und regelte die Nebenfolgen (act. 41, verschickt am 1. Dezember 2020 [act. 43/1-2]). Mit Eingabe ebenfalls vom 16. November 2020 monierte die Gesuchstellerin, über ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung sei nach wie vor nicht entschieden worden; die Vereinbarung werde infolge Willensschwäche ihrerseits angefochten (act. 42; identisch act. 48 [nach Erhalt von act. 41]). Der Gerichtsschreiber kontaktierte daraufhin am 18. November 2020 die Gesuchstellerin und wies darauf hin, dass das Urteil bereits in Ausfertigung sei, und erkundigte sich, ob die Eingabe als Gesuch um Begründung des Entscheides zu verstehen sei, was die Gesuchstellerin bejahte (nachträglich als act. 43A akuriert). Mit Verfügung vom 4. Januar 2021 nahm die Vorinstanz vom konkludenten Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung Vormerk (act. 50). Schliesslich erging das Urteil und Verfügung vom 16. November 2020 als begründeter Entscheid (act. 54 = act. 61/1 = act. 62, nachfolgend zitiert als act. 62).

3. Am 10. März 2021 erhob die mittlerweile anwaltlich vertretene Gesuchstellerin rechtzeitig (act. 55/1 i.V.m. act. 59) die vorliegend zu beurteilende Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Mit Verfügung vom 23. März 2021 wurde dem Gesuchsteller Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 63). Die Berufungsantwort ging innert Frist am 11. Mai 2021 ein (act. 66 sowie act. 67/1-24). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif. Der Gesuchstellerin wird mit dem Entscheid ein Doppel von act. 66 sowie act. 67/1-24 zuzustellen sein.

II. Formelles

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt. Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Dem Eintreten steht nichts entgegen.
2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Entscheid oder am Verfahren der Vorinstanz falsch sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweise auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vor-

instanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

III. Materielles

1. Die Gesuchstellerin stellt in der rechtlichen Begründung ihrer Berufung an den Anfang, dass eine Genehmigung der Vereinbarung gemäss Art. 279 Abs. 1 ZPO durch die Vorinstanz nicht hätte erfolgen dürfen, da sie die Vereinbarung inhaltlich nicht verstanden habe (act. 59 Rz 84-89), und macht anschliessend Ausführungen über die Höhe des Kinderunterhalts sowie der güterrechtlichen Ausgleichszahlung (act. 59 Rz 90 ff.). Der Gesuchsteller bestreitet die Ausführungen zur Genehmigungsfähigkeit der Vereinbarung – zu Recht, wie sich sogleich zeigen wird – nicht (act. 66 Rz 50).

2. Gemäss Art. 279 Abs. 1 ZPO genehmigt das Gericht eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten sie aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen haben (und sie klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist). Aus fehlerfrei gebildetem und damit freiem Willen kann eine Partei einer Konvention nur zustimmen, wenn sie die Vereinbarung und ihre Tragweite verstanden hat (BSK ZPO-BÄHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 279 N 2), wovon sich das Gericht zu überzeugen hat. Auch eine "reifliche Überlegung" setzt voraus, dass jede der Parteien die Auswirkungen der Vereinbarung auf ihr künftiges Leben verstanden hat, was vom Gericht durch Fragen abgeklärt werden muss (SCHWANDER, in: Gehri/Jent-Sörensen/Sarbach, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 279 N 10). Die Genehmigung kann (überdies) erst ausgesprochen wer-

den, wenn sich das Gericht davon überzeugt hat, dass die Vereinbarung mit den Anträgen hinsichtlich der Kinder genehmigungsfähig ist (Art. 111 Abs. 2 ZGB).

Aus dem Protokoll der Anhörung vom 16. Oktober 2020 ergibt sich nicht, dass die Vorinstanz die Parteien danach gefragt hätte, ob sie die Vereinbarung inhaltlich verstanden hätten, wovon sich indes das Gericht nach dem soeben Gesagten hätte überzeugen müssen (Prot. VI S. 5). Die Vorinstanz hat bereits dadurch Art. 279 Abs. 1 ZPO verletzt. Dass die Gesuchstellerin die Vereinbarung in einem wesentlichen Punkt nicht verstanden hatte, sollte sich bald darauf zeigen: Wie bereits geschildert rief die Gesuchstellerin unstreitig am 2. November 2020 bei der Vorinstanz an, um sich zu erkundigen, ob die an der Verhandlung vom 16. Oktober 2020 geschlossene Vereinbarung schon durchgesetzt werden könne, was der Gerichtsschreiber unter Hinweis auf die ausstehende Antwort betreffend der Kinderanhörung verneinte. Als die Gesuchstellerin darauf hinwies, dass der Gesuchsteller ihr Fr. 950.– pro Monat schulde, wurde ihr erläutert, gemäss Vereinbarung sei ein Manko in der Höhe von Fr. 950.– festgestellt worden, keine Unterhaltspflicht. Die Gesuchstellerin wandte daraufhin ein, dies nicht so verstanden zu haben (act. 38, vgl. oben, Ziff. I.2.3.). Damit musste für das Gericht unzweifelhaft klar sein, dass die Gesuchstellerin die Vereinbarung in einem wesentlichen Punkt (Höhe des Kinderunterhaltes) nicht verstanden hatte. Die Vorinstanz hätte daraufhin offensichtlich die Vereinbarung am 16. November 2020 nicht genehmigen dürfen, fehlte es doch an der Genehmigungsvoraussetzung von Art. 279 Abs. 1 ZPO. Mangels Genehmigungsfähigkeit waren damit die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt, und das Verfahren wäre gemäss Art. 288 Abs. 2 ZPO kontradiktorisch fortzusetzen gewesen (vgl. ZK ZPO-FANKHAUSER, 3. Aufl. 2016, Art. 288 N 18), was indes unterblieben ist. Der angefochtene Entscheid leidet mithin an einem offensichtlichen Mangel. Der Sachverhalt ist in wesentlichen Teilen zu vervollständigen, weshalb die Sache in Gutheissung des eventualiter gestellten Berufungsantrags (act. 59 S.3 Ziff. 1.3.) an die erste Instanz zur ordnungsgemässen Durchführung des (kontradiktorischen) Verfahrens zurückzuweisen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

3. Die Vorinstanz hat im Nachgang zu ihrem (unbegründeten) Urteil und Verfügung vom 16. November 2020 mit Verfügung vom 4. Januar 2021 vom konkludenten Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf unentgeltliche Rechtsbeistandung Vormerk genommen (act. 50, vgl. oben, Ziff. I.2.3.) und in der begründeten Fassung des Urteils und Verfügung vom 16. November 2020 im Dispositiv der Verfügung eine in der unbegründeten Fassung des Urteilsdispositivs nicht enthaltene neue Ziffer 3 eingefügt ("Vom Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird Vormerk genommen."; vgl. act. 41 S. 2 und act. 62 S. 11). Gemäss Rubrum des begründeten Entscheids vom 16. November 2020 erging dieser "unter Berücksichtigung der Verfügung vom 4. Januar 2021" (act. 62 S. 1). Auch wenn diese nachträgliche Abänderung des Entscheids vom 16. November 2020 von keiner Partei als unzulässig gerügt wurde, ist das angefochtene Urteil auch diesbezüglich offensichtlich mangelhaft, und solch offensichtliche Mängel sind für die Berufungsinstanz auch dann beachtlich, wenn sie vom Berufungskläger nicht vorgetragen werden (vgl. oben, Ziff. II.2.). Nachdem das Urteil ohnehin aufzuheben und die Sache zur ordnungsgemässen Durchführung des Verfahrens zurückzuweisen ist, erübrigen sich indes Weiterungen dazu.

4. Die Vorinstanz wird bei der Durchführung des Verfahrens zuerst über das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsbeistandung zu entscheiden haben. Die Gesuchstellerin hatte wie bereits geschildert am 22. September 2020 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeistandung gestellt (act. 19), woraufhin die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. September 2020 darauf hinwies, dass am 16. Oktober 2020 auch über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege verhandelt würde (act. 21). Aus dem vorinstanzlichen Protokoll ergibt sich indes, dass dies nicht der Fall war, wäre doch eine Verhandlung über unentgeltliche Rechtspflege zu protokollieren (Art. 235 Abs. 1 ZPO): Im auch im Übrigen dürftigen Protokoll der Verhandlung vom 16. Oktober 2020 findet sich indes nicht einmal eine Protokollnotiz (was allerdings in diesem Zusammenhang ohnehin ungenügend wäre), dass eine Verhandlung über unentgeltliche Rechtspflege stattgefunden hätte, und auch in der Kopfzeile, welche den Gegenstand der Verhandlung nennt, wird die unentgeltliche Rechtspflege nicht erwähnt (Prot.

Vi S. 5). Dieses Versäumnis trifft das Gericht, dem die Prozessleitung obliegt (Art. 124 Abs. 1 ZPO), nicht die Parteien.

Es ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz – notabene nachdem die Gesuchstellerin das Gericht zweimal hatte darauf hinweisen müssen, dass über ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung noch nicht entschieden worden sei (act. 42, act. 48; vgl. oben, Ziff. 1.2.3.) – ihrem Urteil am 4. Januar 2021 eine ergänzende Verfügung nachschob, wonach die rechtsunkundige Gesuchstellerin ihr Gesuch in der Verhandlung vom 16. Oktober 2020 konkludent zurückgezogen habe, indem sie nicht erneut ihr Gesuch vorgebracht und sich auf die Verhandlung ohne Beisein einer Rechtsvertretung eingelassen habe (act. 50 E. 2.2.). Abgesehen davon, dass es in diesem Zusammenhang eine Einlassung nicht gibt: Hätte die Vorinstanz tatsächlich angenommen, die Gesuchstellerin habe durch ihre vorbehaltlose Teilnahme an der Verhandlung ihr Gesuch wenn nicht ausdrücklich, so doch durch das Nichtinsistieren auf einem sofortigen Entscheid darüber zurückziehen wollen, so wäre sie gehalten gewesen, die Gesuchstellerin diesbezüglich zu befragen (Art. 56 ZPO), umso mehr, als das Gericht ja selbst angekündigt hatte, es würde anlässlich jener Verhandlung auch über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege verhandelt. Das Vorgehen der Vorinstanz war demnach auch unter den Aspekten von Treu und Glauben im Verfahren (Art. 52 ZPO) sowie der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) nicht statthaft, wie die Gesuchstellerin zu Recht rügt (act. 59 Rz 141 ff.). Der unterbliebene Entscheid über das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist im vorliegenden Zusammenhang ein (weiterer) offensichtlicher Mangel des angefochtenen Entscheides.

Gleich wie das Urteil vom 16. November 2020 hat damit auch die ihm nachgeschobene Verfügung vom 4. Januar 2021 keinen Bestand, wobei an dieser Stelle offen bleiben kann, ob dieser nach dem Endentscheid ergangenen Verfügung überhaupt noch eigenständige Bedeutung zukam, nachdem sie nachträglich (nämlich in der begründeten Fassung) noch zum Bestandteil des bereits am 16. November 2020 ergangenen Entscheides gemacht wurde. Die Vorinstanz

wird jedenfalls ihre versäumte Entscheidung über das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverteidigung nachzuholen haben.

5. Zusammenfassend ist die Berufung daher gutzuheissen und die Sache zur Durchführung eines ordnungsgemässen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr des vorliegenden Berufungsverfahrens ist in Anwendung von § 5 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Gesuchstellerin obsiegt mit ihrer Berufung, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens ausgangsgemäss dem Gesuchsteller aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO), freilich unter Vorbehalt der sogleich zu prüfenden Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege.

2. Beide Parteien beantragen für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege, respektive die Gegenseite sei zu einem Prozesskostenvorschuss zu verpflichten und eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (act. 59 S. 4 Ziff. 1, act. 66 S. 2 Ziff. 2; Wortlaut der Anträge abgedruckt oben, S. 7 f.). Die aus der ehelichen Beistands- und Unterhaltspflicht herrührende Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses setzt dabei neben der Leistungsfähigkeit des entsprechenden Ehegattens wie die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 lit. a und b ZPO) einerseits die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei und andererseits die Nichtaussichtslosigkeit ihrer Begehren voraus (vgl. OGer ZH, PC150059 vom 30. November 2015, E. 3.3.1). Im Folgenden sind demnach die Voraussetzungen der Bedürftigkeit (diese zu bejahen heisst gleichzeitig die Leistungsfähigkeit zu verneinen) sowie der Nichtaussichtslosigkeit zu prüfen.

2.1. Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass die gesuchstellende Person sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausschöpft, so etwa

Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (vgl. etwa BGer 4D_30/2009 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der verbleibende Überschuss es ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres und in den anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen (vgl. auch BGE 135 I 221 E. 5.1). Es obliegt grundsätzlich der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Insofern wird die Untersuchungsmaxime durch die Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei beschränkt (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4a; BGE 120 Ia 179 E. 3.a). Bei der Frage der Mittellosigkeit ist jedoch zu beachten, dass es sich um eine negative Tatsache handelt, für die kein strikter Beweis verlangt werden darf. Wenn die gesuchstellende Partei die zumutbaren Vorkehren zum Nachweis ihrer Mittellosigkeit getroffen hat, genügt Glaubhaftmachung (BGE 104 Ia 324).

Die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin ist ausgewiesen (act. 59 Rz 154 ff. sowie die dazu eingereichten Belege). Der Gesuchsteller setzt in seiner Bedarfsrechnung (act. 66 Rz 81 ff.) einzelne Positionen zu hoch ein – so steht ihm als alleinstehender Schuldner etwa nur ein Grundbetrag von Fr. 1'200.– und nicht ein solcher von Fr. 1'350.– zu, die Krankenkassenprämien enthalten nebst der Grundversicherung diverse Zusatzversicherungen (act. 66/13 und act. 13/4/1), welche grundsätzlich nicht einzurechnen sind (ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 11) und die Mobilitätskosten erscheinen in der aufgeführten Höhe kaum als angemessen –, doch führte auch eine Berichtigung der Bedarfsrechnung um die entsprechenden Positionen nicht zu einem Überschuss, der es dem Gesuchsteller ermöglichen würde, die anfallenden Prozesskosten innert oben wiedergegebener Frist zu begleichen. Daher ist auch des Gesuchstellers Bedürftigkeit ausgewiesen.

2.2.1. Als aussichtslos erscheinen Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob ei-

ne Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Die Anspruchsvoraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit ist grundsätzlich unabhängig von der Parteirolle zu prüfen. Sofern das Verfahren nicht eine besondere Rücksichtnahme auf die Parteirolle verlangt, beurteilt sich im Grundsatz die Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren des Beklagten nicht anders als für den Kläger; auch vom Beklagten kann erwartet werden, dass er offensichtlich berechnete Ansprüche anerkennt und nicht sinnlos prozessiert.

Im Rechtsmittelverfahren freilich präsentiert sich die Situation anders: Hier kann die Rechtsposition des Rechtsmittelbeklagten im Normalfall kaum als aussichtslos bezeichnet werden, wenn sie in erster Instanz vom Gericht geschützt worden ist. Dies führt dazu, dass in der Regel die Nichtaussichtslosigkeit der Begehren des Rechtsmittelbeklagten zu bejahen ist. Von diesem Grundsatz ist indes abzuweichen, wenn der angefochtene Entscheid an einem offensichtlichen Mangel, namentlich an einem krassen Verfahrensfehler leidet, der für sich allein zur Aufhebung des Entscheids führen muss. Hier darf vom Rechtsmittelbeklagten erwartet werden, dass er sich dem Rechtsmittel des Gegners unterzieht und nicht unnötige Kosten generiert (zu alledem BGE 139 III 475 E. 2.3. m.w.H.).

2.2.2. Der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte unterzieht sich nicht dem Rechtsmittel der Gesuchstellerin, sondern identifiziert sich in seiner 52 Seiten umfassenden Berufungsantwort (act. 66) mit dem offensichtlich mangelhaften Entscheid der Vorinstanz. Dies führt nach dem Gesagten grundsätzlich dazu, dass sein Vortrag als aussichtslos zu qualifizieren und die unentgeltliche Rechtspflege demnach nicht zu gewähren wäre. Vorliegend hat indes die Gesuchstellerin als Rechtsmittelklägerin im Hauptstandpunkt nicht die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung zur ordnungsgemässen Durchführung des Verfahrens verlangt, sondern in ihrer Berufung in erster Linie zur Höhe des Kinderunterhalts sowie zum Güterrecht plädiert. Es kann unter diesen Umständen der berufungsbeklagten Partei nicht zum Vorwurf gereichen, sich nicht dem Rechtsmittel des Gegners unterzogen zu haben. Wie es sich inhaltlich mit der

vom Gesuchsteller geltend gemachten Höhe von Kinderunterhalt und güterrechtlichen Ausgleichszahlungen verhält, wird die Vorinstanz noch zu untersuchen haben und ist im vorliegenden Verfahren nicht zu vertiefen. Indes erscheinen die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien (auf beiden Seiten) nicht zum Voraus als aussichtslos.

2.3. Zusammenfassend ist daher beiden Parteien für das Berufungsverfahren die (umfassende) unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Der Gesuchstellerin ist Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ und dem Gesuchsteller Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen.

3. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit nicht von der Leistung einer Parteientschädigung (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die Parteientschädigung ist nach Massgabe von § 2 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen und dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Gesuchstellerin unentgeltlich prozessiert, ist die ihr zustehende Entschädigung direkt ihrem Vertreter zuzusprechen (OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011, E. III.; OGer ZH LY200008 vom 4. Juni 2020, E. 5.3.).

Nach Einreichung ihrer Zusammenstellungen über die Bemühungen und Auslagen werden die unentgeltlichen Rechtsbeistände der Parteien – der Rechtsbeistand der Gesuchstellerin im Umfang seiner durch die Parteientschädigung noch nicht abgegoltenen Bemühungen und Auslagen – mit separatem Beschluss zu entschädigen sein. Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der betriebene Aufwand nur insoweit entschädigt werden kann, als er sich als angemessen erweist.

Es wird beschlossen:

1. Den Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Der Berufungsklägerin wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Dem Berufungsbeklagten wird Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil und Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 16. November 2020 aufgehoben und die Streitsache zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht des Berufungsbeklagten gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Rechtsbeistand der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 66 und act. 67/1-24, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:

lic. iur. I. Vourtsis

versandt am: